



**BASES PARA UN ENTENDIMIENTO  
GARANTISTA DE LOS DELITOS DE  
PELIGRO ABSTRACTO Y ANÁLISIS DE LOS  
MISMOS EN LOS CÓDIGOS PENALES  
MEXICANOS.**

**DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y  
CRIMINOLOGÍA.  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA.**

**PRESENTA:  
ALEJANDRINA ALICIA VARGAS MATA.**

**MIGUEL ÁNGEL MORENO ALCÁZAR  
DIRECTOR DE TESIS.**

DICIEMBRE 2022.

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer primero a Dios, por haberme permitido culminar este sueño.

A mi esposo Gerardo Rafael Arzola Silva, por su amor, apoyo incondicional y la motivación que, día a día me has mostrado durante todo el tiempo juntos. Gracias a ti, estuve en posibilidad de terminar este trabajo. GRACIAS TOTALES.

A mis padres Alicia Mata Morales, Salvador Vargas Flores, por los principios y valores inculcados, porque gracias a ellos me convertí en lo que soy, gracias por su amor y aliento.

A mis hermanos Sinuhe, Hahne, Suhe y Aram, por su cariño y apoyo, siempre me motivaron a ser mejor. Ahora sí, Doctora.

A mi director de Tesis, porque desde el inicio creyó en mi proyecto y acepto dirigir este trabajo, gracias por sus invaluable consejos, observaciones y apoyo, que me permitieron enriquecer este trabajo y culminarlo.

A la Universidad de Valencia, que me acogió y me permitió realizar y finalizar mis estudios de Doctorado, a todos mis profesores que me compartieron sus conocimientos.

Gracias a todos ustedes, culmino mis estudios de Doctorado con este trabajo. Les dedico este logro.

# INDÍCE

## INDÍCE DE ABREVIATURAS

## INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

### CAPITULO I TEORÍAS SOBRE EL PELIGRO.

#### 1. TEORÍAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS DEL PELIGRO.

##### 1.1. TEORÍAS SUBJETIVAS.

<i>1.1.1 Antecedentes.</i>	1
1.1.1.A Escuela clásica.	2
1.1.1.B Escuela positiva.	3
<i>1.1.2 Postulados.</i>	9

##### 1.2 TEORÍAS OBJETIVAS.

<i>1.2.1 Antecedentes.</i>	
1.2.1.A. Escuela neokantiana o Neokantismo.	14
1.2.1.B. Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación.	17
<i>1.2.2 Postulados.</i>	18
a) Teoría objetiva. El peligro se predica de la acción.	20
b) Teoría objetiva. El peligro se predica del resultado.	23

##### 1.3 TEORÍAS ECLÉCTICAS. 24

#### 2. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS QUE DEPENDEN DEL CONCEPTO DE PELIGRO.

##### 2.1 TEORÍA DE LA TENTATIVA.

<i>2.1.1 Requisitos de la tentativa.</i>	27
<i>2.1.2 Teorías sobre el comienzo de la tentativa de delito.</i>	
a. Teorías objetivas.	
a.1. Teoría formal objetiva.	29
a.2. Teoría material objetiva.	29
a.3. Teoría de los actos intermedios.	30
a.4. Teoría del peligro.	31
b. Teorías subjetivas.	33

c. Teoría de la Univocidad de Carrara.	34
d. Postura de Welzel.	35
e. Teorías mixtas objetivo-subjetivas.	35
e.1 Formula de Frank y consideración del autor.	36
e.2 Teoría del peligro y consideración del plan del autor.	37
2.1.3 <i>Fundamento de punición de la tentativa.</i>	38
2.1.4 <i>La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en relación con el comienzo de la tentativa.</i>	
a) Fundamento en Teorías Mixtas.	41
b) Fundamento en la Teoría de la puesta en peligro del bien jurídico.	48
c) Fundamento en Teorías Subjetivas.	49
<b>OPINIÓN</b>	49
<b>2.2 TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.</b>	
2.2.1 <i>Descripción de conceptos.</i>	50
2.2.2 <i>Imputación objetiva.</i>	51
Preliminares.	
a) La peligrosidad del comportamiento.	52
b) El riesgo permitido.	54
2.2.2.A. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.	55
A.1 Supuestos de disminución del riesgo.	56
A.2 La ausencia de un determinado grado de riesgo.	57
A.3 Casos de riesgos por encima de lo socialmente adecuado o permitido.	58
2.2.2.B. La realización del riesgo en el resultado.	58
B.1. Casos de desviación del curso causal.	59
B.2. Casos de comportamientos alternativos.	59
2.2.2.C. Fin de protección de la norma.	60
2.2.3 <i>Teoría del incremento del riesgo.</i>	60
<b>OPINIÓN</b>	62
<b>3. EL CONCEPTO DE PELIGRO.</b>	
<b>3.1 PRIMERAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE PELIGRO.</b>	63
3.1.1 <i>Probabilidad.</i>	67
3.1.2 <i>Posibilidad.</i>	76
<b>3.2 CONCEPTO NORMATIVO DE PELIGRO.</b>	77
3.2.1 <i>Concepto normativo de peligro: perspectiva ex ante.</i>	
a) Infracción del cuidado como peligro.	79
b) Concepto normativo de peligro como único concepto válido para el Derecho Penal.	80
3.2.2 <i>Bases para la determinación del juicio de peligro.</i>	81
3.2.3 <i>Invalidez de un concepto unitario de peligro.</i>	81
<b>OPINIÓN</b>	82

## CAPÍTULO II DELITOS DE PELIGRO.

<b>1. EL RESULTADO DE PELIGRO.</b>	
<b>1.1 GENERALIDADES DE SU CONCEPCIÓN.</b>	84
<b>1.2 RESULTADO MATERIAL Y RESULTADO JURÍDICO.</b>	87
<b>1.3 EL RESULTADO EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD.</b>	89
<b>1.4 DETERMINACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO DE RESULTADO.</b>	90
<b>OPINIÓN</b>	91
<b>2. TIPOS DE DELITOS DE PELIGRO.</b>	
<b>2.1. PRELIMINARES.</b>	92
2.1.1. <i>Delitos peligro.</i>	94
2.1.2. <i>La sociedad de riesgo como justificación de los delitos de peligro.</i>	97
<b>2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO.</b>	101
2.2.1. <i>Delitos de peligro abstracto.</i>	
A. Concepción.	102
B. Características.	104
C. Principales críticas.	105
2.2.2. <i>Delitos de peligro concreto.</i>	107
2.2.3. <i>Delitos de peligro hipotético.</i>	
112	
<b>2.3 DISTINCIÓN ENTRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO.</b>	116
a) En cuanto a la técnica de tipificación: desvalor de acción y desvalor de resultado.	118
b) En cuanto a la comprobación: delitos de resultado y delitos de mera actividad.	118
c) En cuanto a la intensidad o afectación del bien jurídico.	119
d) En cuanto idoneidad de la conducta.	119
e) En cuanto a la proximidad de afectación al bien jurídico.	120
f) En cuanto al momento de la constatación del peligro.	120
<b>3. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.</b>	
<b>3.1. PRELIMINARES.</b>	121
3.1.1 <i>Tesis Tradicionales.</i>	123
3.1.2 <i>Nuevas Concepciones.</i>	124
<b>3.2 CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.</b>	126
<b>3.3 PROBLEMAS SOBRE LA PRUEBA Y LA LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.</b>	130

<b>3.4 PROBLEMAS FUNDAMENTALES.</b>	134
<b>OPINIÓN</b>	137
<b>3.5 PROPUESTAS DOGMÁTICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.</b>	139
3.5.1 <i>Las teorías de la presunción del peligro y del peligro como motivo del legislador.</i>	140
3.5.2 <i>El peligro abstracto como presunción iuris tantum.</i>	141
3.5.3 <i>El peligro abstracto como «tentativa de delito imprudente» o como tipificación de una infracción del deber de cuidado sin resultado.</i>	143
3.5.4 <i>La seguridad como bien jurídico. La transformación de los delitos de peligro en delitos de lesión.</i>	145
3.5.5 <i>Perspectivas dogmáticas de un concepto material de injusto penal.</i>	147
<b>OPINIÓN</b>	152

### **CAPITULO III**

## **LA RELEVANCIA DE LA CONSIDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.**

<b>1. EL BIEN JURÍDICO PENAL.</b>	
1.1. <i>Preliminares.</i>	154
1.2. <i>Concepto de bien jurídico.</i>	157
1.3 <i>Consideraciones generales sobre la afectación del bien jurídico.</i>	161
<b>2. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.</b>	161
2.1 <i>La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.</i>	164
2.2. <i>Naturaleza de los bienes jurídicos colectivos.</i>	166
2.3 <i>Características de los bienes jurídicos colectivos.</i>	169
A) <i>Titularidad compartida.</i>	169
B) <i>Indisponibilidad.</i>	171
C) <i>Indivisibilidad.</i>	171
D) <i>Naturaleza conflictual.</i>	172
E) <i>En atención a los intereses protegidos.</i>	172
F) <i>En atención a los sujetos pasivos.</i>	173
G) <i>En atención a la acción delictiva.</i>	174
2.4. <i>Autonomía del bien jurídico colectivo.</i>	175
2.5. <i>Clases de bienes jurídicos colectivos.</i>	178
<b>3. PERTURBACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.</b>	180
3.1 <i>Lesión y peligro del bien jurídico colectivo.</i>	181
3.2 <i>Lesión del bien jurídico colectivo en los delitos de peligro.</i>	187

<b>4. BIENES JURÍDICOS INTERMEDIOS.</b>	191
4.1 <i>Los delitos de lesión-peligro.</i>	193
4.2 <i>Delitos de peligro-lesión.</i>	196
4.2.1 <i>Delitos de peligro-lesión como delitos de peligro abstracto.</i>	196
<b>OPINIÓN</b>	197

## **CAPÍTULO IV ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN MEXICANA, CON REFERENCIAS A LA ESPAÑOLA.**

<b>INTRODUCCIÓN.</b>	
<i>Competencia federal y estatal en los Códigos Penales en México.</i>	200
<b>4.1 ANÁLISIS DE LOS CÓDIGOS PENALES DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CON REFERENCIAS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.</b>	203
4.1.a. <i>Criterios para el análisis de los delitos de peligro.</i>	204
<b>4.1.1 DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO MÁS RECURRENTES EN LOS CÓDIGOS PENALES EN MÉXICO.</b>	
4.1.1 A. <i>Omisión de auxilio y abandono de personas.</i>	205
4.1.1 B. <i>Delito de peligro de contagio.</i>	234
4.1.1 C. <i>Responsabilidad profesional.</i>	244
4.1.1 C. a <i>Suministro o sustitución de medicamentos.</i>	263
4.1.1 D. <i>Armas prohibidas.</i>	279
4.1.1 E. <i>Asociación delictuosa.</i>	294
4.1.1 F. <i>Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio.</i>	307
<b>4.1.2 OTROS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.</b>	318
4.1.2. A. <i>Delitos contra el consumo.</i>	319
4.1.2. B. <i>Delitos contra la seguridad vial.</i>	333
a) <i>Conducción con exceso de velocidad.</i>	333
b) <i>Conducción temeraria.</i>	336
c) <i>Conducción bajo los influjos de bebidas alcohólicas o drogas.</i>	339
4.1.2. C. <i>Delitos contra la seguridad de la comunidad.</i>	349
4.1.2. D. <i>Delito de Espionaje o de facilitación delictiva.</i>	359
<b>4.2 CONSIDERACIONES FINALES.</b>	374
<b>CONCLUSIONES</b>	377
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	388

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
CP	Código Penal.
CPGTO	Código Penal del Estado de Guanajuato.
CPF	Código Penal Federal.
CPBCS	Código Penal de Baja California Sur.
BC	Baja California.
BCS	Baja California Sur.
SLP	San Luis Potosí.

## ÍNDICES DE ESPAÑA

CE	Constitución Española.
CP	Código Penal.
JP	Juzgado de lo Penal.
S	Sentencia.
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal.
Ss	Sentencias.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

## INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

El interés en los delitos de peligro abstracto, nació en mis cursos de Doctorado desarrollado en la Universidad de Valencia, España, en el periodo comprendido entre los años 2008-2010. Cuando se analizaron los delitos en particular, en específico los delitos contra la seguridad vial, de ahí surgió el interés en conocer más a profundidad sobre los delitos de peligro abstracto, su naturaleza, su justificación, sus características, así como sus críticas.

Debo decir que el haber tenido esas primeras aproximaciones, con los delitos de peligro abstracto, fue un parteaguas en mi desarrollo profesional, ya que me permitió poseer una actitud más crítica en cuanto a la técnica legislativa y a la creación de nuevos delitos, pues debo decir que muchos de ellos, son creados para dar una sensación de más atención a la población, que clama más seguridad ante los tiempos violentos que vivimos.

El desarrollo de este trabajo versa esencialmente en los delitos de peligro abstracto, donde partimos de conocer su conceptualización, características y críticas, para posteriormente aterrizar los conocimientos previos, en el análisis de los delitos en particular, catalogados como delitos de peligro abstracto.

Se partió por tanto de la teoría de los delitos de peligro abstracto, para posteriormente analizar los 33 Códigos penales vigentes en México y el Código Penal español, en busca de estos delitos y realizar un estudio de cada uno de ellos, contando también en ese estudio, con la bibliografía mexicana y española, así como la jurisprudencia de ambos países.

El estudio y análisis de los Códigos penales mexicanos y español, se hizo durante los años 2020-2021, por lo que los textos de los artículos aquí referidos, obedecen a ese periodo, por lo que se estará atento hasta la defensa de este trabajo de las posibles reformas a los mismos.

El desarrollo de los temas abordados en este trabajo, nos permitió analizar si la teoría de los delitos de peligro abstracto se ve reflejada en los delitos que poseen esa naturaleza, tomados de los Códigos mexicanos y español.

Con lo que pudimos comprobar que los legisladores recurren a estos delitos de peligro abstracto, buscando proteger bienes jurídicos colectivos, sin embargo, esa protección de peligro, en muchos de los delitos con esa naturaleza, se ve demasiado lejano, toda vez que se realiza una doble abstracción, primero con respecto a los bienes jurídicos colectivos y, en segundo lugar, con los delitos de peligro abstracto.

Como se comentó, en principio, el conocimiento de los delitos de peligro abstracto y de los bienes jurídicos colectivos, así como observar que los legisladores recurren en

demasiá, a estas figuras penales, fue lo que motivo a la realización de este trabajo, se tenía especial interés en conocer a fondo ambas figuras, sus conceptos, características, así como las críticas y las alternativas que se proponen para no abusar a la hora que se recurre a ellas.

El estudio de los delitos de peligro abstracto se realizó en cuatro capítulos, el primero de ellos enfocado al desarrollo de las teorías subjetivas, objetivas y eclécticas del peligro, que buscan entender el peligro. Y con respecto al peligro también se abordó algunas instituciones dogmáticas que dependen del concepto de peligro, como lo es la tentativa y la imputación objetiva, pudiendo observar como muchas de las teorías de la tentativa fundamentan la punibilidad de esa figura penal, en la puesta en peligro del bien jurídico.

En el primer capítulo también se desarrollaron las primeras aproximaciones al concepto de peligro, donde pusimos énfasis en dos conceptos la probabilidad y la posibilidad, que vienen a integrar el concepto de peligro. Finalizamos este capítulo con el concepto normativo de peligro.

El capítulo segundo, se enfocó a los delitos de peligro, donde en principio abordamos el resultado de peligro, para dejar claro que entendemos que los delitos de peligro también son delitos de resultado. Destacamos de igual manera, los diferentes tipos de delitos de peligro que la mayoría de la doctrina penal ha aceptado, desarrollando así los delitos de peligro concreto, los delitos de peligro abstracto y por último los delitos de peligro hipotético. Y se realizó una distinción entre los diversos delitos de peligro.

En ese mismo capítulo se estudió con detenimiento a los delitos de peligro abstracto, analizamos las diversas concepciones que se han expuesto, cuáles son las tesis tradicionales y las nuevas concepciones, sus características y sus principales críticas. Así como los problemas fundamentales y sobre la prueba y la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, que se les han formulado. Y finalmente tocamos lo relativo a las propuestas dogmáticas de la interpretación de los delitos de peligro abstracto, así como las teorías que ven al peligro abstracto, como presunción *iuris tantum* o como una presunción *iure et de iure*.

En el tercer capítulo vimos la pertinencia de abordar la relevancia de la consideración de bienes jurídicos colectivos, con respecto a los delitos de peligro abstracto. Desarrollando como subtemas el concepto de bien jurídico y bien jurídico-penal, algunas consideraciones con respecto a su afectación.

También se abordó lo relativo a los Bienes jurídicos colectivos, su protección penal, su naturaleza, sus características y la perturbación que pueden sufrir estos bienes jurídicos colectivos. Por otro lado, de igual manera, se afrontó el tema de la Autonomía del bien jurídico colectivo y lo relativo a las clases de bienes jurídicos colectivos.

Finalizamos el tercer capítulo con los Bienes jurídicos intermedios y lo relativo a los delitos de lesión-peligro, de peligro-lesión y de peligro-lesión como delitos de peligro abstracto.

El cuarto capítulo que retoma todo lo abordado en los tres capítulos precedentes, para poder realizar el análisis de los delitos que se seleccionaron de los 33 Códigos penales mexicanos y sus correlativos del Código penal español.

Los Delitos de peligro abstracto seleccionados para el análisis de este trabajo fueron primero los más recurrentes en los Códigos Penales en México, como lo son: Omisión de auxilio y abandono de personas, Delito de peligro de contagio, Responsabilidad profesional, Suministro o sustitución de medicamentos, Armas prohibidas, Asociación delictuosa y la Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio.

Posteriormente y después del estudio de los 33 Códigos penales en México, se vio la necesidad de hacer otro apartado con los Delitos de peligro abstracto con características especiales, aquí se seleccionaron los delitos que tuvieran una redacción penal especial o, que llamara la atención por su nivel de abstracción con respecto a la puesta en peligro del bien jurídico. Aquí encontramos varios artículos que encuadramos en cuatro grandes rubros: los Delitos contra el consumo, los Delitos contra la seguridad vial, los Delitos contra la seguridad de la comunidad y por último el Delito de Espionaje o de facilitación delictiva.

# CAPITULO I

## TEORÍAS SOBRE EL PELIGRO.

### 1. TEORÍAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS DEL PELIGRO.

#### 1.2. TEORÍAS SUBJETIVAS.

##### 1.1.1 Antecedentes.

Para iniciar con este capítulo, haremos un breve recorrido sobre el origen del concepto de «Ciencia del Derecho», lo cual será nuestro punto de partida, en las bases nomológicas de las teorías del peligro que expondremos enseguida.

Como sabemos, el planteamiento de sí ¿El Derecho es ciencia? Y en relación con ello ¿Qué es ciencia? Llevó las más diversas teorías y posturas, lo cual se reflejó en las diversas corrientes que trataron de dar respuesta a ello<sup>1</sup>.

Como se afirma, el Derecho social es tan antiguo como el hombre, por ello se fija el arranque del análisis racional y sistemático de las normas del Derecho positivo y deliberado, en la Roma de los siglos II y I A.C., siguió en los dos siglos posteriores, pero cayó en decadencia en el siglo III. Será hasta el siglo XI, que el análisis coherente del Derecho, resurgió en Italia, alrededor de la escuela de Bolonia, de ahí se esparció a toda la Europa occidental<sup>2</sup>.

Sin embargo, el auténtico inicio de las cualidades del Derecho como ciencia, se produjo a principios del siglo XIX, su fundamento ideológico se ubicará en el movimiento iluminista del siglo XVIII. Las ideas reformistas de autores como VOLTIERE, MOSTESQUIEU Y ROSSEAU, se plasmaron en el ámbito penal por BECCARIA, lo que aportó presupuestos ideológicos a la renovación de la legislación criminal<sup>3</sup>.

Como anticipamos, la revolución francesa y las ideas reformistas, provocaron un cambio no solo en las estructuras políticas y sociales de Europa, sino trajeron como consecuencia que, como parte del movimiento ideológico, apareciera una obra que trastocó el campo penal, nos referimos al trabajo titulado *De los delitos y de las penas*, de CÉSAR BONESANA, MARQUÉS DE BECCARIA<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Metodología y Ciencia Penal*. Tercera edición. Universidad de Granada. Granada, 1993. p. 11 y ss.

<sup>2</sup> *Ibid.* pp. 12, 13.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Vid. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 43.

Fue significativa esta obra de BECCARIA, porque suministró a la naciente ciencia del Derecho penal, el objeto de estudio y posibilitó las primeras construcciones científicas de BENTHAM, FILANGIERI, ROMAGNOSI, FEURBACH, ROEDER, ROSSI y CARMAGNANI, con ellos surge un pensamiento catalogado, peyorativamente por FERRI, como <<los clásicos>> o la Escuela clásica. Con sus construcciones científicas nace la denominada ciencia del Derecho penal, que adquiere el carácter de ciencia normativa e independiente<sup>5</sup>.

Sin embargo, el planteamiento inicial de sí ¿El Derecho es ciencia? Va a encontrar su mayor cuestionamiento y problemática en los años subsiguientes, cuando el apogeo de las ciencias exactas y sus avances fueron sorprendentes.

Ante tales circunstancias la ciencia del Derecho, si pretendía seguir catalogándose como Ciencia, debía o, adecuarse en la medida de lo posible a los métodos y mentalidad de las ciencias naturales o bien, tratar de justificar su existencia buscando otros caminos<sup>6</sup>.

En el siglo XIX se optó por la primera solución, intentar situar la ciencia del Derecho como ciencia, manejando un método análogo al utilizado por las ciencias científico-naturales. De donde nace la corriente filosófica denominada positivismo<sup>7</sup>.

Posteriormente en el siglo XX, se planteó la otra alternativa, poniendo de manifiesto las diferencias existentes entre las ciencias naturales y la ciencia del Derecho, lo que produjo una diversidad de distinciones entre ciencias del espíritu y las ciencias de la naturaleza, ciencias de leyes y ciencias de hechos, entre otras<sup>8</sup>.

Pese a los esfuerzos de la ciencia del Derecho por ganarse esa categoría, las voces que siguieron cuestionando su tratamiento como ciencia, continuaron, en ocasiones con mayor fuerza e insistencia<sup>9</sup>.

#### 1.1.1.A Escuela clásica.

Retomando algunas de las ideas expuestas, es de señalarse que, por el impulso de las ideas del periodo humanitario, que impacto en diversas legislaciones europeas, apareció el periodo denominado «científico del Derecho penal», que cuando se manifestaron en diversas corrientes de pensadores se agruparon en llamadas «escuelas».

---

<sup>5</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Metodología y Ciencia Penal. Op. cit.* pp. 13, 14. ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho penal. Ibíd.* p. 44.

<sup>6</sup> Vid. MORILLAS. *Ibíd.* pp. 14, 15.

<sup>7</sup> Vid. *Infra* el tema 1.1.1.B

<sup>8</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Metodología y Ciencia Penal. Loc. Cit.*

<sup>9</sup> Se tuvo el juicio o crítica más severa a la naturaleza científica de la ciencia jurídica, por parte de J.H. Von Kirchmann quien en su célebre conferencia “La jurisprudencia no es ciencia” en 1847, negó categóricamente el carácter de ciencia al Derecho. El fundamento esencial de su rechazo de la ciencia del Derecho como ciencia, radica en la movilidad de su objeto, el derecho positivo, perecedero y mortal. Bien conocida es su frase irónica que sintetiza su pensamiento: “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. Tales palabras, señala MORILLAS CUEVA, expresan que “la dogmática jurídica no puede disfrutar de la consideración de Ciencia, al tener por objeto el Derecho positivo y estar éste sometido a la voluntad del legislador, la obra del jurista es efímera y no puede seriamente descubrir una realidad verdadera y permanente como sucede con las ciencias naturales”. Vid. MORILLAS CUEVA. *Ibíd.* pp. 15, 16 y 17.

De los trabajos de ROMAGNOSI, FEURBACH, ROEDER, ROSSI y CARMAGNANI, en la primera mitad del siglo XIX, se encontraron algunas semejanzas, como fueron: estudiar el delito desde una perspectiva jurídica, de que la responsabilidad del delincuente se encuentra en el *libre albedrío*, de la necesidad de la pena para restaurar el orden jurídico; fundamentos que tomo FERRI, para englobar a estos pensadores bajo la denominación de «escuela clásica o los clásicos»<sup>10</sup>.

Sin embargo, también se señala que la escuela clásica no constituyó una dirección doctrinal mínimamente unitaria, más bien se le atribuye a FERRI, la unificación bajo la denominación de escuela clásica -FERRI la denomino así para referirse a lo viejo, lo caduco, lo antiguo-, de las muy variadas corrientes que acostumbran a incluirse en ella<sup>11</sup>.

Lo que le permitió a FERRI agrupar tan diversas posturas dentro de esta llamada escuela clásica, es que compartían algún postulado básico, como el del *libre albedrío*, además de la unidad en el método que emplearon.

Los autores clásicos tuvieron en común la utilización de un método racionalista, abstracto y deductivo. Fijando su atención hacia un Derecho ideal racional, hacia el Derecho natural<sup>12</sup>.

La escuela clásica, a grandes rasgos, centraba su preocupación en el delito al que considera como ente jurídico, cuyo método de estudio es deductivo, teleológico o especulativo; que la infracción de la ley penal, el delito, acarrea la responsabilidad por su realización, esta responsabilidad se basa en la imputabilidad, que se fundamenta en el *libre albedrío*. La pena por otra parte, debe reunir ciertas características, debe ser afflictiva, ejemplar, pronta, pública, divisible, reparable y proporcional al delito<sup>13</sup>.

#### 1.1.1.B Escuela positiva.

Cuando las concepciones filosóficas<sup>14</sup> que sirvieron de base para la escuela clásica decayeron, se abrió paso a una nueva corriente metodológica, que iba a caracterizar a la «escuela positivista o positiva».

Para el pensamiento científico positivista, solo merecían el calificativo de «científicas», aquellas elaboraciones o estudios de la realidad, que se llevaran a cabo a través de los métodos de las ciencias naturales, por lo que, solo podían considerarse «científicos» aquellos conceptos «surgidos de la experiencia»<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Vid. ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho penal. Op. cit.* p. 59.

<sup>11</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Segunda edición. Ed. B de F. Buenos Aires, 2003. pp. 154, 155.

<sup>12</sup> *Ibid.* pp. 155, 156.

<sup>13</sup> Vid. ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho penal. Op. cit.* p. 62.

<sup>14</sup> Las corrientes filosóficas como el enciclopedismo y el idealismo, cuyo objeto de estudio es el hombre, en la búsqueda por restablecer la libertad natural del hombre y el conocimiento del mundo; impactaron fuertemente en la escuela clásica, la cual parte de la idea de estudiar el delito desde una perspectiva jurídica, de que la responsabilidad del delincuente se encuentra en el libre albedrío y la necesidad de la pena para restaurar el orden jurídico.

<sup>15</sup> Vid. PEREZ ALONSO, Juan Esteban/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena/RAMOS TAPIA, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Director José Miguel Zugaldía Espinar.

Así, el método positivista, considera que todo pensamiento científico debe descansar en la experiencia y la observación, valiéndose del método inductivo o experimental<sup>16</sup>.

La escuela positiva tuvo como base de su método, la observación de la realidad empírica, al modo de las ciencias de la naturaleza. Del idealismo se pasó al materialismo, de lo abstracto a lo concreto y de la deducción a la inducción<sup>17</sup>.

Por tanto, trataba de desterrarse de la actividad científica todo aquello que tuviera un origen metafísico o que no fuera empíricamente demostrable. Una de las características del positivismo fue el rechazo o negativa -como lo mencionamos-, a todo aquello que sonara a metafísica y para el positivismo, metafísica era todo aquello que sobrepasara el campo de la observación. Así, se limitaba la investigación sólo a lo que podía ser pesado, medido o contado<sup>18</sup>.

Con base en lo anterior, los positivistas señalaban que el Derecho no podía considerarse como ciencia, en virtud de lo mutable de su objeto de estudio, además de no contar con los elementos del método positivista. En ese sentido, el Derecho no contaba con una base de hechos indubitados, a diferencia de las ciencias naturales -tal como lo creía KIRCHMANN<sup>19</sup>- por tanto concluían, que el Derecho no podía ser apreciado como una ciencia<sup>20</sup>.

Los resultados derivados de la aplicación del método científico eran fácilmente palpables, lo que propició que se buscara trasladar esos métodos empleados por las ciencias naturales a las ciencias sociales.

Así, se pretendió estudiar los fenómenos sociales mediante la aplicación de la observación cuidadosa de los hechos empíricos y los datos perceptibles por los sentidos; buscando con ello los mismos resultados exitosos<sup>21</sup>.

De esa forma, las ciencias sociales, se ocuparon de la conexión e interconexión de los hechos, infiriendo de los fenómenos, ciertas leyes causales que ligan entre sí a un fenómeno o grupo de hechos<sup>22</sup>.

Por otro lado, cuando se trata de considerar al Derecho como verdadera ciencia, se tenía que fundamentar al igual que a las ciencias naturales, es decir, sobre hechos

---

Coordinadora María Rosa Moreno-Torres Herrera. Cuarta edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pp. 70,71.

<sup>16</sup> Vid. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel. *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Oxford University Press. México, 2012. pp. 25, 26.

<sup>17</sup> Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases...* *Op. cit.* p. 160.

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Segunda edición. Ed. B de F. Buenos Aires, 2001. pp. 167,168.

<sup>19</sup> Vid. *Supra* nota al pie 9. Acerca de negar el carácter de ciencia al Derecho.

<sup>20</sup> Vid. VIDAURRI ARECHIGA. *Introducción...* *Op. cit.* p. 26.

<sup>21</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. *Fundamentos de la dogmática jurídico penal*. Librería Yussim. México, 2004. p. 28.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

indubitados. Ese era el principal problema ahora, de donde tomar esos «hechos indubitados e inmutables» para fundamentar la actividad del Derecho como ciencia<sup>23</sup>.

Para resolver la anterior problemática, se dividieron las respuestas en dos sentidos: para algunos el Derecho debía ser concebido como un hecho psicológico, llegando así a la teoría psicológica del derecho. Por otro lado, estaban los que consideraban al Derecho como un hecho social y señalaban que la verdadera ciencia del Derecho era la sociología jurídica, que indaga las causas y los efectos socio-económicos, de determinadas instituciones jurídicas<sup>24</sup>.

Una tercera vertiente optaba por un concepto más flexible de Ciencia e intentan abrirse a posiciones más formalistas<sup>25</sup>.

Así, surgió el análisis e interpretación de las normas jurídicas establecidas por los órganos del Estado –llamado positivismo jurídico analítico-. Por otra parte, se favoreció la tarea de investigar y describir las diversas fuerzas sociales, que ejercen una influencia en el desarrollo del Derecho –positivismo sociológico-<sup>26</sup>. Bajo esta perspectiva se analizaba tanto la estructura de las normas jurídicas, como los factores que las producen.

Con respecto a esta premisa, el movimiento positivista que irrumpió en el siglo XIX, se dividió en dos posturas: por un lado el estudio de la vida jurídica a través de la sociología y sociología jurídica; y por otro lado, el análisis de las normas, de lo mandado jurídicamente<sup>27</sup>.

La vertiente positivista de tendencia sociológica y sociológica jurídica tiene dentro de sus principales exponentes a COMTE y SPENDER y en la Ciencia del Derecho a BIERLING, DUGUIT y EHRLICH, y del naturalismo a MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, favorecidos por el avance de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX<sup>28</sup>.

La ciencia del Derecho para considerarse como tal tenía que eliminar de su esencia, todo aquello que no proceda de la indagación sensible u observación. Alejándose de la metafísica jurídica y eliminaba definitivamente de la jurisprudencia conceptos como ese. Rechazando con ello, el Derecho natural como objeto del conocimiento científico, lo que era coherente con desterrar cualquier idea de metafísica, - como lo enunciábamos supra líneas- y limitar la ciencia a los hechos y a sus leyes empíricamente observables<sup>29</sup>.

El Derecho se encuentra en una realidad social, que es una parte del mundo de los hechos, por lo que el conocimiento del Derecho ha de tener lugar por el mismo método, como el de cualquier otra zona de la realidad empírica<sup>30</sup>.

Esta corriente filosófica repercutió en el ámbito penal, donde tuvo tres destacados tratadistas, quienes partieron de la concepción científica del estudio de los fenómenos,

---

<sup>23</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho penal...* Op. cit. p. 170.

<sup>24</sup> *Ibid.* p.170, 171.

<sup>25</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Metodología y ...* Op. cit. pp. 17, 18.

<sup>26</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Fundamentos de la dogmática...* Op. cit. p. 29.

<sup>27</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Metodología y ...* Loc. Cit.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 18. Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases...* Op. cit. p. 159.

<sup>29</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Ibid.* p. 19. MIR PUIG. *Ibid.* p. 161.

<sup>30</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Ibid.*

aplicando el método inductivo para lograr un estudio real y positivo del fenómeno criminal, fueron CÉSAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GARÓFALO<sup>31</sup>.

Esta corriente del positivismo consideraba que tanto el Derecho en general como el Derecho penal, eran un producto social, impidiendo con ello reconocer el trabajo legislativo como fuente real y por otro lado, señalaban que la ley penal se creó por las necesidades de la vida en sociedad, en tanto que la razón de justicia penal radicaba en la defensa social del Estado y su ordenamiento positivo<sup>32</sup>.

Por otro lado, el delito, objeto de la ciencia penal, dejó de ser considerado como un ente ideal, como sucedió en la escuela clásica, para ser examinado como fenómeno empírico, ubicado en lo real-material. La pena, consecuencia del delito, constituyó un instrumento de incidencia en la realidad externa, dirigida a la defensa social<sup>33</sup>.

Las consecuencias de esta nueva concepción metodológica y su cambio de objeto, afectó a los puntos centrales de la ciencia de los delitos y de las penas. La consideración del delito como fenómeno situado en el mundo empírico, tuvo como consecuencia el rechazo del punto de partida de la escuela clásica: *el libre albedrío*. Porque si el delito era un hecho perteneciente a la esfera de lo real-material, no podía sustraerse a las leyes que regían ese aspecto, siendo una de ellas, la ley de la causalidad. Entonces apareció el causalismo-determinismo: “todo hecho de la naturaleza responde a determinadas causas, o lo que es lo mismo, está determinado causalmente”<sup>34</sup>.

Por tanto, como la naturaleza obedece a determinadas causas, el delito debía ser producto de causas que determinasen la voluntad de su autor. En ese sentido, *el libre albedrío*, piedra angular de la escuela clásica, dejó de admitirse como explicación científica del hecho criminal<sup>35</sup>.

FERRI, en su primera obra<sup>36</sup> se ocupó de derrumbar el dogma de la libertad- *libre albedrío*-, y sentó las bases de la Sociología criminal. Plantea la concurrencia de factores individuales a los que deben sumar factores sociales y aunque en menor grado, también factores físicos o del medio ambiente físico, siendo esto lo que determina al hombre en su conducta criminal. Por lo que el presupuesto de la reacción punitiva debía buscarse, fuera de la libre decisión para delinquir<sup>37</sup>.

Se ha señalado que la escuela positiva, parte de la obra de LOMBROSO<sup>38</sup>, quien puso énfasis en el estudio del delincuente, situando los cimientos de la Antropología criminal. La obra de LOMBROSO -así como de los autores que hemos mencionado, necesitaría un trabajo en sí mismo, sin embargo, no es el objeto de esta tesis-, resumiéndola en extremo, centró su estudio en el hombre delincuente y plantea la existencia de un «delincuente nato», quien estaba predestinado al crimen desde su nacimiento por anomalías psíquicas

---

<sup>31</sup> Vid. ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho... Op. cit.* p. 63.

<sup>32</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho penal... Op. cit.* p. 171.

<sup>33</sup> Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases ... Loc. Cit.*

<sup>34</sup> *Ibíd.* 161.

<sup>35</sup> *Ibíd.* p. 162.

<sup>36</sup> *Teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*, publicado en 1850.

<sup>37</sup> Vid. MIR PUIG. *Loc. cit.* ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho... Loc. cit.*

<sup>38</sup> *El hombre delincuente*, publicado en 1876.

congénitas. El delito era sólo el comportamiento antisocial, de un tipo de hombre con anomalías atávicas<sup>39</sup>.

El hombre delinque por atavismo o epilepsia; por atavismo, porque se consideraba que es un ser que presenta degeneraciones o características del ser prehistórico; salvaje, que al vivir en una sociedad civilizada, su conducta será agresiva, ya que responderá a su condición antropológica a la que se suma la epilepsia, que lo conduce al delito<sup>40</sup>.

Tal como mencionamos, LOMBROSO consideraba al delito como una expresión de una personalidad o constitución anormal del individuo, que se debía estudiar con los métodos de la psicología o la antropología, el delito en ese sentido, no era más que un comportamiento antisocial de un desequilibrado, un delincuente *nato* o un ser atávico anormal<sup>41</sup>.

GARÓFALO por su parte, plantea la definición del delito natural, como “*la violación o acción lesiva de los naturales sentimientos altruistas del hombre asociado, de piedad y probidad que posee una sociedad en una medida media*”<sup>42</sup>.

Como eliminan la libertad de la voluntad o *libre albedrío* como presupuesto de la reacción punitiva, la vienen a sustituir por conceptos como el de «responsabilidad social» y con el de «temibilidad» -éste último concepto aportación de GARÓFALO-. La «responsabilidad social» intentaba justificar la intervención en los derechos del delincuente sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad. Mientras que la «temibilidad» vino a ofrecer un criterio de medición de la reacción penal<sup>43</sup>. El fundamento de la punibilidad no va a radicar en la culpabilidad sino en la temibilidad o peligrosidad.

La «responsabilidad social» implicaba la necesidad de que el hombre, por el hecho de vivir en una sociedad, es responsable de sus actos frente a ella. Es responsable socialmente, por el hecho de vivir y participar en una colectividad. Y como el delincuente está determinado a delinquir -su conducta está determinada por causas individuales, sociales y físicas-, la sociedad de igual manera, está a defenderse del delincuente<sup>44</sup>.

Esta posición de FERRI que adelantábamos, como determinista, basa la responsabilidad de un hecho delictivo, en un hecho objetivo: el vivir en sociedad; lo cual posteriormente fue criticado: el fundamentar la responsabilidad criminal en una concepción meramente objetiva, que resulta difícil de plasmar en las leyes<sup>45</sup>.

La defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos, debía partir también del método experimental, que era esencial en la escuela positiva. Es decir, a partir de la observación de la realidad, que los conducía al descubrimiento de las causas del delito,

---

<sup>39</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Metodología y ... Op. cit.* pp. 19, 20.

<sup>40</sup> Vid. ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho... Loc. cit.*

<sup>41</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Introducción... Loc. cit.*

<sup>42</sup> ORELLANA WIARCO. *Curso de Derecho... Loc. Cit.* MORILLAS CUEVA. *Metodología y ... Op. cit.* p. 20. Las cursivas son propias.

<sup>43</sup> Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases... Loc. Cit.*

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Lecciones de Derecho penal.* Ed. Harla. México, 1997. p. 26.

como causas de la peligrosidad de su autor, todo ello basado en la concepción determinista del fenómeno criminal<sup>46</sup>.

La «temibilidad», como señalábamos ofreció un criterio para graduar la reacción penal, permite precisar la fundamentación expresada por la responsabilidad social. Ya que la intensidad de la defensa que debía emplear la sociedad, iba a depender del grado de probabilidad de que el sujeto cayese en la conducta delictuosa. Esto se expresó primero con el término «temibilidad», que después cambio hacia el término «peligrosidad» -este último extendido a las legislaciones y doctrina, sobre el que retomaremos más adelante-<sup>47</sup>.

Era en el sujeto en el que radicaba la peligrosidad, el delito no constituía más que una manifestación de la peligrosidad de su autor. Situándose la defensa social en el delincuente, en lugar de buscarse en el delito como en la escuela clásica<sup>48</sup>.

El delito no interesaba por sí mismo, sino como síntoma de la peligrosidad del delincuente. Siendo el medio social quien determinaba la comisión del delito, por lo tanto, el delincuente no sería el responsable de sus actos, por lo que, el responsable de que un hombre cometa un delito es el medio social, por tanto, ya no se aceptan tipos de delincuentes<sup>49</sup>.

Sin embargo, GARÓFALO no acepta el determinismo y reconoce poca influencia de los factores ambientales y centra su atención en los instintos personales, para este autor el delincuente es un anormal psíquico –sigue las ideas de LOMBROSO, del delincuente *nato*-, causado por una anomalía moral congénita, por lo que el medio tiene poca influencia en él<sup>50</sup>.

Al radicar la peligrosidad en el sujeto, debe sancionársele por la conducta delictuosa cometida, para lo cual utilizarían la teoría de la temibilidad para sancionar al autor del delito. La «temibilidad» “*es la perversidad constante y activa que hay que temer de parte del delincuente*”<sup>51</sup>.

Posteriormente, se abandona esta teoría de la «temibilidad» y sería remplazada por la tesis de la peligrosidad como base de la responsabilidad criminal, las cuales parecieran teorías idénticas, sin embargo, se afirma que la «temibilidad» se fundamenta en la perversión interna del sujeto, mientras que en la peligrosidad, se atiende más al carácter antisocial del individuo expresado en su actuar -aunque con posterioridad veremos, en algunos casos, ambos términos de utilizan de forma indistinta, utilizándolos como sinónimos-.

Para FERRI, la peligrosidad se determina atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no a la del acto ejecutado. El estado peligroso será la situación

---

<sup>46</sup> Vid. MIR PUIG. *Introducción a las bases...* Op. Cit. p. 163.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> Vid. QUISBERT, Ermo. *Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Centro de Estudios de Derecho. Bolivia, 2008. p. 64.

<sup>50</sup> *Ibíd.* p. 77.

<sup>51</sup> QUISBERT. *Ibíd.* Las cursivas son propias.

individual, que por diferentes circunstancias sociales, el sujeto está en gran riesgo de caer en la delincuencia<sup>52</sup>.

Sobre el cuestionamiento que se la hiciera a FERRI acerca de ¿Cómo determinar la peligrosidad? Fue contestada señalando que se determinara atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no al acto ejecutado<sup>53</sup> -como se ha mencionado-.

Ahora bien, cuando un sujeto cometió un delito, como lo mencionamos, la sociedad se defenderá frente a estos sujetos peligrosos, la cual ya no se basa en la culpabilidad, por lo que la pena deja de ser la respuesta adecuada.

Por lo que, si la defensa social estaba dirigida, por el conocimiento científico-positivo, de las causas que producen la peligrosidad del sujeto y éstas llevan al delito, la única medida apegada a las exigencias científicas, será aquel producto del estudio de la personalidad del sujeto y sus factores sociales, y tomando en cuenta que sirva para contrarrestar su peligrosidad criminal. Lo que llevo a la escuela positiva a proclamar por la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Las medidas de seguridad no serían un castigo por un hecho pasado, sino una prevención de los delitos futuros, que se impondría según la índole y entidad de la peligrosidad del sujeto<sup>54</sup>.

En ese sentido, expresaban que las medidas de seguridad debían tener un carácter represivo, mismo que debía ser individualizado en razón de la temibilidad del delincuente y no por su culpabilidad. La represión se concebía como un instrumento encaminado a contrarrestar la peligrosidad criminal, causa del delito y causada también por otros factores que influían en el mismo. Buscaban con las medidas de seguridad, combatir científicamente la delincuencia<sup>55</sup>.

### 1.1.2 Postulados.

El punto de partida de las teorías subjetivas sobre el concepto y la naturaleza del peligro, se sitúa en los planteamientos del positivismo empirista del siglo XIX, fuertemente ligados al pensamiento causal y al determinismo físico<sup>56</sup>, por ello dimos un breve recorrido por los antecedentes de estas teorías y nos centraremos ahora, en lo que respecta a los delitos de peligro.

A finales del siglo XIX en Alemania, se desarrollaron diversas doctrinas que buscaban explicar el concepto y la naturaleza objetiva o subjetiva del peligro, esta cuestión por demás debatida, aparece al inicio del estudio de los delitos de peligro.

Brevemente enunciaremos los principales postulados de estas teorías, para retomarlos en la concepción del peligro. Bajo los antecedentes expuestos, entendemos

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* p. 74

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Vid.* MIR PUIG. *Introducción a las bases... Op. Cit.* p. 164.

<sup>55</sup> *Ibíd.* p. 165.

<sup>56</sup> *Vid.* DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales.* Editorial Aranzadi. Navarra, 1996. p. 270.

por qué estas teorías tuvieron la concepción de peligro como producto de la mente, cuyos partidarios fueron los positivistas más radicales y los neoidealistas.

Para los idealistas, la realidad era obra del conocimiento obtenido por el individuo, por lo cual, el peligro tenía que ser una creación de la mente del hombre. Mientras que los positivistas, quienes sólo reconocían como realidad el mundo físico o material y las leyes que lo regulaban, concebían el peligro como una mera impresión psicológica (del sujeto pasivo del hecho delictivo)<sup>57</sup>.

Esta concepción de peligro de los positivistas, fue producto de la forma de entender la realidad, como el mundo físico fenoménico y los principios que lo regulaban, especialmente el principio de causalidad, sometiendo cualquier otro mundo como el social y el psicológico a este mismo principio causal<sup>58</sup>.

Por esa subordinación al mundo físico y a sus leyes, el positivismo excluía en la construcción e interpretación jurídica, cualquier remisión a elementos axiológicos u ontológicos ajenos a los tipos penales- tal como lo mencionábamos supra líneas-. De ahí que se señale que para VON LISZT “la realidad se reconoce como necesidad, el ser, como deber ser”<sup>59</sup>. Esta idea se aplicó en cuanto a la forma de elaboración del método positivista.

Esta manera como LISZT concebía la realidad, implica la afirmación del principio de necesidad que rige los acontecimientos que se dan en el mundo. Este principio tendría una importante influencia en la concepción del peligro, ya que según el mismo, “cualquier resultado producido se produjo porque así tenía que suceder, si no se ha producido, es porque no podía de ninguna manera suceder”<sup>60</sup>. En base a lo anterior quedaba descartada la posibilidad o la probabilidad de que sucediera un acontecimiento, si ya estaba todo determinado a suceder o no.

Con base a este principio, queda claro que no hay lugar para la probabilidad ni para la posibilidad de un suceso, ni mucho menos lugar a que se produzca algún evento lesivo que no se haya producido, de ahí que el peligro tiene que ser, según esta concepción, *un juicio originado por una impresión de orden subjetivo*<sup>61</sup>.

Como lo señalamos, en la realidad no habría lugar para la posibilidad o la probabilidad de un acontecimiento, si no se producía el resultado lesivo, es porque simplemente no se podía producir. Las condiciones que se calificaran de peligrosas, son o causales o no causales de un acontecimiento lesivo. Por ello la posibilidad y la probabilidad no existían en el mundo real, ya que todo estaba dominado por el principio de necesidad<sup>62</sup>.

Es decir, la realidad ya estaba determinada por las leyes causales, sucedía porque debía suceder, o bien, si no sucedía es porque no debía suceder. En ese sentido, como

---

<sup>57</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Editorial Gráficas Arias Montana S.A. Madrid, 1993. pp. 52, 53. ESCRIVA GREGORI, José Ma. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 1976. pp. 48-51.

<sup>58</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Ibíd.* p. 53.

<sup>59</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. Hace un análisis sobre VON LISZT y el positivismo. *Ibíd.*

<sup>60</sup> *Ibíd.* p. 54

<sup>61</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Ibíd.* ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Op. cit.* p. 49.

<sup>62</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *Ibíd.* p. 48.

todo estaba determinado, la lesión a un bien jurídico también lo estaría, por lo que solo se contemplaba la lesión o no de un bien. El peligro estaba fuera de la realidad, por lo que solo podía existir en la mente del sujeto que creyera que se podía presentar. La posibilidad, por ende, también era una concepción del sujeto que sólo reproducía imágenes del mundo real y en base a imágenes pasadas, se crean imágenes del futuro.

Las distintas formas en que se concibe la realidad, condicionan la forma en que se entiende el peligro y su utilización en el ámbito del Derecho. Así para ambas concepciones (idealistas y positivistas), por distintos motivos, el peligro es producto de la mente humana: “de la aprehensión de la realidad a través de ella o de la falta de conocimiento del hombre”.<sup>63</sup>

El peligro -para LISZT- será un estado que se da en el mundo exterior, un resultado en sí mismo, pero que no tendrá importancia, solamente cuando tiene relación con otro estado, que, si bien no se ha presentado, es conocido y no deseado por todos. Bajo esta premisa, el peligro será el estado en que bajo determinadas circunstancias -que pueden ser conocidas por los demás o bien, por el contrario sólo por su autor-, cuando se da la manifestación de voluntad de la idea criminal, existirá “la posibilidad inmediata (probabilidad) de que resultará una infracción”<sup>64</sup>.

Al situar estas corrientes positivo-naturalísticas del peligro, dentro de este entendimiento del problema causal, podemos señalar que el peligro es producto del desconocimiento de las leyes causales, el peligro sólo existirá en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva. No será una concepción real, que este basada en la experiencia, por ello la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado, dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos<sup>65</sup>.

En este mismo sentido se señala que “las tesis que afirman la subjetividad del concepto de peligro encuentran sus bases en el entendimiento de las Leyes causales como Leyes necesarias, siendo por tanto el peligro será tan sólo un producto de nuestra ignorancia: lo que no ha ocurrido no podía ocurrir”<sup>66</sup>, derivada de la imposibilidad de poseer todos los datos que determinan la aparición o no de un suceso. Por ello de acuerdo con esta postura, entre más conocimientos generales se vaya adquiriendo, se estará en mejor condición para predecir un hecho, así como la producción o no de un resultado<sup>67</sup>.

Con base en ello, se afirma que es posible predecir racionalmente todo suceso del mundo físico o externo, si se está en la posesión de una descripción lo más precisa posible de los sucesos físicos pasados, con todas las leyes de la naturaleza<sup>68</sup>, sin embargo, esto es debatible, pues es difícil entender que todo se pueda determinar aun conociendo todos los elementos de la naturaleza.

---

<sup>63</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro... Loc. cit.*

<sup>64</sup> VON LISZT, FRANZ. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 20° edición alemana. Traducida por Luis Jiménez de Asúa. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2003. p. 289.

<sup>65</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p. 32.

<sup>66</sup> MORENO ALCÁZAR, Miguel Ángel. *Los delitos de conducción temeraria*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 79.

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de... Op. cit.* p. 271.

Para esta teoría el peligro no existe, pues únicamente es producto del error humano y el error personal, en consecuencia, no hay acciones peligrosas sino lesivas o no lesivas, según estemos frente a la causación o a la no causación de la lesión de un bien jurídico. Asimismo, se señala que la existencia de peligro surge de un juicio “*ex ante* subjetivo, aun cuando sea desde la perspectiva del hombre medio, según el cual una acción es peligrosa cuando *ex post* no conocemos las razones por las que no se ha producido el resultado, teniendo estos juicios, al repetirse respecto de situaciones similares, una pretensión generalizadora”<sup>69</sup>. Concluyendo que esta teoría no ofrece un concepto de peligro sino una definición del juicio de peligro.

El entender el peligro como producto de la mente humana, realizado a través de una abstracción de la realidad o por la falta de conocimiento del hombre; tendría consecuencias en cuanto a la relación del peligro con la posibilidad y con la relación de causalidad<sup>70</sup>.

De las concepciones de VON LISZT<sup>71</sup> y VON BURI, sobre que los acontecimientos sólo podían suceder o no, ser causales o no; el peligro sólo podía ser un juicio de orden subjetivo, toda vez que se parte de que no existe un resultado lesivo<sup>72</sup>.

Con base en lo expresado por estos dos autores anteriores, se señaló la vinculación entre la teoría subjetiva del peligro y la teoría de la equivalencia de las condiciones, que fue desarrollada precisamente por VON BURI<sup>73</sup>.

Sin embargo, se debe a BUSCH la influencia de la teoría de las condiciones en la concepción subjetiva del peligro, bajo tres razones. La primera en cuanto a la identificación entre las condiciones y causas, que no es similar con la de lesión o no lesión, que estaría en relación causal con sus antecedentes y consecuencias, cuya relación podría confirmar la existencia de condiciones que posible o probablemente aparezcan como causas. En segundo lugar, esa teoría causal, supone la necesidad de eliminar los conceptos de probabilidad y posibilidad, pues el principio de necesidad, excluye incluso

---

<sup>69</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...Op. cit.* p. 33.

<sup>70</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...Loc. cit.*

<sup>71</sup> Vid. *Supra* página 12.

<sup>72</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...Loc. Cit.*

<sup>73</sup> Partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, para la cual es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente daría lugar a que ese resultado no se produjese, siendo todas las condiciones del resultado equivalentes. De acuerdo a esta teoría, será causa de un efecto toda condición que no puede suprimirse mentalmente, sin que con ello se suprima, también mentalmente, el efecto. VON BURI no va a distinguir entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado, pues tienen la primera característica, todas las fuerzas que han contribuido a su producción, provocando que el resultado sea indivisible y por lo tanto no puede atribuírseles una cuota ideal a cada uno de sus antecedentes. El principal defecto de esta teoría estará en la dificultad de diferenciar causa de condición. Pero aun aceptando la concurrencia de causas, se considera que podría ser una injusticia atribuir a todas la misma relevancia. De igual manera, se critica a esta teoría porque podría con ella excluirse indebidamente la responsabilidad de un sujeto, en los casos de doble causalidad. Ejemplificándose con el caso de dos sujetos que, sin ponerse de acuerdo, e ignorando uno la conducta del otro, en un mismo acto y del mismo modo, dan una dosis suficiente de veneno que produce la muerte de un tercero, y conforme la teoría de la equivalencia de las condiciones, podría negarse la causalidad de cualquiera de ellos, ya que suprimida mentalmente la conducta de uno de ellos el resultado no desaparecería. Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. pp. 241-243. / LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Dykinson. Madrid, 2015. pp. 55,56.

el azar. Por último, la teoría de la causalidad supone un desprecio del conocimiento empírico como única fuente de un conocimiento objetivo<sup>74</sup>.

Posteriormente otros partidarios de las teorías subjetivas intentaron vincularlas con el mundo real. Consideraban que el juicio de peligro no carece de contenido objetivo, toda vez que se desprende de la experiencia que ciertas acciones suelen tener ciertas consecuencias, pero también, sería en esos supuestos que el desconocimiento del orden subjetivo, es decisivo para el juicio de peligro<sup>75</sup>.

De igual manera, expresan que si el juzgador desconociera si se halla en el momento, en que tiene que producirse el resultado lesivo, únicamente podrá representarse mentalmente un caso parecido y temer la producción de la consecuencia no deseada- ya que ni la experiencia más exacta, podrá presentarle al juzgador dos casos iguales-. El juicio de peligro se fundaría en temores de orden subjetivo, en este caso, del juzgador<sup>76</sup>.

Con respecto a la llamada segunda corriente de esta teoría, que considera al peligro como juicio del sujeto pasivo, un estado de temor o de miedo. Se ha señalado que “los partidarios de las tesis subjetivas consiguen atribuir al peligro un desvalor autónomo y propio, en detrimento, sin embargo, de la objetividad del juicio y sobre todo, en detrimento de la objetividad del desvalor”<sup>77</sup>.

Sin embargo, esta corriente ha tenido críticas, una de ellas señala que el legislador no ha podido referirse a la impresión psicológica del sujeto pasivo del delito, puesto que dicho planteamiento conduciría a negar la existencia del peligro, siempre que la víctima no sea consiente del mismo, lo que provocaría problemas a la hora de constatar, el que el sujeto pasivo tuvo la sensación o la impresión de la existencia de un peligro, aunque éste no fuere realmente existente<sup>78</sup>.

Por otro lado, las críticas más neurálgicas que se les ha hecho a estas teorías, aparte de las correspondientes a las diversas corrientes filosóficas, han sido sobre todo consideraciones en relación a los parámetros del juicio de peligro y a las consecuencias jurídicas que generan. Sin embargo, la principal de ellas, se formula en relación al principio de certeza jurídica, puesto que el peligro se concluiría en el juicio subjetivo de quien debe valorar la existencia o no de peligro<sup>79</sup>.

Asimismo, no aporta un concepto general de peligro y por lo tanto demuestra su incapacidad para proporcionar un instrumento útil para el Derecho. Pues la definición de peligro, no coincide ni con el sentido usual que se le da al término, ni con lo pretendido por el legislador mediante el empleo de dicha expresión<sup>80</sup>.

Otros críticos de esta teoría, la consideran infructuosa, ya que al derivar de una concepción mecanicista, según la cual si un fenómeno se produce es porque realmente se

---

<sup>74</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. pp. 50, 51.

<sup>75</sup> *Ibíd.* p. 50.

<sup>76</sup> *Ibíd.*

<sup>77</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. Cit. pp. 55, 56.

<sup>78</sup> *Ibíd.* p. 56.

<sup>79</sup> *Ibíd.* p. 55.

<sup>80</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de...* Op. cit. p. 272.

«tenía que» producir y en el mismo sentido, si no se producía es porque «no se podía» producir, considerando por tanto que todo está determinado<sup>81</sup>.

Este determinismo es uno de los aspectos más criticables, porque si todo estuviera determinado a suceder, o a no suceder, efectivamente no existiría el peligro, ya que sólo estaría determinado que una conducta produzca una lesión o no, sin haber términos medios ni etapas previas.

Según estas teorías subjetivas la concepción del peligro, solo existirá en la mente de quien piense en ella, el sujeto determinará entonces cuando hay peligro y cuando no, de acuerdo a sus conocimientos sobre un suceso. De ahí que se señale que el peligro no tiene un contenido en sí, sino que es un juicio, un juicio de un sujeto que mentalmente determinara cuando una situación es peligrosa.

Si bien hemos visto antecedentes y postulados de las teorías subjetivas, lo que se pretendía era destacar la concepción que se tiene del peligro, el cual solo existirá en la mente del sujeto que tiene una imagen subjetiva, la cual es producto del desconocimiento de leyes causales.

Por otro lado, encontramos las posturas objetivas, para quienes su concepción del peligro es diversa a la señalada, tal como lo veremos enseguida.

## **1.2 TEORÍAS OBJETIVAS.**

En las teorías subjetivas, tuvimos la necesidad de recurrir a las escuelas del Derecho penal, clásica y positivista, con la finalidad de entender la influencia de estas en los postulados de la teoría subjetiva.

Ahora bien, siguiendo la evolución de las escuelas del Derecho penal, que como mencionamos influyeron en la teoría subjetiva del peligro, hemos de retomar dicha evolución para brevemente, exponer los postulados de la escuela neokantiana y la teoría de la causalidad adecuada, las cuales tienen influencia en las concepciones de la teoría objetiva del peligro, como veremos enseguida.

### *1.2.3 Antecedentes.*

#### **1.2.3.A. Escuela neokantiana o Neokantismo.**

El positivismo más duro e inflexible, se criticó duramente y se propuso la construcción de un nuevo camino para la teoría del conocimiento, sin embargo, tuvieron que pasar muchos años para que surgiera el neokantismo, el cual fundamentaría el carácter de ciencia de la actividad jurídica, desde un punto de vista distinto a los positivistas.

---

<sup>81</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. p. 21.

Las reacciones a la teoría positivista, se dio a través de dos grandes movimientos –que enseguida veremos-, mismos que fueron el fundamento del Neokantismo y desempeñaron un factor decisivo en la evolución de la ciencia penal.

El neokantismo, surge como superación del positivismo, poniendo énfasis en los errores de esta última escuela. Si para la escuela positiva el concepto de ciencia debía ser reservado para las actividades que se servían de la observación y el experimento de una forma causal-empirista; para los neokantianos -en voz de LARENZ- se planteaban la cuestión de sí se podía aprehender la totalidad de la realidad, con los métodos de la ciencia natural exacta<sup>82</sup>.

La respuesta a esta cuestión fue otorgada por RICKERT, quien señaló que para aprehender la realidad que conocemos no son suficientes los métodos de las ciencias naturales y se hacía necesario acudir a otros métodos, propios de las ciencias culturales o espirituales –donde se encuentra el Derecho-. El método de las ciencias naturales era causal-explicativo, mientras que el de las ciencias culturales, era comprensivo<sup>83</sup>.

De igual manera, nace como reacción de la teoría formalista de la dogmática, un movimiento en Alemania llamado «jurisprudencia de intereses». IHERING reaccionó contra el formalismo y abstraccionismo que imperaba afirmando que “la vida no son los conceptos, sino que los conceptos existen gracias a la vida...”<sup>84</sup>. Con ello postula que toda proposición jurídica ha de ser considerada también dentro de su función social, alejándose de las abstracciones.

Este movimiento denominado «jurisprudencia de intereses» concibe al Derecho como producto de los intereses vivos, con lo cual le exige que supere los aspectos formales y determine cuáles son los auténticos intereses, que darán la razón de la existencia de cada norma, esto a efecto de aplicar e interpretar la norma<sup>85</sup>.

La otra reacción a la escuela positivista –que anticipamos como movimiento-, fue a través de una escuela sudoccidental alemana de origen kantiano; que, sobre un logicismo axiológico, elaboro una teoría jurídica dirigida a los valores que giran alrededor del Derecho. Derivado de lo expuesto por RICKERT, distinguieron entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura. Siendo el Derecho una de las ramas de las ciencias de la cultura que se ocupa de los sucesos o relaciones, que en atención a su importancia respecto a ciertos valores culturales, destacan de la generalidad de las cosas<sup>86</sup>.

La inserción de las ideas en la metodología de la ciencia del Derecho, se debe al filósofo EMIL LASK, para este autor lo peculiar de la ciencia del Derecho, es su referencia a valores, habla de un método de la ciencia del Derecho referido a valores y a fines y destaca que todo aquello que caiga en el campo del Derecho, pierde todo referente al carácter naturalístico y por ende al valor<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Introducción al Derecho Penal...* Op. cit. pp. 176, 177.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> MORILLAS CUEVA. *Metodología y ...* Op. cit. p. 25.

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Ibíd.* pp. 25, 26.

<sup>87</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Introducción...* Op. cit. p. 177.

Esta distinción entre las ciencias naturales y las culturales, incluida la referencia a los valores, fue continuada por RADBRUCH, su punto de partida es la imposibilidad de derivar los valores de la realidad, de cimentar el deber ser en lo que es, de cambiar las leyes naturales en verdaderas normas y plantea que “el reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad, entre el ser y el deber ser, es lo que se llama dualismo metodológico”.<sup>88</sup> Esta fórmula del dualismo metodológico, es lo que permite distinguir entre ciencias naturales y ciencias jurídicas.

Con base a lo anterior, toda actitud racional y sistemática para comprender o explicar la realidad será, por lo tanto: «ciencia», la diferencia entre ciencias naturales y culturales -donde se encuentran las jurídicas-, radicara únicamente en el método empleado, uno axiológico y otro ontológico, respectivamente<sup>89</sup>.

Esta escuela sudoccidental encontró numerosos seguidores en el Derecho penal, en Alemania donde se dieron las primeras aportaciones, encontramos autores destacados como SCHWINGE y ERICK WOLF, quienes transformaron las posiciones tradicionales e instauraron nuevos criterios metodológicos, que sirvieron para resolver problemas concretos<sup>90</sup>.

Así mismo, tomó auge la fenomenología de la conciencia de HUSSERL, en el sentido de ubicar el conocimiento en el mundo de las esencias y dejando de lado las ideas platónicas<sup>91</sup>.

Las aportaciones del neokantismo, en especial de la escuela sudoccidental alemana, dejó en claro cuál sería el objeto de estudio de los penalistas. Si en el positivismo el delito era abordado desde la perspectiva de la psicología o la sociología, y marginalmente desde un punto de vista jurídico, lo que creaba una gran confusión; en el neokantismo se delimita los campos, estableciendo que el delito podía ser estudiado desde un punto de vista causal-explicativo, y ser objeto de la criminología, también podía ser estudiado como un fenómeno jurídico, objeto de valoraciones y por ende, objeto de la ciencia del Derecho penal<sup>92</sup>.

Estas aportaciones del neokantismo, repercutieron de manera importante en el tipo penal, primeramente, significó la incorporación por parte del legislador -de manera expresa o tácita- en algunos tipos penales, de ciertos ánimos, deseos o intenciones. Incluso se llegó a determinar, que en algunos tipos penales, lo decisivo no es el acontecer externo, sino la orientación que el autor le otorgaba a su comportamiento<sup>93</sup>.

Por otro lado, existían ciertos tipos que no tenían un contenido claro desde el plano objetivo, ni tampoco perceptible en el ámbito interno del autor, sino más bien, era aprehensible a través de un análisis valorativo por parte del intérprete<sup>94</sup>, dejándole al

---

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE. *Introducción...* *Ibíd.* p. 178.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> *Vid.* MORILLAS CUEVA. *Metodología y ... Op. cit.* pp. 26, 27.

<sup>91</sup> *Vid.* GUERRERO AGRIPINO. *Fundamentos...* *Op. cit.* p. 89.

<sup>92</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE. *Introducción...* *Op. cit.* p. 180.

<sup>93</sup> *Vid.* GUERRERO AGRIPINO. *Fundamentos...* *Op. cit.* p. 91.

<sup>94</sup> *Ibíd.* Se detectaron que en algunos tipos el legislador, le otorgaba un rango axiológico determinante para su valoración. Como la calidad de funcionario público en el sujeto activo, o el de honestidad en algunos

intérprete -juzgador- la valoración de la conducta -contrario a lo que sucedía en la teoría subjetiva del peligro, donde como establecimos, el sujeto determinaba cuando existía peligro-. Este será el punto de partida de la teoría objetiva del peligro, donde la valoración de un hombre medio objetivo, es importante para determinar cuando existe peligro -aunque es una teoría objetiva, observamos cómo se habla también de valoración, elemento de carácter subjetivo-.

De igual manera el neokantismo, trajo otras repercusiones tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad, de las cuales no haremos referencia, pues no son tema central de este trabajo, baste decir que el tipo pasó a ser la *ratio esendi* de la antijuridicidad<sup>95</sup>.

#### 1.2.1.B. Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación.

La pertinencia de abordar esta teoría, lo veremos enseguida, a la hora de abordar la teoría objetiva del peligro, pues desde cierta postura, esta teoría ejerció fuerte influencia en la teoría objetiva del peligro.

Primero debemos señalar que esta teoría plantea que debe considerarse como *causa aquella condición que normalmente es la adecuada para producirla*.

Distingue entre causas y condiciones, estableciendo que una verdadera causa que produzca un resultado, es aquel antecedente relacionado con la producción del evento con la fuerza necesaria para originarlo. Sin embargo, la condición es un antecedente insuficiente por sí solo para producirlo, por eso se afirma que los efectos han de ser adecuados a sus causas<sup>96</sup>.

Para determinar cuál es la causa adecuada, se cuenta con dos parámetros:

1. La regularidad estadística. Establece que una persona normal puede ser capaz de prever en qué circunstancias corrientes, un resultado lesivo puede producirse inevitablemente. Y la estadística a través de ciertos datos corroborara en qué circunstancias un resultado previsto se va a presentar – con la ayuda de la probabilidad-.
2. La diligencia debida. El sujeto prevé objetivamente lo que estadísticamente es previsible. Significa que el sujeto debe obrar con la diligencia debida – cuidados que debe observar el hombre medio en situaciones normales- para que el resultado lesivo no ocurra<sup>97</sup>.

Conforme a los anteriores criterios únicamente adquiere la categoría de causa, aquella condición que, conforme a la experiencia, es adecuada para producir un resultado.

---

tipos, donde se le exigía esa calidad al sujeto pasivo. En esos casos, la configuración del tipo, ameritaba una determinación desde un plano valorativo a través de parámetros ya fueran jurídicos, sociales o culturales.

<sup>95</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Fundamentos...* *Ibíd.* pp. 91-94.

<sup>96</sup> Vid. ORELLANA WIARCO. *Curso de ... Op. cit.* p. 184.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

Servirá también para establecer cuando una condición es adecuada para producir un resultado, una *prognosis posterior objetiva*, que a través de un juicio de probabilidad, donde se tomen en consideración las condiciones, que en el desarrollo de la acción sean conocidas y cognoscibles para un hombre prudente, es decir, que actué con una debida diligencia<sup>98</sup>.

#### 1.2.4 Postulados.

Algunos partidarios de estas teorías conciben al peligro como una entidad objetiva - aunque también hacen referencia a juicios de valoración, como ya se destacó- y no como un producto de la apreciación humana, como lo hacían en las teorías subjetivas. Desde esta concepción se defiende la autonomía del peligro, pues afirman que el hecho de que no se produzca una lesión, no implica que a su vez el peligro no haya existido, porque precisamente su existencia, no depende de la apreciación subjetiva de quien debe valorar esa situación; por ello se le concibe como una entidad objetiva, real y autónoma, que comporta la posibilidad o probabilidad del peligro de producción de un resultado.<sup>99</sup>

Desde el desarrollo de estas teorías encontraremos la vinculación, que posteriormente retomaremos en temas más adelante, entre el peligro y la posibilidad o la probabilidad.

Esta nueva concepción sobre la naturaleza del peligro, por un lado, confirma su contenido objetivo, sin embargo, por otro, sigue configurándose con base en la probabilidad de producción de un resultado lesivo. Así mismo, refiere MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>100</sup>, que esta concepción obedece a dos criterios vinculados, el primero de ellos relacionado con la influencia recibida del neokantismo y en segundo lugar, a la ascensión en la teoría del peligro de la tesis de la causalidad adecuada<sup>101</sup>, esta última tesis se configura como una prognosis posterior de carácter objetivo, porque se remite al juicio

---

<sup>98</sup> Vid. OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc y GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. *La imputación objetiva*. Universidad de Guanajuato. México, 2002. p. 36.

Para juzgar sobre la adecuación de la causa que, hacia un hombre cuidadoso o prudente, según esta teoría, éste debía de partir de un conocimiento general, lo cual trajo como consecuencia una serie de críticas, pues se llegó a cuestionar que si el conocimiento del hombre quien realiza el juicio, es más amplio (como el de un médico), correspondía negar la causa.

De igual manera, para esta teoría el nexo causal no queda demostrado, si la acción del sujeto no era idónea para producir el evento lesivo.

Para ejemplo de lo mencionado anteriormente, se maneja el caso del sujeto A que lesiona levemente al sujeto B, sin saber que el sujeto B padece de hemofilia, y el sujeto B muere a causa de la lesión producida por el sujeto A. De acuerdo con esta teoría de causalidad adecuada, el nexo causal no se presenta, pues estadísticamente o normalmente no es causa idónea el que una lesión leve produzca la muerte, ni tampoco empleando diligencia debida puede suponer al sujeto A, que con una lesión leve pueda privar de la vida a una persona. Aunado a que el saber que, a causa de una lesión leve se pueda causar la muerte a una persona hemofílica, no es un conocimiento general de un sujeto medio, más bien, implicaría mayores conocimientos no exigibles al sujeto prudente.

<sup>99</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro... Op. cit.* pp. 56, 57.

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> *Ibíd.* Trasladan ambas concepciones sobre la acción, al análisis del peligro, pues señalan que la preeminencia del concepto de acción no sólo afecta a los delitos de lesión sino también a los de peligro. Existiendo una vinculación indisoluble entre la valoración de la existencia de peligro y la valoración de la acción.

de la experiencia general, del hombre medio, y ambas concepciones parten de la idea de que para que exista un peligro debe existir una acción y una acción causal.

En este mismo sentido, inician de la necesidad causal de los fenómenos, de ahí que entiendan por peligro: la posibilidad objetiva de que ocurra un daño<sup>102</sup>. Y ese suceso futuro será posible objetivamente, cuando en el estado actual de las cosas, puedan darse ciertas condiciones que a su vez puedan dar lugar a ese suceso<sup>103</sup>.

Destacando la defensa realizada a esta teoría desde su inicio, se encuentran VON KRIES y VON ROHLAND<sup>104</sup>. Aportando este último las características del peligro<sup>105</sup>, sobre las que señala “la probabilidad de un acontecimiento y el carácter dañoso del mismo. Donde falta una de esas notas, falta también el peligro. No hablamos de peligro cuando la producción de un hecho es, o bien, imposible, o bien, cierta, ni tampoco cuando la misma está de acuerdo con nuestros intereses o no los acepta. Peligro es por tanto la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento lesivo; la mayor o menor posibilidad de su producción”.<sup>106</sup>

Por otro lado, VON KRIES tuvo una gran influencia en el desarrollo de las doctrinas objetivas del peligro, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad objetiva. Para él era importante que “un acontecimiento bajo ciertas circunstancias, pudiera o no producirse y que ambas posibilidades fueran objetivamente posibles, ésta es una aserción que tiene un sentido que puede mantenerse con un significado comprensible cuando la descripción de las circunstancias condicionantes incluye una general e inexacta cantidad de comportamientos diversos o un ámbito determinado”, en función de ello definió el peligro como “la posibilidad objetiva de un acontecimiento dañoso, una situación que contiene las condiciones de un resultado dañoso”<sup>107</sup>.

Sin embargo, estos autores tuvieron sus detractores como BUSCH para quien un “peligro objetivo sólo puede sostenerse en base a manifestaciones exteriores concretas, las cuales han de darse en cada caso particular en que la ley exija para la punición la producción de un peligro”<sup>108</sup>.

Estas teorías objetivas tuvieron amplios seguidores en Alemania e Italia, destacando en Alemania BINDING y en Italia FLORIAN, para quién esta postura objetiva debía prevalecer sobre las subjetivas, sobre todo porque “si el peligro fuera

---

<sup>102</sup> Nos detenemos en este apartado, para hacer una aclaración sobre lo que entendemos por objetivo y subjetivo, pues la posibilidad objetiva de que ocurra un daño, es la que nos determinara que existe un peligro.

Objetivo se refiere a lo perteneciente o relativo al objeto en a sí mismo, con independencia de la manera de pensar o sentir, de igual manera es aquello que puede existir realmente fuera del sujeto que lo conoce. Mientras que lo subjetivo, es lo perteneciente o relativo al sujeto, y se considera en oposición al mundo externo; así como lo perteneciente o relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto, y no al objeto en sí mismo. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimotercera edición. Consultable en la página electrónica [www.rae.es/recursos/diccionarios/drae](http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae)

<sup>103</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de...* Op. cit. p. 273.

<sup>104</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. p. 51.

<sup>105</sup> Vid. *Infra* el Tema del Capítulo I, 3.1 Primeras aproximaciones al concepto de peligro.

<sup>106</sup> ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. Vid. *Infra* 3.1.1 y 3.1.2. Sobre los conceptos de probabilidad y posibilidad.

<sup>107</sup> *Ibid.* p. 52.

<sup>108</sup> *Ibid.* p. 53.

simplemente una presunción, una apreciación subjetiva, el Derecho penal no tutelaría el orden externo, sino la impresionabilidad interna de los individuos”<sup>109</sup>.

Por otro lado, esta teoría es válida para CORCOY BIDASOLO, en la medida que resulta cierto que, al aumentar el peligro, aumenta en el mismo grado la probabilidad de lesión, sin embargo, al igual que las teorías subjetivas, “no ofrecen un concepto de peligro sino de lo que significa el peligro, es decir, aumento de la probabilidad de lesión”.<sup>110</sup>

Si bien la mayoría de los autores, han preferido estas teorías por encima de las subjetivas, hoy en día se sigue sin dar el mismo contenido a los delitos de peligro que a los delitos de lesión. Lo anterior, partiendo de que estas teorías tienen como principal postulado que el peligro, «existe» con independencia de que el juicio que emitamos al respecto lo afirme o lo niegue. La anterior afirmación traería como consecuencia que se les dotara de casi la misma, o de similar naturaleza; siendo la única y gran diferencia, que la lesión es fácilmente comprobable o palpable, mientras que en el resultado de peligro, éste es por demás difícil demostrarlo<sup>111</sup>.

En síntesis, debemos decir que esta teoría concibe al peligro como mera probabilidad de lesión *ex ante*, basada en leyes causales, pero dicha probabilidad no se materializará *ex post*, al no haberse producido un resultado de lesión.

Por otro lado, dentro de esta postura, algunos autores<sup>112</sup> suelen dividir esta teoría en dos, referida la primera al peligro desde la acción y la segunda, el peligro que se predica del resultado.

a) Teoría objetiva. El peligro se predica de la acción.

Estas teorías parten de la idea de que, determinadas conductas tienen como característica principal ser generalmente peligrosas. “El carácter peligroso o no de una conducta, no surge por la mera posibilidad de que se produzca una lesión, sino que es necesario que, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluida la posibilidad de intervención del autor o de un tercero para contrarrestar el peligro, exista un grado elevado de probabilidad de lesión”.<sup>113</sup>

Para HÄLSCHNER, “únicamente puede hablarse de peligrosidad de una acción, en el sentido de que nosotros inducimos de su naturaleza que contiene en sí misma, las condiciones para la producción de un resultado dañoso. Pero nosotros no estamos en situación de conocer todas las condiciones de la acción misma. Aunque ciertamente el peligro es hijo de nuestra ignorancia, esto no nos permite decir que la existencia del mismo depende de la subjetividad del juzgador”<sup>114</sup>.

Como referimos párrafos anteriores, la teoría de la causalidad adecuada y la escuela del neokantismo, tuvieron fuerte influencia en esta teoría, ambas tesis plantearon

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro... Op. cit.* p. 34.

<sup>111</sup> *Vid.* MORENO ALCÁZAR. *Los delitos de ... Op. cit.* pp. 80, 81.

<sup>112</sup> *Vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...Op. cit.* p. 56 y ss.

<sup>113</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...Loc. cit.*

<sup>114</sup> ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Loc. cit.*

que para que exista un delito de peligro, es necesario que exista una acción y en sí una acción causal.

La teoría de la causalidad adecuada, nos permitirá identificar cual es la condición adecuada, en donde encontramos la idoneidad objetiva de la acción. En qué situaciones encontraremos una mayor probabilidad de lesión. Por su lado el neokantismo nos señala que para tener una visión más completa del injusto, se requiere el análisis de ciertos elementos subjetivos que se encuentran presentes en algunos tipos penales<sup>115</sup>.

Trasladando la teoría de la causalidad adecuada desarrollada por VON KRIES, - mediante la cual se aplicaba un juicio de posibilidad sobre la relación de causalidad-, para descubrir cuál será la causa para producir un resultado, deberá de analizarse las acciones de un hecho y aquella acción que tenga mayor posibilidad de representar un resultado de lesión -según la experiencia-, será la adecuada<sup>116</sup>.

Conforme a lo anterior, es por lo que, de manera explícita o implícita, la valoración sobre la existencia del peligro, estará fuertemente ligada a la valoración sobre la peligrosidad de la acción. Principalmente porque el desarrollo sobre la teoría del delito, hasta los años setenta, está fundamentaba sobre la acción, manteniéndose de igual manera el dogma causal de la misma, lo que explicaba que el concepto de peligro siguiera ligado también a la acción (causal)<sup>117</sup>.

De acuerdo a estas tesis, el peligro tiene un contenido objetivo, predicando por ello que el peligro está contenido en la acción, es decir, refieren que la acción «peligrosa», tiene un contenido objetivo de peligro, pero éste debe ser verificado *ex ante*, desde que se comete la acción, lo cual implica que la relación de causalidad deba ser entendida de forma distinta, pues que si no se produce un resultado, deberá “ahora referirse a un proceso causal hipotético, ya que no se materializó en un resultado efectivo”<sup>118</sup>.

Adoptar esta postura dentro de las teorías objetivas, trae como consecuencia que no se toma en cuenta el resultado en los delitos de peligro, ya que sólo será relevante determinar si *ex ante* una acción tiene la probabilidad de causar un resultado de lesión.

Por otra parte, en relación con la acción peligrosa, FERRI señalaba que estamos ante una conducta peligrosa atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no a la del acto ejecutado. Y que la peligrosidad se determinaba de igual manera, atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no al acto ejecutado<sup>119</sup>.

En cuanto a la peligrosidad como adjetivo, tiene una relevancia importante, FILIPPO GRISPIGNI y JIMENEZ ASÚA, la concebían como fórmula general y proponían que fuera utilizada como fundamento decisivo de la responsabilidad y de la intervención pública en el tratamiento del crimen y de los hechos antisociales<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro... Op. cit.* p. 58. Vid. *Supra*. Cita número 92. Sobre el neokantismo y la valoración de elementos subjetivos de los tipos penales.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 61.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Ibid.* pp. 59, 60.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Estado peligroso. Homicidio provocado en situación de emoción violenta y alucinante y otros temas penales*. Serie estudios clásicos del Derecho penal. Volumen 4. Ed. Jurídica universitaria. México, 2001. p. 5.

Retomando lo dicho, la peligrosidad y el peligro, son conceptos que en la mayoría de los casos son confundidos, o no se distingue fácilmente uno del otro.

El peligro se relaciona con otros conceptos dentro de la teoría del delito, en este sentido MAURACH, señala que “si ella se relaciona con la acción apunta a la «peligrosidad ínsita» en ésta, pues atenta contra una «prohibición de peligrosidad». Por otro lado, si se relaciona con el resultado, se trata del peligro efectivamente producido para el bien jurídico-penal”<sup>121</sup>.

La dificultad para determinar el peligro y dotarlo de contenido, se ve favorecida si se considera como adjetivo, que se predica tanto de la conducta como del resultado -tal como lo vemos ahora con esta postura y la que se verá enseguida-.

Para VARGAS PINTO, el peligro en general, como cualidad se atribuye a la conducta que se califica como peligrosa. Y esta idea de cualidad en el peligro, es lo que permite separar la expresión peligrosidad de peligro<sup>122</sup>.

Sin embargo, señala la misma autora, que un concepto común entre el peligro y la peligrosidad, dificulta la tarea de distinguir ambos conceptos; este concepto en común es la probabilidad de lesión, que aparece tanto en el peligro (como resultado) como en la peligrosidad como cualidad de la conducta. Dicha dificultad existe aun y cuando, se distingue el sentido del peligro, según se predique de la conducta o del resultado<sup>123</sup>.

La semántica es lo que permitirá hasta cierto punto, distinguir los conceptos de peligro y peligrosidad, pues mientras que la palabra peligrosidad se suele emplear como adjetivo calificativo de un sustantivo, el vocablo peligro se admite como sustantivo propio. En este sentido, el peligro se vincula con un estado o situación de peligro. El peligro como sustantivo, como realidad propia e independiente, posee características propias y para VARGAS PINTO no podrá ser cualificado, sin embargo, en la realidad sabemos que se puede cualificar el peligro en peligro concreto, abstracto, hipotético, entre otras cualificaciones. Mientras que la peligrosidad se caracteriza como un calificativo, que concurre a adjetivar una determinada realidad<sup>124</sup>.

Es decir, mientras que la peligrosidad se emplea como una cualidad o calificativo de la conducta<sup>125</sup>, el peligro se concibe como un estado previo a una lesión, como un estado incierto pero probable de un mal futuro -sin querer abundar ahora del concepto de peligro que será un tema que veremos más adelante-.

---

El papel de la peligrosidad en la culpabilidad, también ha sido puesta de manifiesto por el propio JIMENEZ DE ASÚA, al señalar que GRÜNHUT y EBERHARD SCHMIDT, se pronunciaban en pro de la consideración de la peligrosidad en la caracterología del agente y por lo tanto en el juicio de culpabilidad. En ese sentido expresa el autor que el estado peligroso es el elemento más importante de la caracterología del autor y representa el mejor medio de graduar la culpabilidad. Y agrega que la peligrosidad es un concepto dirigido al futuro; la probabilidad de que un sujeto pueda cometer un delito o un nuevo delito, según sea el caso, pp. 7, 8.

<sup>121</sup> VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2007, p. 212.

<sup>122</sup> *Ibid.* p. 214.

<sup>123</sup> *Ibid.* p. 215.

<sup>124</sup> *Ibid.* pp. 216, 217.

<sup>125</sup> *Vid. Supra* a varios autores desde GAROFALO, FERRI y JÍMENEZ DE ASÚA.

Esta teoría objetiva que busca que en la acción encontremos el peligro, y valorar desde una perspectiva *ex ante*, que existió el peligro para el bien jurídico, concibe que la acción es peligrosa en sí, ve al peligro no como un sustantivo sino como un calificativo de la acción, predicando que la acción es en sí misma peligrosa, por tanto, el peligro viene a cualificar a la acción.

b) Teoría objetiva. El peligro se predica del resultado.

Dentro de las teorías objetivas hay que destacar las que toman una postura que califica al peligro como un estado, un resultado o efecto provocado causalmente por una acción. Según esta posición el peligro “constituiría un resultado, recibiendo a efectos dogmáticos... la misma consideración que el resultado de lesión”<sup>126</sup>.

En opinión de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, el origen de estas teorías que estiman que el peligro ha de configurarse como un resultado, se debe principalmente a la trascendencia de la teoría del bien jurídico, después de la segunda guerra mundial. Ya que, a partir de ese momento, se hizo un reconocimiento a los principios del Derecho penal liberal, asimismo, determinándose que cada tipo penal debía instrumentarse para proteger un bien jurídico; con lo cual, el delito se configura como la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Asimismo, considera que esas concepciones no sólo afirmaron el carácter objetivo del peligro, sino que lo conformaron como un resultado separado de la acción, un resultado que es consecuencia de ésta<sup>127</sup>.

En ese sentido proponían la traslación de las ideas o bases –relativas a que en los delitos de lesión el bien jurídico debe cumplir una función esencial (la de referente del resultado)- al ámbito de los delitos de peligro, debiendo éste constituir igualmente un resultado, e incluso recibir el mismo tratamiento dogmático que el resultado de lesión<sup>128</sup>.

Si bien establecimos en párrafos anteriores que, según la postura objetiva que considera que el peligro se predica de la acción, debemos señalar que la destrucción de un objeto material no es lo que interesa al Derecho penal, pues sólo tendrá relevancia penal, aquello que la norma penal valora y protege, el bien jurídico<sup>129</sup>. En ese sentido se confirma nuevamente la trascendencia del bien jurídico, para estas teorías y cómo influye en considerar al peligro como un resultado a la par del resultado de lesión. Por tanto, consideramos que tanto la lesión como el peligro, tendrán relevancia penal, si constituyen un estado a evitar.

Cuando nos referimos al término de peligrosidad, lo hicimos refiriéndonos al mismo como una cualidad de una conducta<sup>130</sup>, ahora bien, para determinar si es capaz de producir resultados típicos o lesivos, el examen que debe realizarse debe ser desde una perspectiva *ex ante*. Este análisis permite observar las cualidades de la conducta que se realiza y no un estado diferente e independiente del comportamiento. Por lo que de este

---

<sup>126</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro... Op. cit.* p. 65.

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 66.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto... Op. cit.* p. 218.

<sup>130</sup> *Vid. Supra* Tema a) Teoría objetiva. El peligro se predica de la acción.

modo, se separa la peligrosidad como cualidad de la conducta, del peligro como situación propia o forma de resultado, diverso al de lesión<sup>131</sup>.

VARGAS PINTO, considera que en vez de preguntarnos cuales son las diferencias entre la peligrosidad y el peligro como resultado, quizá resultaría mejor preguntarse qué es lo que comparten. Iniciando con los juicios de valor que los determinan, refiriéndose a una aptitud para generar consecuencias dañinas indeseadas, desde el natural desarrollo de los acontecimientos. De igual manera señala, que se tratan de unos mismos criterios que se aplican a la conducta y a sus efectos<sup>132</sup>.

Sin embargo, las críticas a estas posturas no se hicieron esperar, siendo especialmente importantes las formuladas por ANGIONI, quien en síntesis señalaba que “el peligro no es una situación *tout court*, sino un atributo de esa situación, o bien una situación puesta en relación con otro hecho o resultado que la ley tiende a evitar. Sostiene que el peligro aparece privado de contenido si no se refiere a cualquier otra cosa distinta de la entidad de la que es atributo. En resumen, existen solamente entidades peligrosas en relación a otra cosa, y sólo en cuanto a tales puede producir efectos negativos<sup>133</sup>”.

Así como se criticó a las teorías subjetivas por no ofrecer un concepto de peligro, en el mismo sentido se les critica a estas teorías, consideran que tampoco ofrece un concepto de peligro, solo un juicio de peligro. De igual manera no ofrecen una diferenciación entre peligro objetivo, el peligro como situación y el juicio de peligro<sup>134</sup>, lo que hace que no tengamos claro ninguno de esos aspectos y tiendan a confundirse unos y otros.

Sin embargo, una de las mayores críticas que se les elaboraron a estas teorías objetivas, reside en que fundamentan el castigo en leyes causales, definidas como inexactas, por los propios defensores de esa postura<sup>135</sup>.

### 1.3 TEORÍAS ECLÉCTICAS.

En la discusión entre estas teorías subjetivas y objetivas, existen algunos autores a los cuales ninguna de las dos los satisfacen, por lo que trataron de llegar a una síntesis entre ambas, “considerando que el peligro es una prognosis *ex ante* en la que sólo se pueden utilizar las circunstancias y los conocimientos de la experiencia existentes en el momento en que se produce el peligro potencial”<sup>136</sup>, es decir, solo se pueden utilizar los conocimientos con los que cuenta el observador objetivo, en el momento en que se desarrolla el hecho.

Esa prognosis experimental de las leyes del suceder, es necesaria para el juicio cognitivo y constituye el elemento objetivo del peligro; así, el elemento subjetivo lo constituirá el cálculo del peligro, es decir, el cálculo realizado sobre la producción de un

---

<sup>131</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. p. 219.

<sup>132</sup> *Ibid.* pp. 222, 223.

<sup>133</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. cit. p. 67.

<sup>134</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* Op. cit. p. 35.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

resultado lesivo<sup>137</sup>. Conformándose el peligro por ambos elementos, necesarios entre sí, ya que, si faltara alguno, no se tendría un conocimiento completo para emitir un juicio de peligro.

Por otro lado, el surgimiento de las teorías objetivo-subjetivas, también se debe a que para algunos autores, ambas posturas tienen a pesar de sus diferencias puntos comunes, por ejemplo, ambas reconocen la existencia de un devenir causal<sup>138</sup>, situación que como señalamos en párrafos anteriores, representa una de las mayores críticas a la teoría objetiva del peligro.

En el mismo sentido, se habla de que tiene una base común para fundamentar la valoración del hecho, la experiencia, la cual se encuentra basada en las observaciones sistemáticas de los hechos. Lo que también estará en relación, es la persona que emita dicho juicio de peligro.

MEZGER ha señalado que, al tratar el peligro, éste supone un juicio cognitivo sobre la base de la experiencia general y del conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, con especial referencia a una lesión inmediata al bien jurídico. Y ahí se encuentra el momento «objetivo» del peligro<sup>139</sup>, el cual no es el único.

Toda vez que, agrega este autor, es incorrecta una concepción meramente subjetiva del peligro, pues si bien el peligro tiene un momento objetivo, también lo tiene subjetivo; por cuanto el hecho de que, al apreciar el peligro, se puede utilizar sólo una parte de las condiciones, lo que constituye la consecuencia directa de nuestra ignorancia que conduce a la «imposibilidad subjetiva» de una decisión segura<sup>140</sup>.

En este sentido MEZGER señaló que, si el juicio lo formula el juez, el concepto de peligro será objetivo, mientras que si lo realiza el autor tendrá un carácter subjetivo. Y que sólo se puede juzgar con exactitud, acerca de la existencia de un verdadero peligro, desde una perspectiva *ex post*, pues si se realizará *ex ante*, sólo estaríamos ante el hecho de imaginarse un peligro<sup>141</sup>.

Sin embargo, ahora la discusión se centraría en saber si el sujeto tiene que estar dotado con los conocimientos del autor, de un hombre medio o de un experto, ya que la subjetividad u objetividad estará en relación con la persona que emita el juicio de peligro<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta...Op. cit.* pp. 56, 57.

<sup>138</sup> *Ibid.* pp. 54-57.

<sup>139</sup> Vid. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Cárdenas editor y distribuidor. Segunda edición. México, 1990. p. 127.

<sup>140</sup> *Ibid.* pp. 127, 128.

<sup>141</sup> *Ibid.* p. 128.

<sup>142</sup> Vid. Sobre este tema CORCOY BIDASOLO hace un análisis más profundo, señalando que es un tema por demás debatido en la doctrina y que para determinar quién debe de realizar el juicio y cuando se debe de realizar el juicio de imputación del peligro típico, se refiere al espectador objetivo situado en el lugar del autor. El hecho de que se afirme que el espectador se situó en el lugar del autor, supone que debe de realizar el juicio desde una perspectiva *ex ante*, dicha postura se ha ido imponiendo, por lo menos en ese aspecto. Sin embargo, existe un punto de discusión, sobre qué circunstancias de deben de tomar en cuenta en el juicio de peligro, en concreto, si se debe de tomar en cuenta todas las circunstancias que en ese momento *ex post* se ha conocido que concurrían, aun y cuando *ex ante* no se conocían, o si únicamente se deben valorar las circunstancias que ya se podían conocer, como concurrentes en el momento en que se estaba realizando el hecho objeto del juicio de peligro, es decir, si se debe hacer un juicio *ex ante* o *ex post*.

Otro intento de aproximación entre las teorías objetivas y subjetivas, inicia distinguiendo la situación de peligro, que se concibe como algo objetivo y el hecho de que sólo a través de la experiencia, podamos determinar la posibilidad o la probabilidad de que acontezca un resultado dañoso. Constituyendo esa posibilidad o probabilidad un elemento subjetivo<sup>143</sup>.

En Italia, también existieron autores que se decantaron por estas teorías, como ROCCO y PETROCELLI, éste último manifestaba que el peligro está constituido por dos elementos, uno objetivo, que es el factor causal, existente como tal en el mundo exterior; y uno subjetivo, determinado por el juicio que relaciona tal factor con el resultado debido, estableciendo así la posibilidad relevante de la producción de un resultado lesivo<sup>144</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que para algunos autores la polémica entre las concepciones objetivas y subjetivas del peligro, ha sido superada, por tanto no parece tener ningún sentido obtener conceptos de peligro de acuerdo a esas posturas; lo que consideran trascendente será la precisión de un concepto normativo de peligro, tema que trataremos en apartados siguientes<sup>145</sup>.

---

Sobre este punto, afirma que hay cierto consenso en aceptar que el observador objetivo, en una prognosis *ex ante* a posteriori, para graduar el peligro, atenderá a todas las circunstancias concurrentes en ese momento tanto conocidas como no conocidas por el autor.

Ahora el problema que se presenta es con respecto a sí se deben de considerar los conocimientos del propio autor, acerca de su propia conducta, entre los que se encontraría el plan del autor. Sobre este tema, señala que es indiscutible que deben de tomarse en cuenta los conocimientos del autor, incluido el plan del autor, pues forman parte de las circunstancias concurrentes en el momento del juicio, de igual manera, considera que deben de contemplarse los conocimientos que tiene la propia víctima, sobre el plan del autor.

También unas circunstancias a considerar son referentes a la capacidad del autor para evitar o no el resultado lesivo, así como la capacidad de la víctima para eludir dicho resultado. Pero estas circunstancias solo se tendrán en cuenta cuando sean conocibles *ex ante*.

Todos estos datos forman parte del juicio sobre el grado de probabilidad idónea de lesión, ya que sin ellos el observador objetivo no tiene elementos para afirmar o negar la idoneidad del peligro.

Por otra parte, hay que señalar que los conocimientos teóricos excepcionales, no pueden ser tomados en consideración en el juicio sobre el injusto típico de los delitos de peligro.

De igual manera, señala CORCOY BIDASOLO, que la determinación del peligro exige una valoración y ésta aunque tenga sus bases en leyes estadísticas, no puede ser ontológica sino normativa, ya que la norma penal sólo pretende prohibir peligros que pudieran haber sido conocidos por el autor en el momento concreto, por lo tanto el peligro objetivo que pudiera haberse conocido después de los hechos, no tendrá relevancia como sustrato del juicio de peligro, aun cuando ontológicamente ya existiera en ese momento. Sin embargo, esto último es debatible, ya que no siempre los peligros son conocidos por el autor y ello no significa que el peligro no exista.

Determinadas en abstracto por el legislador, las conductas que ha considerado que superan el nivel de peligro objetivo idóneo, se tiene que pasar a valorar si en concreto ese peligro objetivo idóneo se presenta –juicio de peligro–.

Este juicio de peligro se realizará con posterioridad a que se realizó la situación peligrosa, desde una perspectiva temporal el juicio de peligro, siempre es *ex post*. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...* Op. cit. Pp. 53 y ss.

<sup>143</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. p. 56.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares. Granada, 2001. p. 28.

## 2. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS QUE DEPENDEN DEL CONCEPTO DE PELIGRO.

El concepto de peligro es un concepto multívoco, ya que se utiliza en diversas teorías e instituciones dentro del Derecho penal, por ello, este apartado lo dedicaremos a abordar brevemente sólo dos instituciones dogmáticas que tienen gran dependencia y referencia del concepto de peligro.

Si bien, el concepto de peligro se ha utilizado de manera indistinta y lo encontramos tanto en la imputación objetiva, en la tentativa, en la culpa o imprudencia, en las causas de justificación y finalmente en relación con la peligrosidad criminal-personas peligrosas-, este trabajo sería insuficiente para tratar cada uno de estos temas, en relación con el concepto de peligro. Por ello, sólo abordare dos instituciones en que vemos mayormente aplicado, según mi opinión, el concepto de peligro, en la tentativa y en la imputación objetiva; aunado, a que como lo he señalado, por las características del trabajo, no es posible abundar en otros temas.

### 2.1 TEORÍA DE LA TENTATIVA.

#### 2.1.1 *Requisitos de la tentativa.*

Si bien en este tema no expondré todos los requisitos que integran la tentativa, ya que no es uno de los fines de este trabajo abundar mucho más sobre la misma, más que lo recurrente con el concepto de peligro, es por lo que solamente tocaré sólo uno de los elementos o requisitos de la tentativa expuesto por GARCÍA GARCÍA<sup>146</sup>.

MIR PUIG, cita lo contenido en el artículo 16.1 del CP que señala “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, practicando todos o en parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”<sup>147</sup>.

Desde su concepción de tentativa, MIR nos habla de tres elementos<sup>148</sup>:

- a) En la parte objetiva, una ejecución parcial o total no seguida de consumación;
- b) En la parte subjetiva, la voluntad de consumación; y
- c) La ausencia de desistimiento voluntario.

Por otra parte, cabe señalar que aun cuando existe cierto consenso en identificar tres elementos de la tentativa, de acuerdo a los autores que consultemos, estos pueden

---

<sup>146</sup> Vid. GARCÍA GARCÍA, Rodolfo. *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible. Tomo I*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 2006. p. 116.

<sup>147</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Décima edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2015. p. 355.

<sup>148</sup> *Ibíd.*

variar, incluyendo algunos más. Así, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, señala siete elementos, que son los siguientes:

1. En primer lugar, tenemos el elemento de carácter subjetivo, como lo es la voluntad o intención de efectuar una conducta determinada.
2. Elemento objetivo, consistente en una acción o hecho, que en la tentativa se concretiza en el principio de ejecución.
3. La univocidad, para los Códigos Penales que la contemplan –como es el caso de muchos Códigos penales de México, como el de Guanajuato-.
4. La idoneidad.
5. El elemento finalista de la voluntad y de la acción del agente.
6. *El peligro corrido por el bien jurídico protegido.*
7. La no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente<sup>149</sup>.

Ahora procederemos a abordar el requisito relativo al peligro corrido por el bien jurídico, que es el que nos interesa, por tener una relación con el tema desarrollado.

En la tentativa, al no haber consumación, no existe un daño causado, o lesión efectiva al bien jurídico protegido. Sin embargo, para que pueda decirse que la tentativa sea punible, la acción debe tener como consecuencia que haya existido un peligro corrido para el bien jurídico protegido por la ley penal; así, es un riesgo o contingencia inminente de que suceda un mal o daño a un bien jurídicamente protegido por el tipo<sup>150</sup>.

Respecto a este elemento de la tentativa punible, consistente en el peligro corrido, FLORIAN señala que “se debe tener en cuenta no la idoneidad o inidoneidad del medio, sino la peligrosidad que entrañe la tentativa. La tentativa consiste en el carácter peligroso de la manifestación de la voluntad: ésta debe ser de tal naturaleza que lleve consigo la posibilidad de producir el hecho correspondiente al acto punible. Por tanto una tentativa no peligrosa no es tentativa y no es punible...”<sup>151</sup>

Sobre el peligro o riesgo que corren determinados bienes, con la tentativa de delito, se señala que en todo grupo social es una necesidad exigida –hoy más que nunca- la de extender la protección otorgada por las figuras típicas a determinados bienes jurídicos, también para aquellas conductas que en forma idónea e inequívoca representan un riesgo o peligro para dichos bienes.<sup>152</sup>

De acuerdo a lo expuesto, en relación a este requisito de la tentativa, es por lo que se ha señalado que la tentativa punible se trata de un delito de peligro. Con base en ello, también se menciona -aunque no sea la postura mayoritaria-, es que por ser un delito de peligro, es imposible exigir un resultado material, resultando un resultado formal, es decir, el peligro corrido por parte del bien jurídicamente tutelado por la norma penal, de ahí la necesidad de considerar al peligro corrido como elemento requerido por la tentativa punible<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> *Ibíd.*

<sup>150</sup> *Ibíd.* p. 132.

<sup>151</sup> *Ibíd.* p. 133.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> *Ibíd.* p. 135.

### 2.1.2 Teorías sobre el comienzo de la tentativa de delito.

Si bien, conocemos las múltiples teorías que existen sobre el comienzo o inicio de la tentativa, en este trabajo, abordaremos brevemente los postulados generales de las principales teorías, enfocándonos especialmente en las teorías subjetivas, que van a incidir – como lo mencionaremos- en torno a las teorías del peligro.

#### a. Teorías objetivas

##### a.1. Teoría formal objetiva

Esta teoría se desprende de las aportaciones respecto a la construcción del tipo por BELING; se refiere al comienzo de la ejecución típica, a partir del momento en que se penetra el núcleo del tipo.<sup>154</sup> De esta manera, para determinar las acciones ejecutivas debe acudir a la parte especial y desprender el verbo típico que la ley emplea y mediante la cual determina el resultado.<sup>155</sup>

BELING establecía al tipo en dos áreas: la primera de ellas denominada como núcleo del tipo, desde un sentido estricto y una zona periférica, desde una perspectiva amplia.<sup>156</sup>

La teoría formal objetiva exige que el autor haya realizado, en forma efectiva, una parte de la propia conducta típica penetrando en el núcleo del tipo.<sup>157</sup>

En principio, este aporte tiene como principal mérito el respeto a la seguridad jurídica; lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal.<sup>158</sup>

Esta teoría se criticó por su rigidez, se puede arribar, incluso, a conclusiones absurdas como lo señala Mir Puig: “En puridad, una aplicación estricta de la teoría podría conducir a sostener que en el homicidio, como en todo delito de acción instantánea (se «mata» sólo en el instante en que se produce la muerte), no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico «matar» no puede realizarse parcialmente: se mata o no se mata.”<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> Vid. MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 473.

<sup>155</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe. *Aspectos Sistemáticos y Político Criminales de la Tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina*. Revista Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministerio da Justicia. Volumen 1. Número 18. Brasil. p. 87.

<sup>156</sup> Vid. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*. Texto disponible [www.tdx.cesca.es](http://www.tdx.cesca.es) (TOL 77). Universidad de Barcelona. Barcelona 2002. pp. 133, 134, 135. Este autor señala: “para demostrar la capacidad de rendimiento del tipo al delimitar las conductas penalmente relevantes y abordar múltiples aspectos concretos de la teoría general del delito, Beling parte de la distinción entre el tipo en sentido estricto – el núcleo del tipo – y el tipo en sentido amplio, que abarca la zona externa o periférica de aquél. Se incluirían aquí tres clases de acciones: los actos preparatorios, algunas conductas posteriores a la consumación del hecho que carecen de una tipicidad propia, pero poseen alguna relevancia jurídica... Todos estos actos que no pertenecen al núcleo (actos preparatorios, posteriores y simultáneos) tienen un común el hecho de que su relevancia penal depende de la concurrencia de aquél; por sí solos no realizan el tipo; ni siquiera constituyen una tentativa y, por lo tanto, son impunes.”

<sup>157</sup> Vid. DONNA, Edgardo A. *La Tentativa*. Editorial de Belgrano. Argentina 1996. p. 30.

<sup>158</sup> Vid. PESSOA, Nelson R. *La tentativa*. Ed. Hammurabi. Segunda edición. Buenos Aires, 1998. p. 42.

<sup>159</sup> MIR PUIG. *Derecho Penal... Op. cit.* p. 357.

## a.2. Teoría material objetiva.

Para corregir los errores de la teoría formal objetiva, nacen varias posturas basadas en criterios de orden material, que tienden a ampliar los actos ejecutivos, más allá del núcleo del tipo.<sup>160</sup>

Esta teoría encuentra su fundamento en el principio sustentado por FRANK, por medio del cual eran incluidas en la tentativa aquellas acciones que por su necesaria vinculación con la acción típica, eran parte integrante de ésta, según una natural concepción.<sup>161</sup>

Esta postura representa una ampliación del ámbito de las acciones ejecutivas, puesto que no se circunscribe de manera exclusiva a las acciones típicas, sino también a las acciones precedentes que se hallan en íntima conexión con aquéllas.<sup>162</sup>

La fase ejecutiva se amplía de acuerdo a esta posición, incluyendo todos aquellos actos que se reportan en el ámbito periférico del tipo, por encontrarse en íntima vinculación con el núcleo del tipo.

Parte de la necesidad de acudir a un criterio material, que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel –campo previo- a la consumación, que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio.<sup>163</sup>

Esta teoría se critica porque no establece un concepto suficientemente claro acerca del inicio de la fase ejecutiva.

Algunas opiniones consideran que la postura de FRANK adolece de dos deficiencias: es erróneo recurrir a una construcción de retroceso para calificar como actos de tentativa a comportamientos que en realidad revisten tal carácter y que quedan zanjados con una correcta interpretación del exacto contenido del tipo penal; y es imprecisa, pues al incluir el concepto «natural concepción», se produce un fenómeno de retroceso.<sup>164</sup>

En otras palabras, al no establecer parámetros claros para ese retroceso, y por establecer la extensión de la acción típica bajo el prisma de una natural concepción, se vuelve a presentar el fantasma de la inseguridad jurídica.<sup>165</sup>

## a.3. Teoría de los actos intermedios

---

<sup>160</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Aspectos Sistemáticos...* Op. cit. p. 88.

<sup>161</sup> Vid. DONNA. *La tentativa*. Op. cit. p. 31.

<sup>162</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de la punición y comienzo de la tentativa*. Comares. Granada, 2003. p. 59.

<sup>163</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal...* Op. cit. p. 340.

<sup>164</sup> Vid. PESSOA. *La tentativa*. Op. cit. p. 46.

<sup>165</sup> *Ibid.* p. 46.

Dentro de la vertiente que pretende hacer extensivo el núcleo del tipo, o más específicamente, el verbo rector de la figura típica, encontramos la llamada teoría de los actos intermedios. Se plantea que la ampliación al verbo típico debe ser a aquellas acciones que implican un inicio inmediato de la realización del tipo.<sup>166</sup>

Esta postura aglutina como acciones de tentativa no sólo las típicas, sino aquéllas que suponen un inicio inmediato de la realización típica.<sup>167</sup>

La cuestión natural que surge de este planteamiento se circunscribe a determinar qué debemos entender por inicio inmediato, a lo que este planteamiento responde: cuando entre el acto y la acción que realiza el verbo típico no existen eslabones intermedios o cuando pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin interrupciones y «sin necesidad de pasos intermedios esenciales».<sup>168</sup>

Esta teoría de los actos intermedios, se ha señalado por ALCÁCER GUIRAO, es la postura actualmente dominante en Alemania<sup>169</sup>.

#### a.4. Teoría del peligro.

Dentro de las teorías objetivas, un grupo de ellas se encaminó hacia el planteamiento de la puesta en peligro del bien jurídico, en sus dos vertientes:

1) Delito de peligro en concreto -es necesario partir de una perspectiva *ex ante*- para determinar la peligrosidad de la acción: sólo así puede valorarse un peligro en concreto y objetivo, pues observadas con posterioridad ninguna tentativa es peligrosa.<sup>170</sup>

2) Como delito de peligro abstracto: esta postura parte de los fines preventivos del Derecho Penal, al tutelar bienes jurídicos se plantea a la tentativa como un delito de peligro abstracto.<sup>171</sup>

Dentro de los peligros en abstracto<sup>172</sup>, se configura la desvinculación de la acción con el resultado. No se necesita la lesión específica a un bien jurídico; bajo esta tesis, se abre la posibilidad de justificar la presencia de la tentativa inidónea.<sup>173</sup>

El planteamiento general de esta teoría, señala que existe una acción ejecutiva y por tanto una tentativa de delito, cuando existe un peligro para el bien jurídico protegido.

---

<sup>166</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Aspectos... Loc. cit.*

<sup>167</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Edisofer. Madrid 2001. p. 55.

<sup>168</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos. *La Tentativa Jurídico-Penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*. Dykinson. Madrid 2001. p. 30.

<sup>171</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Aspectos... Op. cit.* p. 93.

<sup>172</sup> Vid. *Infra* Capítulo II, donde se abordará lo relativo al delito de peligro abstracto.

<sup>173</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Aspectos... Loc. cit.*

Por ende cuando no pueda hablarse de un peligro para el bien jurídico protegido, esteremos ante un acto preparatorio<sup>174</sup>.

Ante las tempranas observaciones que recibió esta teoría, sobre todo por VON HIPPEL –de que en la tentativa el peligro va en aumento desde el primer acto preparatorio hasta la consumación del delito, y que por ello acciones preparatorias muy lejanas pueden resultar ya peligrosas para el bien jurídico protegido-, los defensores de esta teoría hicieron algunas precisiones<sup>175</sup>.

Consideraron después de estas observaciones, que no todo peligro es válido para considerar la acción como ejecutiva, sino que debe alcanzarse un cierto grado de peligro. Se exige, por ejemplo, que se trate de un peligro concreto, “entendiendo que el principio de ejecución representa el paso de acciones que representan sólo un peligro general indeterminado a acciones que comportan una peligrosidad concreta para un determinado bien jurídico<sup>176</sup>.”

En este sentido también se ha exigido un peligro directo, serio o bien una alta medida de peligro, tanto por los defensores de esta teoría, como por numerosas sentencias del Tribunal Supremo Alemán<sup>177</sup>.

Sobre el concepto de peligro, hay autores que lo aceptan como válido para fundamentar la tentativa, sin embargo, no como criterio válido para establecer la distinción entre tentativa y acto preparatorio. Por considerar que no puede determinarse con precisión qué acciones comportan más peligro que otras, es decir, en qué momento establecer el límite adecuado del peligro.

De igual manera han señalado que el criterio del peligro, a pesar de haber recibido diversos adjetivos para concretar la indeterminación de la exigencia del peligro, como por ejemplo, un peligro «directo», «inmediato», «serio» o «muy elevado»; sin embargo, el criterio del peligro, incluso con esas especificaciones, no resulta adecuado por sí solo para resolver el problema del comienzo de la ejecución. De igual manera el criterio del peligro, sin atender a criterios basados en la descripción del tipo, pecaría tanto por exceso, ampliando el marco de lo ejecutivo o conductas aún preparatorias, en las que pudiera concretarse ya un peligro elevado, como por defecto, considerando como no ejecutivas conductas indudablemente típicas, siempre que no revelan un peligro directo o intenso<sup>178</sup>.

Por lo anterior, es que existe un amplio consenso en que por sí misma no puede ser adecuada para delimitar con carácter general los actos ejecutivos de los preparatorios<sup>179</sup>.

Pese a ello, hay un sector de la doctrina, que señala que, a pesar de sus críticas, no debe ser desechada totalmente, sino que puede servir como criterio adicional cuando la

---

<sup>174</sup> Vid. FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Librería Bosch. Barcelona, 1986. p. 165. En el mismo sentido ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y formas de autoría... Op. cit. pp. 24, 25.*

<sup>175</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *Ibid.* /Vid. ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y...* p. 25.

<sup>176</sup> FARRÉ TREPAT. *Ibid.*

<sup>177</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. Señala como ejemplo de sentencias del Tribunal Supremo Alemán las R.G., S. 69, pág. 329; 70, pág. 202; 59, pág. 368; 68, pág. 340. B.G.H., S., T. 3, pág. 297 ss.; 4 pág. 17 ss.; 6, pág. 82 ss., entre otros. *Ibid.*

<sup>178</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y... Loc. Cit.*

<sup>179</sup> *Ibid.* p. 26.

teoría de la ausencia de actos intermedios (teoría que algunos autores consideran mayoritaria en la distinción de acto preparatorio y tentativa), no sea aplicable al caso. Concretamente en formas de realización, como la autoría mediata, en la que los criterios generales desarrollados para la tentativa activa inacabada, no son susceptibles de utilización directa, mi opinión es que en todo caso, la teoría del peligro, adquiere un especial protagonismo<sup>180</sup>.

f. Teorías subjetivas.

Estas teorías, se consideran abandonadas en la actualidad, para ellas, la tentativa reside en lo que el autor quiso, lo que planeó, en lo que él cree; el autor está convencido de que está realizando una acción ya típica, en cuanto al comienzo de la ejecución, más allá de que objetivamente eso suceda<sup>181</sup>.

En ese sentido, el sujeto determina cuando inicia la tentativa, ya que él está en la creencia que ya está iniciando con la comisión del delito, sin importar que objetivamente así sea.

Con respecto a las teorías subjetivas del peligro, encontramos una coincidencia, en cuanto a que también en esas teorías, el autor era quien determinaba cuando existía el peligro, ya que cuando él creyera que existiera el peligro, en ese momento se daría. Era entonces el peligro una concepción mental del sujeto.

Aunque existen dentro de las teorías subjetivas diversas vertientes, como la teoría subjetiva extrema, la *dolus-ex-re*, la basada en la firmeza de la resolución, la posición de BOCKELMANN, entre otras; no es el propósito de este trabajo abordar cada una de ellas, por lo que solamente nos quedaremos con los postulados generales de estas teorías.

Estas posturas doctrinales, se enfocaron en determinar la frontera entre el acto preparatorio y el acto ejecutivo, tomando como punto de partida la opinión del sujeto acerca de su plan criminal.<sup>182</sup>

A partir de este planteamiento inicial, el grupo de teorías subjetivas centrará su atención en unos u otros aspectos (mera objetivación de la voluntad, firmeza de la resolución)<sup>183</sup>

Estas teorías se justifican básicamente en la manifestación de la voluntad delictiva.<sup>184</sup>

Aunque de una forma diferenciada, se opina que dentro de esta vertiente deben encuadrarse las opiniones que fundan la punibilidad de la tentativa en la peligrosidad del

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*

<sup>181</sup> *Vid. PESSOA. La tentativa. Op. cit. Pp. 36,37.*

<sup>182</sup> *Vid. MIR PUIG. Derecho Penal... Op. cit. p. 339.*

<sup>183</sup> *Vid. MORENO-TORRES HERRERA, Ma. Rosa. Tentativa de Delito y Delito Irreal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1999. p. 228.*

<sup>184</sup> *Vid. DEMETRIO CRESPO. La tentativa... Op. cit. p. 65.*

autor; incluso, bajo este modelo se llegaba a justificar el castigo a la tentativa irreal o supersticiosa.<sup>185</sup>

La circunstancia de manifestar la voluntad contraria a derecho, se interpretaba en el sentido de peligrosidad del sujeto, que daba materia para la punición de la tentativa.<sup>186</sup>

Esta posición se relaciona con VON BURI, en su calidad de miembro del Tribunal del Imperio; asentándose en jurisprudencia que toda tentativa analizada *ex post* es inidónea, siendo el rasgo distintivo para justificar el castigo la manifestación de la voluntad delictiva.<sup>187</sup>

La teoría subjetiva es consecuencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones dentro de la causalidad, donde se consideraba que toda condición era causa del resultado con igual valor.<sup>188</sup> De igual manera, en la teoría subjetiva del peligro encontramos que las teorías causales -en su vertiente de la adecuación o causalidad adecuada-, también sirvieron de fundamento para dicha teoría<sup>189</sup>.

Se criticó esta teoría, pues se consideraba que el momento a partir del cual los actos del sujeto se consideran punibles, se deja al propio autor y no a la ley. Dicho en otras palabras, la frontera entre acto preparatorio y acto ejecutivo, e inicio de la tentativa, dependerá de la opinión que al respecto tuviera el activo.<sup>190</sup>

La crítica anterior, también se formuló en su momento, con respecto a la teoría subjetiva del peligro<sup>191</sup>.

Si bien se destaca la aportación de la postura subjetiva a la materia de punición de la tentativa, se rechaza de ésta, desde la perspectiva de un Derecho Penal que tienda hacia una protección preventiva de bienes jurídicos, y no a una función meramente moralizadora de la sociedad.<sup>192</sup>

#### g. Teoría de la Univocidad de Carrara

Esta teoría me permitiré mencionarla -que aunque no la ubican en las teorías subjetivas u objetivas, tiene más acomodo en las primeras-, porque el CPEG, ciudad en la que vivo, sigue la teoría de la univocidad en el tratamiento de la tentativa<sup>193</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibid.* Algunos autores hacen referencia a una resolución dictada por el Tribunal del Imperio del año de 1880, por medio de la cual se condenó por una tentativa de aborto, no obstante, que se utilizó una sustancia inocua para la salud de la madre y del producto; con este hecho se comienza a tomar en consideración el ámbito de las teorías objetivas. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y ... Op. cit.* pp. 17, 18.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.* p. 66.

<sup>188</sup> *Vid.* DONNA. *La tentativa. Op. cit.* p. 32.

<sup>189</sup> *Vid.* Nota al pie número 74.

<sup>190</sup> *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA. *Tentativa ... Op. cit.* p. 229.

<sup>191</sup> *Vid.* *Supra* página 13.

<sup>192</sup> *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA. *Tentativa... Loc. Cit.*

<sup>193</sup> Artículo 18.- Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

Para CARRARA la tentativa la define como “cualquier acto externo que por su naturaleza conduce inequívocamente a un resultado criminoso y que el agente dirige con explícita voluntad a este resultado, pero al cual no le sigue el mismo evento, ni la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar”<sup>194</sup>

Esta teoría señala que habrá tentativa cuando los actos u omisiones estén dirigidos inequívocamente a consumir el delito, es decir, que no haya duda de que la conducta, va encaminada a realizar el tipo penal, sin embargo, el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

#### h. Postura de Welzel

Para Welzel, las teorías causalistas no son capaces por sí solas de explicar el injusto de la tentativa, pues las normas que contienen prohibiciones y mandatos no se pueden dirigir a procesos causales ciegos, sino a acciones capaces de modelar el futuro.<sup>195</sup>

Las normas sólo pueden mandar o prohibir un comportamiento final.<sup>196</sup>

A nivel del injusto, no puede separarse la parte subjetiva, que otorga sentido a la acción, de la parte objetiva. En los ámbitos de la tentativa y la consumación, el dolo es un elemento subjetivo del propio injusto.<sup>197</sup>

El dolo es voluntad de realización y ello no sólo en el sentido de voluntad, sino también como con poder de realización.<sup>198</sup>

El análisis en esta postura debe asumir como punto de arranque la acción típica del injusto en cuestión y a ello agregar la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a su plan delictivo, puso en actividad inmediata a la realización típica.<sup>199</sup>

Se critica esta teoría al decir que no debe admitirse que las penas se fundamenten en representaciones, decisiones de voluntad o en específica actitud del autor, sino en los hechos.<sup>200</sup>

#### i. Teorías mixtas objetivo-subjetivas

Ante las críticas formuladas a las teorías subjetivas y objetivas, que buscaban delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos y así determinar el inicio de la tentativa, se acudió por parte de las teorías mixtas, a la combinación de ambas.<sup>201</sup>

---

<sup>194</sup> CARRARA, Francisco. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Editorial Temis. Bogotá, 1977. p. 356.

<sup>195</sup> Vid. REY SANFIZ. *La tentativa...* Op. cit. p. 46.

<sup>196</sup> *Ibíd.*

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> *Ibíd.*

<sup>199</sup> Vid. GUERRERO AGRIPINO. *Aspectos Sistemáticos...* Op. cit. p. 96.

<sup>200</sup> Vid. REY SANFIZ. *La tentativa...* Op. cit. p. 47.

<sup>201</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *La tentativa de ...* Op. cit. p. 169.

Observaron la importancia que tenía el plan del autor, para la valoración de una acción como preparación o ejecución, pero reconocieron que por sí solo el plan del autor, no constituye un criterio de distinción, sino que debe por tanto combinarse con criterios objetivos.<sup>202</sup>

El plan del autor como mencionamos, tiene una especial trascendencia, ya que en la tentativa observamos primero la resolución de voluntad, es decir, en intentar, en dirigirse hacia un objetivo, el cuál precisamente es el que no se obtuvo por circunstancias ajenas al sujeto<sup>203</sup>.

El autor se dirige a conseguir un resultado por el representado mentalmente y por él deseado, por ello es por lo que se destaca la importancia de que sí el sujeto desea algo y su conducta se dirige hacia ello, es lógico pensar que lo ha planeado para conseguir su fin o deseo. Por ello es por lo que se señala que la tentativa sería inconcebible sin la intención a la resolución de voluntad del autor<sup>204</sup>.

La presencia del elemento subjetivo representado por la resolución delictiva, será la que nos permita hacer el encuadramiento de la conducta, específicamente en uno de los tipos penales de la parte especial, pues sólo conociendo la resolución del autor, podemos determinar qué resultado buscaba con la acción desplegada, que conducta delictiva pretendía cometer. Por ello el elemento subjetivo, representado por el plan del autor, será un elemento fundamental para determinar cuándo comienza la tentativa<sup>205</sup>. Cuando hablemos de los delitos de peligro en el capítulo siguiente, el tema sobre el conocimiento del plan del autor, será relevante, toda vez que es necesario a la hora de emitir un juicio de peligro, por parte del observador objetivo del que más adelante habla BAUMANN.

Sin embargo, hablar del plan del autor no significa que lo hagamos desde una postura subjetiva extrema, como único criterio para delimitar las conductas ejecutivas de las preparatorias, sino que, a partir del mismo, serán los criterios objetivos los que establezcan tal diferencia.

Es decir, no será la representación del autor la que determine cuando comienza la tentativa, en otras palabras, cuando serán sus actos ejecutivos o preparatorios –tal como lo señalábamos en las teorías subjetivas- sino que ello se delimitará objetivamente sobre la base del plan del autor<sup>206</sup>.

Resumiendo, podemos decir que más allá de que teoría o criterio es el más adecuado para determinar la diferenciación entre actos ejecutivos y preparatorios, no podrá dejarse de lado el plan del autor, pues sólo conociéndolo podrá determinarse si se da un «peligro directo al bien jurídico», si la acción «forma parte integrante, según la concepción natural, con la acción típica (formula de FRANK)», o si entre ésta y la acción a enjuiciar no quedan actos intermedios esenciales<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> *Ibíd.*

<sup>203</sup> *Vid. ALCÁCER GUIRAO. Tentativa y formas de autoría. Op. cit. p. 45.*

<sup>204</sup> *Ibíd.*

<sup>205</sup> *Ibíd.* p. 46.

<sup>206</sup> *Ibíd.* p. 48.

<sup>207</sup> *Ibíd.* p. 47.

Las teorías mixtas parten de las teorías objetivo-materiales, las cuales se complementan con alguno de los elementos subjetivos siguientes:

#### e.1 Formula de Frank y consideración del autor.

Esta teoría se completó con lo expuesto por BAUMANN –formula descrita por FRANK<sup>208</sup>-, entiende que debe juzgarse desde un punto de vista objetivo, es decir, por un observador externo objetivo, que conoce el plan del autor<sup>209</sup>. Para BAUMANN “existe un comienzo de ejecución en las acciones del autor que, una vez conocido su plan, aparecen según la concepción natural (según el juicio ex post de un observador objetivo) como partes integrantes del comportamiento típico”<sup>210</sup>. Ese observador objetivo sería el hombre medio que, como espectador, emitirá un juicio con base en los conocimientos que tenga de los hechos, así como del plan del autor.

La acción por tanto será ejecutiva cuando para un observador externo objetivo que conoce el plan del autor, aparece según la concepción natural como parte de la acción típica<sup>211</sup>.

Esta postura fue sostenida por algunos autores españoles como RODRÍGUEZ MOURULLO, sin embargo, consideraba que debía completarse con el criterio de peligro creado para el bien jurídico, tesis que veremos enseguida.

#### e.2 Teoría del peligro y consideración del plan del autor.

Esta teoría parte de los postulados de la teoría objetiva, que toma el peligro como fundamento de distinción entre acciones ejecutivas y acciones preparatorias<sup>212</sup>, pues consideran que partiendo del peligro directo para el bien jurídico protegido, que se halla presente en las actuaciones ejecutivas a diferencia de las acciones preparatorias, se complementa con la consideración del plan del autor<sup>213</sup>.

En este sentido existirá tentativa “cuando la voluntad delictiva se ha manifestado en una acción que según el plan conjunto del autor comporta un peligro para el bien jurídico protegido”<sup>214</sup>.

Esta teoría mixta, fue aceptada entre otros por JIMÉNEZ DE ASÚA, para quien debe partirse del peligro al bien jurídico protegido, lo cual constituye la estructura material de la tentativa, teniendo en cuenta además el plan del autor, el cual nos servirá para observar cuando se penetra al núcleo del tipo y cuando peligra el bien jurídico<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> Vid. *Supra* página 30.

<sup>209</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Op. cit.* p. 170.

<sup>210</sup> *Ibid.* p. 189.

<sup>211</sup> *Ibid.* p. 170.

<sup>212</sup> Vid. *Supra* páginas 31-33.

<sup>213</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Loc. Cit.*

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 189.

En esta teoría también vemos subrayada la importancia del plan del autor, ya que si no se atendiera al mismo, en muchos casos no sabríamos cuando se da un peligro directo para el bien jurídico<sup>216</sup>.

Esta teoría de igual manera encontró detractores, quienes consideran que el haber incluido la consideración del plan del autor, no consiguió solventar las indeterminaciones expresadas en la anterior teoría.

Las teorías expuestas fueron criticadas por no aportar un criterio más preciso, pues aún y cuando las teorías objetivas de FRANK y la consideración del peligro directo al bien jurídico, resultaron mejorados con la teoría del plan del autor, no se terminó con la imprecisión de ambas posiciones<sup>217</sup>.

### 2.1.3 Fundamento de punición de la tentativa.

Encontramos el concepto de peligro en la teoría de la tentativa, como parte de una teoría que sirve de fundamento de la punición de la tentativa.

Como sabemos el fundamento de la punición de la tentativa establece la cuestión de por qué el legislador sanciona a la tentativa con una pena. La respuesta a dicha pregunta resulta trascendente, porque ayuda para interpretar varios problemas de la teoría de la tentativa y también viene a proporcionar la base de cualquier enjuiciamiento político-jurídico acerca de la punibilidad de la tentativa<sup>218</sup>.

En este marco, se hace referencia a la antigua discusión sobre la penalidad que corresponde aplicar al delito intentado, que puede oscilar entre la equiparación del mismo para la tentativa y el delito consumado, con la posibilidad de reservar al juzgador, una rebaja facultativa de la pena del delito intentado, sistema seguido por el Código penal alemán, o bien la atribución a la tentativa de un marco penal atenuado en todos los casos, como por ejemplo el CP<sup>219</sup> y el CPGTO.

De manera específica encontramos el concepto de peligro en una de las teorías que buscan fundamentar la punición de la tentativa, la cual se denomina “La tentativa como puesta en peligro próxima al tipo infracción de la norma próxima a la realización típica y que perturba el Derecho (teoría de la unión)”<sup>220</sup>.

Bajo esta teoría se establece que la necesidad de pena por regla general se deduce de la puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica; pero también, de forma excepcional, se puede inferir de una infracción de la norma que provoque una perturbación del Derecho que se manifieste en una acción próxima al tipo<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y ... Op. cit.* p. 49.

<sup>217</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Loc. Cit.*

<sup>218</sup> Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito.* Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Thomson Civitas Reuters. España, 2014. p. 436.

<sup>219</sup> Vid. FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Op. cit.* p. 471.

<sup>220</sup> ROXIN. *Derecho penal...Loc. cit.*

<sup>221</sup> *Ibíd.* p. 437.

Con esta concepción se reconduce el fundamento de la punición de la tentativa en dos bases diferentes. Se apoya de inicio en la puesta en peligro próxima al tipo, que caracteriza la tentativa idónea, pero también la tentativa inidónea peligrosa. Así como a la mayoría de las clases de tentativa<sup>222</sup>.

Por otro lado, la puesta en peligro ocupa una posición privilegiada en la concepción de la punición de la tentativa, como se verá dentro de las siguientes razones.

En primer lugar, el hecho de que la tentativa pueda ser penada más levemente que la consumación, habla a favor de que la tentativa se fundamente ante todo el pensamiento de la puesta en peligro. Toda vez que la idea de que la puesta en peligro al bien jurídico, es algo menos grave que la lesión es un pensamiento que atraviesa todo el Derecho penal. Por el contrario, si partiéramos de la concepción de la «infracción de la norma», a la hora de determinar el interés en penar, la consecuencia sería que la tentativa y la consumación fuesen penadas por igual. Pues lo que hace a la voluntad delictiva, no hay diferencia entre consumación y tentativa<sup>223</sup>.

De lo anterior, podemos señalar que en esta teoría encontramos que el concepto de «peligro» se ve como una etapa anterior a la lesión del bien jurídico. Es decir, como un grado menos grave que la lesión, se ve al peligro como la probabilidad de que se lesione al bien jurídico.

Otra razón, es que sólo es posible explicar la frecuente aparición en algunas legislaciones, de punición de acciones preparatorias porque el legislador considera dichas acciones particularmente peligrosas, a pesar de su gran distancia con respecto al resultado. En lo que se refiere a la voluntad delictiva y a la proximidad al tipo, ambas formas no se diferencian entre sí, por lo que dichos rasgos no permitirían explicar el diferente tratamiento legal que reciben. Por otro lado, si se atiende ante todo al pensamiento de la puesta en peligro para determinar la punición de los actos preparatorios, consistiría una contradicción valorativa que rigiera otra cosa cuando se trata de fundamentar la punición de la tentativa<sup>224</sup>.

En la evolución legislativa en la medida de la penalidad de la tentativa, se observa la existencia de dos soluciones, sobre qué penalidad corresponde aplicar a la tentativa, soluciones extremas entre sí, pero también destaca una solución intermedia -como ya adelantábamos en párrafos anteriores-. La primera como lo mencionamos, se refiere a la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa -teoría objetiva-, y por otro lado, está la equiparación de la pena de la tentativa y de la consumación -teoría subjetiva-<sup>225</sup>.

Por otra parte, encontramos la atenuación facultativa de la pena, como posición intermedia de las dos soluciones de las teorías objetiva y subjetiva, esta posición ha sido considerada doctrinalmente como un paso en el camino hacia la equiparación de la pena<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> *Ibíd.*

<sup>223</sup> *Ibíd.* p. 438.

<sup>224</sup> *Ibíd.*

<sup>225</sup> *Vid.* FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Op. cit.* p. 476.

<sup>226</sup> *Ibíd.* p. 477.

Para ROXIN el Derecho Penal alemán es un Derecho Penal de la tipicidad. Por ello es por lo que la tentativa idónea como la tentativa inidónea peligrosa, se ubican en el ámbito delimitado por la misma: la tentativa idónea es una cuasi-realización de tipo penal y un hecho típico de peligro *sui generis*, que se asemeja a un delito de peligro concreto y que, por consiguiente, se suma a las formas de delito conocidas<sup>227</sup>.

Ello se corresponde con el hecho de que tanto la tentativa idónea como la puesta en peligro, constituyan etapas del curso hacia la consumación<sup>228</sup>.

Mientras la tentativa inidónea peligrosa, se asemeja a un delito de peligro abstracto, puesto que en una consideración *ex ante*, la realización de la conducta típica aparecerá como seriamente posible<sup>229</sup>.

Dentro de las teorías que fundamentan la punición de la tentativa, encontraremos distintas concepciones, las cuales hemos referido anteriormente, teorías objetivas, subjetivas, intermedia y de teoría de la unión de la tentativa.

Por otra parte, debemos señalar que el hecho de que la mayoría de la doctrina admita que el injusto del hecho se encuentre fundamentado, junto al desvalor de resultado, también por el desvalor de acción, se acepta una teoría dualista, que impactara en la situación actual de la punición de la tentativa.

Toda vez que de la inclusión del desvalor de resultado en la fundamentación del injusto, puede “extraerse que lo *injusto de una forma de imperfecta ejecución, será, según la teoría dualista, siempre menor que en el delito consumado* aun cuando se admita que en la tentativa concurre también el desvalor de resultado y no únicamente el desvalor de acción”.<sup>230</sup> Siguiendo una teoría objetiva de punición de la tentativa.

Los objetivistas se han basado en la mayor o menor proximidad de la acción con el resultado para determinar una mayor o menor punibilidad de esta<sup>231</sup>.

Para efecto de este trabajo, solo nos interesan las teorías objetivas, en especial una de ellas, la teoría de la peligrosidad, la cual considera como punible solamente la tentativa peligrosa y que determina la existencia de peligro del modo en que lo habían hecho anteriormente las teorías de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva<sup>232</sup>.

Los partidarios de esta postura objetiva pusieron de relieve que “la peligrosidad objetiva de la acción aumenta a medida que ésta se acerca a la lesión del bien jurídico, pues el peligro objetivo crece con esta peligrosidad”<sup>233</sup>. Por tanto, resulta lógico que la pena de la tentativa sea menor que la de un delito consumado.

De acuerdo a lo anterior, una tentativa será peligrosa, cuando un observador medio cuidadoso que conociera los objetivos del autor y que tuviera, eventualmente, sus

---

<sup>227</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal... Op. cit.* p. 439.

<sup>228</sup> *Ibíd.*

<sup>229</sup> *Ibíd.*

<sup>230</sup> FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Op. cit.* p. 486. Las cursivas son del texto.

<sup>231</sup> *Ibíd.*

<sup>232</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal... Op. cit.* p. 442.

<sup>233</sup> FARRÉ TREPAT. *La tentativa... Op. cit.* p. 487.

conocimientos especiales deberían considerar, *ex ante*, como muy posible la producción del resultado<sup>234</sup>.

Según lo anterior, encontramos al peligro en una de sus concepciones descrita en los últimos apartados de este capítulo, como **posibilidad**, en este caso, como posibilidad de producción de un resultado.

Bajo ese contexto se considera a una tentativa peligrosa como aquella en la que es probable que se produzca el resultado.

Dentro de la teoría de la tentativa, no sólo encontramos el concepto de peligro, como fundamento de la punición de la tentativa, sino también en teorías que plantean el comienzo de la tentativa de delito.

#### *2.1.4 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en relación con el comienzo de la tentativa.*

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, si bien ofrece una gran variedad de aspectos y posturas, que tratan de explicar desde que momento se tiene por dando inicio a la tentativa, es decir, la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, en últimos años, desde mi opinión tiene cierta directriz común, es decir, el criterio tiende a ser más uniforme, adoptando en su mayoría una postura mixta, en cuanto a las teorías antes abordadas, incluso dando un papel relevante al plan del autor, incluyéndolo como unos de los elementos del comienzo de la tentativa, tal como lo veremos enseguida.

##### d) Fundamento en Teorías Mixtas

La sentencia 1479/2002 de 16 de septiembre (RJ/2002/9105)<sup>235</sup>, contempla que para encontrar la frontera entre los actos preparatorios y los de ejecución, sirven los siguientes criterios: la teoría objetivo-material, la teoría objetivo-formal, la consideración del plan del autor-finalidad, y la iniciación del riesgo e inmediatez de los actos.

---

<sup>234</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal... Loc. cit.*

<sup>235</sup> Hechos probados en la sentencia: El día 17 de noviembre de 1998, Eduardo H. T. se desplazó desde la localidad de Laguna de Duero en la que residía hasta la ciudad de Burgos a la que llegó en hora no determinada haciendo uso de un vehículo propiedad de su padre. Sobre las 17.00 horas de dicho día Eduardo H. T. se encontraba en las inmediaciones del Colegio La Salle ubicado en la Avenida del Cid de esta ciudad, siendo esa la hora en la que salían los alumnos del mismo por lo que siguió a la niña Enma M. P. de trece años de edad –cumplidos en septiembre pasado– que se dirigía sola a su domicilio ubicado en la Avenida de los Reyes Católicos cercana al centro de enseñanza. Por observaciones anteriores o por otra circunstancia Eduardo H. T. conocía el portal en el que Enma residía y por ello adelantó a la misma en su trayecto y la esperó en el rellano de los ascensores. Cuando la niña llegó saludó a Eduardo entrando ambos en uno de los dos ascensores existentes en el edificio, momento en el cual Eduardo H. extrajo de su bolsillo una navaja multiusos y desplegando la hoja intimidó a la menor y accionó el dispositivo del ascensor para que descendiera a la primera planta del garaje. Al detenerse el ascensor, y siempre mediante la exhibición de la navaja, Eduardo obliga a Enma a salir del elevador y a permanecer en uno de los pasillos de acceso al garaje que se encuentra separado del mismo por una puerta. Instantes después obliga a Enma a quitarse su vestido, así como la ropa interior y, guardada la navaja, comienza a tocarle el pecho, así como a besarla por todo el cuerpo e introducirle un dedo en la vagina, todo ello por espacio de unos diez minutos.

Por otro parte, la S. núm. 2227/2001, de 29 de noviembre (RJ 2002,949), señala que habrá tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o en parte los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Nos hablan ambas sentencias de la ejecución directa o inmediata a los hechos, tal como se encuentra redactado en el artículo 16.1 del Código Penal Español.

De igual manera entramos las SS. 1895/2000 de 11 de diciembre (RJ/2000/10326)<sup>236</sup>, 1263/2003 de 7 de octubre (RJ/2003/7222)<sup>237</sup>, 338/2010 de 16 de abril (RJ/2010/5557)<sup>238</sup>, 1117/2011 de 31 de octubre (RJ/2012/1377)<sup>239</sup>; que señalan que la tentativa requiere “la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico

---

<sup>236</sup> Sobre las 23 horas del mismo día, Ramón M. P. acudió al domicilio de Eugenio con el automóvil que utilizaba habitualmente, el cual estacionó enfrente de la entrada, mostrando una botella de plástico llena de gasolina a la que había adicionado un fragmento de papel higiénico a modo de mecha, la cual pretendía prender y arrojar sobre el edificio y, cuando se encaminaba hacia la puerta de la vivienda con la botella en una de sus manos y provisto de un mechero, fue advertida su presencia por Eugenio, que se interpuso en su camino, produciéndose un forcejeo en el curso del cual cayó al suelo dicho recipiente, así como Eugenio, circunstancia que aprovechó Ramón para arrojar sobre el último y comenzar a golpearle en la cara. Alertada Concepción, salió de la casa y acudió a socorrer a su esposo, tirando del cuello de Ramón para separarle de Eugenio, cayendo aquél sobre Concepción y siendo reducido posteriormente por los agredidos y por otros vecinos que acudieron en su auxilio.

<sup>237</sup> En la mañana del día 7 de diciembre de 1999, Carlos José, nacido el día 24 de noviembre de 1959 y sin antecedentes penales, se dirigió a la CALLE 001 n° NUM 005 de la localidad de Argamasilla de Calatrava, en el que se encontraban sus moradores, Matías, Luz y su hijo Miguel Ángel, los cuales son padres y hermano de la mujer del procesado, Laura y tras llamar a la puerta le fue negado el acceso a la vivienda por el citado Matías, motivo por el cual Carlos José empezó a insultar a los moradores de la vivienda, empleando expresiones tales como “cabrón”, “sal hijo de puta”, mientras daba patadas a la puerta de la casa, sin dejar de proferir insultos con la intención de que se le permitiera entrar y al ver que no se atendía a sus pretensiones, rompió el cristal de la ventana que está próxima a la puerta de la vivienda, perteneciente a uno de los dormitorios de la misma, prendiendo fuego con un mechero a las cortinas sitas en la ventana, propagándose éste por ellas, siendo sofocadas inmediatamente por Matías, acción que impidió que el fuego pudiera extenderse por la habitación y el resto de la casa, marchándose Carlos José del lugar, tras avisarle un vecino de que iba a llamar a la Policía, siendo detenido posteriormente por los Agentes de la Guardia Civil.

<sup>238</sup> Los acusados Jesús María, Esteban y Cayetano, se llevaron un botellín de cerveza con gasolina, que llevaba puesta un papel en la boca del botellín. Cuando todo el grupo se encontraba en las inmediaciones de la casa, estos tres acusados se metieron en un callejón y, movidos por esa ansia de venganza, y a pesar de saber que la vivienda se encontraba habitada por varias personas, prendieron fuego al papel y lanzaron la botella contra una ventana con el propósito de que penetrara en su interior. Por suerte para sus moradores el artefacto golpeó en la fachada al lado del marco de la ventana por la que lo pretendían introducir en la vivienda, donde explotó y produjo una fuerte llamarada a consecuencia de la violenta combustión de la gasolina.

<sup>239</sup> Tomás quien se encontraba en el domicilio familiar comenzó una discusión con su esposa Celia, en el curso de la cual le propinó tortazos en el lado derecho e izquierdo de la cara y en la cabeza, llegando a tirarla al suelo, lugar en el que le dio patadas. A continuación de la agresión, Celia, consiguió salir del domicilio refugiándose en un establecimiento público próximo, desde donde requirió la presencia de agentes de Policía Nacional, que acudieron al domicilio al que no pudieron acceder ante la oposición de Tomás, que colocó mobiliario detrás de la puerta para impedir el acceso. Ante las manifestaciones de Celia en el sentido que el acusado se encontraba en el domicilio junto con la madre de aquélla, Sonia, persona de edad avanzada e impedida y postrada en cama, en una de las habitaciones de la vivienda. Los agentes trataron de entrar en el domicilio, empleando las llaves facilitadas por la perjudicada, siendo imposible, dado que el procesado impidió el acceso, apilando muebles contra la puerta de la vivienda, por lo que procedieron a dar aviso al Cuerpo de Bomberos. Personados éstos en el domicilio, y observando que de la mirilla y la puerta salía humo, procedieron a derribar la puerta de la vivienda, observando la existencia de un foco de incendio en un ropero situado a la entrada de la vivienda, que rápidamente extinguieron.

protegido, mediante el principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor”.

De igual manera siguiendo una postura mixta, las Ss. núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ/2007/1921)<sup>240</sup>, 1100/2011 de 27 de octubre (RJ/2012/1099)<sup>241</sup>, 1221/2011 de 15 de

---

<sup>240</sup> I. Los acusados Constantino, Juan Enrique y Luis Manuel son miembros de la Guardia Civil con destino en el Cuartel de Algarrobo (Málaga), siendo uno de sus cometidos la represión del tráfico de estupefacientes. II. Sobre las 19,50 horas del día 22 de diciembre de 2003 personas no identificadas procedieron al desembarco de varios fardos conteniendo hachís, dos de los cuales, con un peso de 58.800 grs., fueron intervenidos por dichos acusados, que se encontraban de servicio, sin que haya quedado acreditado que se hubiesen apoderado, para su posterior distribución, de otros fardos que formaban parte del alijo. III. Los acusados referidos, aprovechándose de los medios de que disponían para el ejercicio de sus funciones públicas, decidieron en fecha no determinada dedicarse a dar cobertura y seguridad a operaciones de desembarco de droga, obteniendo por ello cantidades de dinero que no se han podido concretar... V. En la madrugada del día 7 de febrero de 2004 Constantino, Luis Manuel, Juan Enrique y Jesús Carlos ("Pitufo") organizaron una operación de desembarco de hachís en la playa conocida como del Molino de Papel, en la zona de Maro (Málaga), siendo el propietario de la droga el acusado Cosme. Para ello, Jesús Carlos se encargó de coordinar la operación, resultando a los alijadores, proporcionando vehículos y dando las instrucciones precisas para que éstos bajaran a la playa en el momento adecuado.... En un momento dado, agentes del Cuerpo Nacional de Policía-UDYCO, que estaban investigando los hechos, entraron en la playa y detuvieron a los cuatro alijadores mencionados, interviniendo 833.150 gr. de hachís con un THC del 12% y un valor en el mercado ilícito de 1.155.371 E.

<sup>241</sup> Ángel Daniel, siendo el representante y administrador de Equipo Integral de Asesoría, Sociedad Cooperativa Gallega, requirió a personas empleadas en la empresa Rodrimouro, de las que se desconoce su identidad, la elaboración de una factura relativa a una supuesta reposición de una puerta de la Asesoría, a sabiendas de que dicha puerta no había sido sustituida. El 21 de febrero de 2005, con ánimo de enriquecerse ilícitamente, aportó como parte perjudicada las Diligencias Previas 1154/04 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vigo, como gastos derivados de unos daños en la puerta de la Asesoría causados por Mario, imputado y condenado en el procedimiento abreviado 235/06 celebrado ante el Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, dicha factura por importe de 4.031,72 euros, a sabiendas de que la misma faltaba a la verdad y con ánimo de obtener una resolución que condenara a Mario a entregar dicha cantidad sin haberla abonado previamente al Sr. Ángel Daniel. En sentencia de 2 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo se declaró cierta la rotura de la puerta, esto es, de la -cerradura y marco de la misma- por Mario y no probado el valor de la misma -esto es, de los daños en la cerradura y en el marco de la puerta-, reservándose para el trámite de ejecución de sentencia su valoración y ordenando la deducción de testimonio por el delito de estafa procesal y falsedad documental".

noviembre (RJ/2012/10141)<sup>242</sup>, 294/2012 de 26 de abril (RJ/2012/11374)<sup>243</sup> y el auto núm. 883/2015 de 3 de junio (JUR/2015/164826)<sup>244</sup>. Señalan que la tentativa para que sea

---

<sup>242</sup> Se declara expresamente probado que: los procesados Valentín y Manuel, mayores de edad y sin antecedentes penales, actuando de común acuerdo y en ejecución de un plan previamente establecido, el día 17 de junio de 2.008 decidieron llevar a cabo el secuestro temporal de Secundino, empresario del sector inmobiliario conocido desde hacía años por el segundo, puesto que tenía varias parcelas y chalets en venta en la URBANIZACIÓN000", sita en el término municipal de Canyelles, lugar donde el Sr. Victoriano ejercía labores en el sector de la construcción. 2. Sobre las 12 horas, previa visita concertada por teléfono, Valentín se encontró en dicha urbanización con el Sr. Secundino (de 72 años de edad) bajo la excusa de estar interesado en adquirir una de las parcelas. Una vez allí, sin mediar discusión alguna le dio varios golpes con las manos en la cara y cuerpo hasta hacerle caer al suelo, donde le ató de manos y pies con una cinta aislante. Acto seguido, le puso un saco en la cabeza y lo introdujo en el asiento posterior del vehículo BMW matrícula .... MFD propiedad de la víctima, con el que esta se había desplazado hasta el lugar. A continuación, se apoderó de su cartera de mano que contenía 530 euros en efectivo, documentos de identidad y tarjetas de crédito, así como un talonario de cheques y una libreta bancaria. 3. Durante todo el resto del día 17 de junio, el procesado Valentín circuló conduciendo dicho vehículo con su pasajero tumbado en el asiento posterior por diversas carreteras de la comarca, hasta llegar a una zona boscosa cercana al municipio de Vilafranca del Penedés, lugar donde se reunió con el procesado Manuel, quien se había desplazado hasta allí a bordo del turismo 4x4 matrícula W-....-RF. Este último, tras facilitar a su colaborador y a la víctima bocadillos y bebida, se puso en contacto por teléfono móvil con la esposa del Sr. Secundino, y simulando un acento francés en su modo de hablar, la informó que habían secuestrado a su marido e iban a pedir un rescate económico al día siguiente. Aquella misma noche, que los tres pasaron juntos en el interior del vehículo BMW estacionado fuera de núcleo urbano, Valentín entregó a Manuel los 530 euros y demás objetos de valor sustraídos al perjudicado, quien no solo los incorporó a su patrimonio sino que estampó una firma simulada en uno de los cheques con la finalidad de proceder a su ulterior cobro. Acto seguido, lo rellenó de su puño y letra consignando la suma de 14.000 euros y como beneficiaria la mercantil TECNIC-CUMAR SL, de la que era administrador. Como quiera que la esposa del Sr. Secundino denunció inmediatamente los hechos en la comisaría de los Mossos d'Esquadra, se organizó un operativo policial de intervención y escucha telefónica a fin de averiguar el paradero de los autores y su víctima. El 18 de junio por la mañana, los procesados mantuvieron un nuevo contacto telefónico desde el móvil NUM000 con la familia del retenido, haciéndose pasar el inspector a cargo del dispositivo policial como Apoderado de la empresa del Sr. Secundino, a fin de negociar con los secuestradores así como que le indicaran el importe del rescate y lugar de pago. Los procesados reclamaron 300.000 euros y fijaron un descampado del municipio de Vilafranca del Penedés como lugar de entrega, quedando a partir de entonces la víctima bajo la guarda y custodia exclusiva del acusado Valentín. 4.- Alrededor de las 18 horas, aprovechando que dicho procesado había bajado del turismo y había entrado en una gasolinera para recargar el teléfono móvil, el Sr. Secundino logró desatarse de sus ligaduras y abandonó el coche a la carrera, al tiempo que solicitaba ayuda a unos jóvenes transeúntes que pasaban por allí, no sin antes apoderarse de las llaves de arranque del motor que Valentín había dejado puestas. Al apercibirse de la situación, Valentín se dio a la fuga a pie lo que permitió que la víctima entrara en la gasolinera y pidiera dieran aviso a la policía. Como consecuencia de los golpes recibidos el día anterior, Secundino sufrió politraumatismo craneal, erosiones faciales y dorsales, hematomas y dolor cervical. Precisó una sola asistencia facultativa y curó sus secuelas a los 15 días de reposo, con administración de vacuna antitetánica y medicación antiinflamatoria.

<sup>243</sup> Sobre las dos horas aproximadamente del día 27 de Julio de 2008 el aquí acusado D. Landelino, nacido en la República Dominicana el día NUM000 de 1.976, provisto de N.J.E. NUM001, sin antecedentes penales, se encontró, en el denominado Pub Superfly, sito en la calle Norias de esta ciudad, con el también acusado D. Gumersindo, estando éste acompañado de otras personas que no quedaron identificadas, iniciándose por causas que no han quedado determinadas, una discusión, y posterior disputa entre ellos, mutuamente consentida, en la que ambos, junto con otra persona que no quedó identificada, esgrimieron sendas armas blancas, (navajas), acometiéndose con uso de las mismas, recíprocamente, atacando D. Gumersindo (acompañado de otras personas no identificadas), a D. Landelino con una navaja de unos diez centímetros de hoja, alcanzándolo en la mano izquierda causándole una herida incisa de cinco centímetros en la falange proximal del tercer dedo, que requirió para su sanidad una asistencia facultativa (que prestó el SERGAS por importe de 342,35 euros) y tratamiento quirúrgico consistente en sutura de la herida y profilaxis, curando en ocho días y persistiendo como secuela una cicatriz en el dedo de unos cinco centímetros. Landelino, con intención de dar muerte a Gumersindo, le atacó con una navaja de unos nueve centímetros de hoja, alcanzándole a nivel del borde axilar izquierdo, causándole una herida punzante en parrilla costal, que penetró hasta la cavidad pleural provocando un hidroneumotórax que requirió para su

punible requiere revelar un mínimo de peligrosidad. Así mismo, que la “tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al

---

sanidad tratamiento quirúrgico consistente en colocación de tubo de tórax, medicación y fisioterapia respiratoria que curaron en 45 días, 15 de los cuales fueron de hospitalización, y otros 15 de incapacidad para sus ocupaciones habituales y persistiendo como secuelas una cicatriz eritematosa a nivel de borde inferior de axila y cicatriz en región antero lateral izquierda del tercio medio del tórax. De no haber sido intervenido quirúrgicamente habría causado una importante repercusión funcional en órganos vitales como el pulmón y el corazón. Gumersindo fué ingresado en el Hospital Xeral de Lugo, perteneciente al SERGAS y sobre las 4.20 horas del mismo día 27 de julio de 2008 fué trasladado a un módulo específico, donde estaba custodiado por un Policía y un celador. Sobre las 4.30 horas, se arrancó las vías venosas que tenía colocadas en sus brazos y desmontó el aparato portasueros para hacerse con uno de los tubos metálicos que lo forman y lo escondió entre sus ropas, presionando a continuación el botón de emergencia para llamada del personal auxiliar. Instantes después se presentó en el módulo la enfermera Zaida, la auxiliar Ariadna (ambas funcionarias públicas) y el agente del Cuerpo Nacional de Policía NUM004, este último portando su arma reglamentaria, a la que previamente había extraído el cargador por razones de seguridad, hecho que el acusado desconocía. Al abrir la puerta, el acusado les manifestó que se había salido la vía venosa y se acercó a él la enfermera Zaida para solucionar el problema, momento en el cual el acusado la agarró por el cuello de forma súbita y colocó el tubo metálico contra la parte posterior de su cuello manifestando al agente "o tiras la pistola o la mato", diciendo que su intención al ingresar en el módulo era para fugarse, que si no lo lograba los mataría a los tres. El agente tiró la pistola al suelo, que fue recogida por el acusado, quien, apuntando hacia el agente dijo "y ahora qué", tras lo cual accionó varias veces el gatillo con intención de acabar con su vida. Viendo que el arma no disparaba, el acusado soltó a la enfermera (lo que ésta aprovechó para escapar), montó el arma mecánicamente, y quitó el seguro, volviendo a accionar el gatillo varias veces apuntando hacia el agente, no logrando su renovado objetivo de matarlo puesto que el arma carecía de munición. Cuando la enfermera y la auxiliar escaparon del lugar, el agente se abalanzó sobre el acusado, quitándole el arma, si bien el acusado atacó a aquél con el tubo metálico que aún portaba y le golpeó varias veces mientras decía que si no se escapaba los mataría a los tres, produciéndose un forcejeo en el que consiguió escapar del alcance del agente y accedió a una ventana del segundo piso, por donde se arrojó a la calle, no alcanzando, sin embargo, un muro al que pretendía llegar, cayendo al vacío y quedando tendido en el suelo, donde fue detenido minutos después, por los Agentes que acudieron al lugar.

<sup>244</sup> Sobre las 09.00 horas del día 3 de enero de 2013, el acusado se encontraba en el domicilio familiar en compañía de su pareja sentimental, que estaba embarazada, cuando con motivo de una discusión, comenzó a gritar, con gran agresividad, las siguientes frases: "me tienes que obedecer, que yo soy el hombre; cuando nazca la niña, la voy a coger y me voy a marchar", a la par que golpeaba las puertas y paredes de la citada vivienda. El acusado, ante la presencia de la Guardia Civil, que alertada había acudido al domicilio, una vez informado de que iba a ser detenido, se negó a abandonar la vivienda, forcejeando con los agentes de la Guardia Civil. Durante este forcejeo, el acusado logró sustraer el arma de fuego del agente número NUM000 , que se encontraba agachado, sujetándole las piernas a fin de reducirle, y empuñándola fuertemente apuntó a la cara del agente citado, accionando el gatillo en diversas ocasiones, no llegándose a disparar el arma, puesto que era necesaria previamente montarla, esto es, realizar el movimiento basculante hacia atrás para cargar la bala en la recámara; e igualmente, sin solución de continuidad, el acusado apuntó con la misma pistola, y a la cabeza, al agente número NUM001 , logrando éste desviar la dirección de la misma, llegando a caer los tres al suelo. Tras ello, los agentes consiguieron arrebatarle el arma, dificultándose su engrilletamiento, debido la oposición del acusado, que no dejó en ningún momento de golpear a los agentes y propinarles fuertes patadas. Durante el lapso de tiempo referido, el acusado profirió las siguientes expresiones, dirigidas a los agentes: "os voy a matar, os voy a cortar el cuello". Como consecuencia de la agresión descrita, el agente de la Guardia Civil NUM001 sufrió lesiones, consistentes en erosiones en región frontal derecha y en tercer dedo de la mano izquierda, que curaron con primera asistencia facultativa, en cinco días, no impeditivos para el ejercicio de la vida habitual; asimismo el agente NUM000 sufrió lesiones, consistentes en dos contusiones en región malar derecha, erosión lineal en pirámide nasal y contractura muscular cérvico que curaron con primera asistencia facultativa, en diez días, impeditivos para el ejercicio de la vida habitual. C) Sobre las 10.35 horas, tras la detención del acusado y su posterior traslado a dependencias policiales, ante un cacheo superficial efectuado por los agentes, el inculpado reaccionó de manera violenta, propinando varios cabezazos en la nariz al agente número NUM002 , así como una patada en la parte interior del muslo, al agente NUM003 , y, una vez en el interior del calabozo, dijo: "os voy a matar, hijos de puta", "quitadme las esposas, que os mato", "sé quién eres, y te veré en el pueblo", dirigiéndose al agente NUM002 .

Derecho, pero además, la acción debe mostrarse como peligrosa *ex ante*, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico.”

Y por otro lado resaltan la importancia del plan del autor, mencionando que, “no puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se tratan de comportamientos equívocos, solo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con las representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación.”

Este último criterio acogido en las Ss. núm. 77/2007 de 7 de febrero (RJ/2007/1921)<sup>245</sup>, 428/2016 de 19 de marzo<sup>246</sup>, la cual además señala que cualquiera de

---

<sup>245</sup> *Vid. Infra*. Sentencia de la cita 250.

<sup>246</sup> El 19 de julio del 2012, sobre las 11:00 horas, Lucio y otra persona que no ha sido identificada abordaron, con la intención de apoderarse de su contenido y obtener así una ilícita ganancia, un camión de la empresa Logista marca MAN modelo LE180C, matrícula .... NPB, en el que viajaban dos repartidores que se hallaban descargando mercancía en la calle Sant Martí de Ruidarenes. Lucio, con ánimo de intimidarlo, apuntó con un revólver a Heraclio -uno de los repartidores- al tiempo que le decía "Quieto ahí" y le pedía las llaves del camión de reparto; entregándose las el señor Heraclio, ante el temor a sufrir daños en su integridad física, a su vez, la persona no identificada agarró por la camiseta a Romeo -el otro repartidos- y, cuando trató de defenderse, le golpeó con un revólver repetidamente en la cabeza, revólver que cayó al suelo junto con algunos cartuchos. Aun así, el señor Romeo logró zafarse y escapar hacia el estanco para pedir ayuda, momento en que Lucio y la otra persona no identificada, al darse cuenta de que el señor Romeo se les había escapado, decidieron emprender la huida por temor al ser detenidos.... El día 13 de agosto de 2012, sobre las 15,000 horas, Lucio y Salvador, previamente concertados con Luis Enrique, abordaron al señor Eulogio en la calle Valentí Amirall i Llozer de Girona, donde Lucio encañonó a Eulogio con la intención de intimidarlo. Lucio y Salvador empujaron a Eulogio a la parte trasera de la furgoneta Fiat Doblo con matrícula .... RXQ -propiedad de la empresa Disveng Maquines, S.L., y con la que Eulogio realiza el reparto de tabaco- y le obligaron a subir a ella. Una vez que Eulogio subió a la furgoneta Lucio subió tras él, y colocó la pistola en el cuello de Eulogio, Salvador cogió las llaves de la furgoneta, que colgaban de una de las puertas traseras, dejando dentro de la caja a Eulogio y Lucio. A continuación arrancó la furgoneta y condujo durante unos cinco minutos, mientras Lucio continuaba encañonando la Eulogio con la intención de amedrentarlo. Durante el trayecto Lucio, con ánimo de obtener un ilícito beneficio, requería constantemente a Eulogio para que le diera las llaves de la caja de recaudación que la furgoneta lleva fijada en uno de los laterales. La furgoneta conducida por Salvador llegó a un camino de tierra del municipio de Sarrià de Ter (coordenadas 42.007756, 2.0089670), donde detuvo el vehículo. A continuación, Salvador y Lucio se apoderaron de diversos efectos, con la intención de enriquecerse ilícitamente, y una vez obtenidos Lucio y Salvador huyeron del lugar, dejando a Eulogio en la parte trasera de la furgoneta. El día 5 de octubre de 2012, sobre las 7,15 horas y cuando Lucio y Salvador circulaban en la furgoneta Renault Kangoo matrícula F...FF por la carretera de Quart, en la localidad de Fornells de la Selva, adelantaron a la furgoneta Citroën Jumper matrícula ....YDY , bloqueándole el camino. Salvador, que conducía la Renault Kangoo abandonó este vehículo y se dirigió al conductor de la Citroën Jumper, el señor Lázaro, esgrimiendo un revólver con la intención de intimidarlo. Salvador se subió en el asiento del conductor y para amedrentar a Lázaro, le dijo "Siéntate al lado y no me mires, agáchate o te pego un tiro en la cabeza", al tiempo que colocaba el revólver a cañón tocante con su cabeza. Salvador condujo la Citroën hasta la calle Caterina Albert, número 34, de la localidad de Fornells de la Selva. Allí, Lucio se bajó de la Renault Kagoo, y se dirigió hacia Lázaro con un spray de defensa personal en la mano. Salvador entregó el revólver a Lucio, y se dirigió a la parte trasera de la Citroën Jumper, mientras el segundo preguntaba a Lázaro, con imprecaciones y esgrimiendo el revólver, cuál de las llaves abría la caja trasera que contenía el tabaco. Una vez obtenida la respuesta, Lucio abrió la parte trasera de la Citroën Jumper y, con la intención de obtener un beneficio ilícito, se apoderó del tabaco que allí había, y que ha sido tasado pericialmente en la cantidad de 6.555 euros. Mientras tanto, Salvador cacheó a Lázaro y le encontró 350 euros en el bolsillo del pantalón, de los cuales (con la intención de obtener una ganancia ilícita) se apropió. Tras hacerse con estos efectos, Lucio y Salvador abandonaron el lugar en la Renault Kangoo, llevándose con ellos las llaves de la Citroën Jumper, valoradas pericialmente en 42 euros. El día 10 de octubre de 2012 Lucio, Salvador y Luis Enrique, previamente concertados para ellos, comenzaron una labor de seguimiento y vigilancia del camión de

las teorías que tratan de explicar por sí sola el fundamento de la tentativa, resulta insuficiente, pues afirmar que el fundamento del castigo de la tentativa hay que encontrarlo en la intención del agente, que con su acción manifiesta una voluntad orientada a la comisión del delito –criterio subjetivo–, conduce a una degradación inadmisibles de lo real y objetivamente ha sido realizado, con el peligro de sancionar, no por lo que se hace sino por lo que se piensa. Del mismo modo, situar la esencia del fundamento del castigo de la tentativa en el riesgo objetivo al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido –criterio objetivo–, implica aceptar un entendimiento de la tentativa que prescinde del desvalor de la acción, con el consiguiente peligro de no valorar adecuadamente el contenido y la finalidad de la acción que, en algunos casos, puede ir mucho más allá de lo que objetivamente se ha realizado. Es por ello por lo que la jurisprudencia ha optado por fórmulas mixtas, al considerar insuficientes, tal como lo ha hecho la propia doctrina, las posturas puramente objetivas o subjetivas.

Hay que destacar también la S. núm. 673/2015 de 4 de noviembre (RJ/2015/5255)<sup>247</sup>, la cual señala que se ha descartado una teoría estrictamente subjetiva,

---

reparto del tabaco marca MAN, matrícula .... NPB , perteneciente a la empresa Logista y dedicado a la distribución de tabaco. Luis Enrique realizaba la vigilancia del camión desde la furgoneta Mercedes Vito, matrícula ....DDD , mientras que Lucio y Salvador realizaban estas labores desde la Renault Kangoo matrícula KA .... , y desde el camión marca Nissan, modelo Cabstar, matrícula .... NTF . Sobre las 10:43 horas los acusados llegaron a la localidad de Ruidarenes, en la confluencia de las carreteras GI-555 y C-63, lugar por donde forzosamente tenía que pasar el camión de Logista para realizar sus tareas de reparto de tabaco. Luis Enrique conducía la Mercedes Vito, Lucio el camión Nissan Cabstar y Salvador la Renault Kangoo. Allí abandonaron el Nissan Castar y la mercedes Vito, con la intención de utilizarlo después para la huida, y subieron los tres en la Reanult Kangoo: Luis Enrique como conductor, Salvador como copiloto y Lucio, quien portaba un revólver, en la parte de atrás. Sobre las 10:45, al llegar el camión MAN de Logista, los acusados emprenden la marcha, con la intención de abordar al otro vehículo y, con ánimo de obtener un ilícito beneficio, hacerse con su contenido. En este momento fueron detenidos por agentes de Mossos de Esquadra, que vigilaban la operación.

<sup>247</sup> A Fausto , sin antecedentes penales y privado de libertad por esta causa desde el 20.11.2013, mediante auto de fecha 1 de noviembre de 2013 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Muros en el marco de las diligencias previas núm. 1076/2013, se le agravó la medida cautelar de alejamiento y prohibición de comunicación adoptada en el ámbito de las diligencias previas núm. 760/2013 seguidas ante el mismo Juzgado, en el sentido de imponer al acusado Fausto , la prohibición de aproximarse a Lorenza , su ex pareja, a su domicilio o a su centro de trabajo, a una distancia inferior a 1.000 metros, así como acudir a la localidad de Outes, y de comunicarse con ella por cualquier medio, durante la causa, con implantación de una pulsera o dispositivo electrónico de control telemático, siendo advertido de la obligación de portar la pulsera impuesta en todo momento y de las consecuencias de su incumplimiento. Resolución que le fue notificada personalmente el mismo día y al día siguiente se le notificó el auto de fecha 2 de noviembre de 2013 dictado en las referidas actuaciones. A pesar de ser conocedor de las prohibiciones referidas y de las consecuencias de su incumplimiento, y con intención de acabar con la vida de Lorenza, el procesado realizó los siguientes hechos. El día 15 de noviembre de 2013 se trasladó a la localidad de Valença do Miño (Portugal) donde trató de comprar un arma de fuego, adquiriendo finalmente varios cuchillos. Dejó de encontrarse localizado a través del sistema de control indicado el 17 de noviembre de 2013 a las 19:10 horas, siendo su última posición GPS en Portugal junto a la carretera A-55 Tui. En la tarde del 17 de noviembre de 2013, después de haber adquirido los cuchillos y de desprenderse de la pulsera, se desplazó con su vehículo matrícula ....RRR a la localidad de Outes, acercándose a una distancia inferior a 1.000 metros al lugar de trabajo de Lorenza, y se ocultó tras unos árboles esperando que Lorenza apareciera. Lorenza pasó por allí pero Fausto no hizo nada al comprobar que aquella iba siempre acompañada. Llevando dos cuchillos en las manos, uno de ellos con una hoja de 27 cm (otros tres en el vehículo de su propiedad) y ocultando su rostro con un pasamontañas se agazapó en una-maizal sito a unos 5 metros de la puerta del lugar de trabajo de Lorenza esperando el momento en que ésta estuviera sola para acuchillarla y provocar su muerte. Sobre las 16:45 horas del día 18 de noviembre de 2013 agentes de la Guardia Civil le sorprendieron escondido en dicho maizal antes de lograr su propósito, procedieron a su detención no pudiendo impedir que se hiciera tres cortes en el cuello que solo afectaron al tejido celular subcutáneo sin lesión de grandes vasos(sic)".

que deja al examen del plan del autor la determinación del momento de inicio de la tentativa, y también la teoría de los actos unívocos o equívocos, que destaca el carácter equivoco de los actos preparatorios, que no pueden ser distinguidos de los actos lícitos, mientras que los de ejecución ya muestran un carácter inequívoco de la consumación de un hecho delictivo.

Esta misma sentencia establece que, la teoría formal-objetiva, señala que la tentativa inicia desde que se comienza a ejecutar la acción típica, es decir, los actos ejecutivos son los que pertenecen a la conducta o acción descrita en el verbo rector del tipo. Y que esta última teoría fue completada por la que se conoce como la de la unidad natural, según la cual los actos ejecutivos se encuentran íntimamente ligados a la acción típica que forman con ella una unidad natural.

Por lo que podemos observar, acoge una postura mixta, de varias teorías, como la teoría formal-objetiva, la de la puesta en peligro al bien jurídico y la teoría material-objetiva.

e) Fundamento en la Teoría de la puesta en peligro del bien jurídico.

Las Ss. núm. 1791/1999 de 20 de diciembre (RJ 1999,9237), 1479/2002 de 16 de septiembre<sup>248</sup>, por su parte establece que los actos ejecutivos son aquellos que ya suponen una puesta en peligro siquiera remoto del bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella.

De esta postura encontramos también otras sentencias que ponen de relieve la importancia de la puesta en peligro del bien jurídico, para que podamos entender cuando existe tentativa. Como lo son las sentencias 1000/99, 1243/2002, 77/2007 de 7 de febrero (RJ/2007/1921)<sup>249</sup>, 858/2012 de 6 de noviembre (RJ/2012/10583)<sup>250</sup>; las cuales señalan que para la punibilidad de la tentativa basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico, es decir, basta con que en una perspectiva *ex ante* la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador ejecutivo, quien conozca el plan concreto del autor y determine que ciertos actos según su concepción natural y normal de los hechos, como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Es por ello por lo que no se exige que se ponga en un peligro concreto al bien jurídico, es decir, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

---

<sup>248</sup> Vid. *Supra*. Sentencia vertida en la cita 245.

<sup>249</sup> Vid. *Supra*. Sentencia vertida en la cita 250.

<sup>250</sup> Sobre las 01,00 horas del día 2 de mayo de 2010 la procesada María Rosa , mayor de edad y carente de antecedentes penales se encontraba en su domicilio familiar sito en la C/ DIRECCION000 , NUM000 , piso NUM001 de la localidad de Hospitalet de Llobregat en compañía de varios miembros de su familia entre los que se hallaban sus dos hijos menores Teodulfo y Jose Ramón de 9 y 11 años respectivamente, momento en el cual la procesada, con intención de acabar tanto con su propia vida como con la de sus hijos, procedió a ingerir un número indeterminado de pastillas del fármaco de ALPRAZOLAN 0,25 MG a la vez que suministró dicho fármaco a sus dos hijos menores. Alertados los Mossos d'Esquadra de lo acaecido, se personaron en el lugar de los hechos procediendo al traslado en ambulancia a un centro hospitalario tanto de la procesada como de sus dos hijos menores. Los menores después de permanecer ingresados dos días en el Centro Hospitalario de Sant Joan de Deu, fueron dados de alta sin precisar tratamiento alguno. No ha quedado acreditado ni que la sobredosis en la ingesta del fármaco Alprazolam 0,25 mg. pueda provocar la muerte de las personas, ni que la dosis de dicho fármaco administrada a los menores fuera letal."

Estas últimas sentencias, aparte de hablarnos de la importancia de la puesta en peligro para el bien jurídico, en la determinación de la existencia de la tentativa, también vienen a reforzar esa postura teórica, con teorías como la del plan del autor y la objetiva-material, al hablar del plan concreto del autor y de actos que formen parte integrante y necesaria del tipo.

f) Fundamento en Teorías Subjetivas.

Por último, si bien desde el inicio de esta apartado hablamos de que en los últimos años, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, desde mi opinión, se veía cierta uniformidad, al considerar una postura mixta, como la mejor, para determinar el inicio de la tentativa y dar un tratamiento distinto a los actos preparatorios de los ejecutivos; también debo señalar, que aún existen sentencias que siguen basando dicha existencia de la tentativa en una postura subjetiva, como la que enunciare enseguida.

Las Ss. núm. 1086/2001 de 8 de junio, 1479/2002 de 16 de septiembre y 2227/2001 de 29 de noviembre; establecen como requisitos de la tentativa, que en principio haya univocidad, que los actos exteriores sean reveladores, de modo que se pueda deducir la voluntad de delinquir, en segundo lugar, que haya una proximidad espacio-temporal, respecto de lo que el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; y que esa actuación univoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal, que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir, que no se vea interrumpida. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico.

### *OPINIÓN.*

La importancia de abortar la teoría de la tentativa en este trabajo, se ha podido observar en los temas desarrollados anteriormente. Destacando la trascendencia del concepto de peligro en esta teoría, no solamente como uno de sus requisitos, sino también en las teorías que fundamentan la punición de la tentativa y las que buscan diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos.

Quedo de manifiesto que las diversas posturas dentro de las corrientes abordadas, dan un papel relevante al peligro, ya sea como fundamento de punición o como criterio para delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos.

De igual manera, hablar del plan del autor fue significativo, ya que constatamos como se complementan ambos conceptos, peligro y plan del autor. En los criterios establecidos en las sentencias del Tribunal Supremo Español, observamos que son elementos o requisitos necesarios para configurar la tentativa.

Así mismo, quedo asentado el hecho de que existan autores que conciban a la tentativa como un delito de peligro, semejando a la tentativa idónea con un delito de peligro concreto y a la tentativa inidónea con un delito de peligro abstracto.

Sin querer abundar más sobre el tema, daremos paso a la siguiente institución del Derecho penal, donde el concepto de peligro tiene un papel preponderante.

## 2.2 TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

### 2.2.1 Descripción de conceptos.

Antes de iniciar con la teoría de la imputación objetiva, quiero precisar dos conceptos fundamentales en el tema que hasta ahora hemos venido desarrollando, el peligro y otro concepto esencial en la imputación objetiva, el riesgo.

Lo anterior, porque como lo veremos, existen autores que señalan la diferencia entre ambos conceptos, lo cual definirá la oportunidad o no, de tocar en este capítulo, lo relativo a la imputación objetiva.

COLINA RAMÍREZ, nos establece que si bien en una perspectiva social los problemas que se generan, con motivo de la industrialización, confluyen de manera inevitable dos conceptos paralelos, como son el riesgo y el peligro, mismos que surgen de las tecnologías modernas que amenazan a la humanidad y su entorno<sup>251</sup>.

El peligro, para este autor, “se diferencia en atención a que éste escapa de la esfera de dominio, pues un peligro no puede ser controlable, mientras que el riesgo proviene de actuaciones que en cierta forma se puede prever o controlar”<sup>252</sup>.

Considera que debe establecerse la diferenciación entre peligro y riesgo, pues aunque en ambos se pueden presentar daños futuros, cuyo nacimiento resulta inseguro y más o menos improbable, en el caso del peligro se atribuye el nacimiento de dichos daños al entorno o al medio ambiente, mientras, cuando hablamos de riesgos se ve como consecuencia de la acción u omisión de la persona<sup>253</sup>.

Con base en lo anterior, la diferenciación radicará en la cuestión de imputabilidad, ya que la asunción del riesgo se basa en una representación del peligro, que resultará posible siempre que existan tecnologías que ofrezcan alternativas, de manera que los posibles daños se puedan atribuir a la elección de una actuación o de una omisión<sup>254</sup>.

La diferenciación entre riesgo y peligro, la ha tomado el autor, con base en la noción sociológica de imputabilidad, pues considera que aquellos daños que son considerados como fortuitos o por contratiempos, que provienen del exterior –entorno o medio ambiente-, serán definidos peligrosos; mientras se clasificara como un riesgo la decisión que puede ser atribuida a un tercero y que es fruto de un daño eventual o probable consecuencia de una decisión<sup>255</sup>.

---

<sup>251</sup> Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván. *Derecho Penal del Riesgo. Un estudio desde su legitimación*. Editorial Flores. México, 2015. p. 4.

<sup>252</sup> *Ibíd.*

<sup>253</sup> *Ibíd.*

<sup>254</sup> *Ibíd.* pp. 4, 5.

<sup>255</sup> *Ibíd.* p. 5.

De acuerdo a lo anterior, el peligro derivara de un evento fortuito ocasionado por un elemento exterior –puede ser del medio ambiente-, mientras que el riesgo es producto de una decisión –acción u omisión- que puede ser atribuida a un tercero.

Por la mencionada distinción entre peligro y riesgo, el peligro es considerado como una heterorreferencia, pues se provocó externamente, es decir, el sujeto a través de su conducta externa, provoca un peligro; mientras que el riesgo es considerado como autorreferencia, pues es creado en su propio entorno<sup>256</sup>, no es creado por el sujeto, sino por el medio ambiente, su entorno es lo que representa un riesgo.

Pues bien, en mi opinión es el sujeto quien realiza una conducta con la cual pone en peligro o riesgo, determinados bienes jurídicos protegidos penalmente. Por ello considero que hablar de peligro o riesgo será la consecuencia de una conducta.

Pese a las distinciones que hemos abordado de peligro y riesgo, considero que no es necesaria dicha diferenciación, pues, aunque señalen que el peligro es creado por el sujeto y el riesgo no depende del mismo, sino del medio ambiente, riesgo y peligro en mi opinión son sinónimos, ya que, tanto en el riesgo como en el peligro, son situaciones donde se espera acontezca algún mal; así que hablar de riesgo en la imputación objetiva, se está hablando en si del peligro.

Hablar de peligro es hablar de una conducta que amenaza o pone en riesgo un bien jurídico protegido penalmente.

De acuerdo a lo anterior, el diccionario de la Real Academia de la lengua española define peligro como: “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Y también lo precisa como “lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño.”<sup>257</sup>

Por tanto, en este capítulo podemos hablar de la teoría de la imputación objetiva, cuyo principal concepto de referencia es el riesgo o peligro.

Sin embargo, no es el fin, ni sería posible en este trabajo, hablar de toda la imputación objetiva, ya que sería el fin en sí mismo de un trabajo de investigación, sobre el cual ya se ha escrito con más profundidad.

### 2.2.2 Imputación objetiva.

Como ha quedado establecido en diversos textos, la teoría de la imputación objetiva se refiere a los criterios de contenido normativo, a través de los cuales es posible atribuir un resultado típico a un comportamiento activa u omisiva. Posteriormente, ante la pregunta de ¿Cuándo hay imputación objetiva? La respuesta que se ha dado, es cuando la acción crea un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se realiza en el resultado típico<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> *Ibíd.*

<sup>257</sup> Diccionario de la lengua española. *Loc. cit.*

<sup>258</sup> *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ; GUERRERO AGRIPINO. *La imputación objetiva. Op. cit.* p. 49.

De ahí que en términos generales se hable de que “para que un resultado sea objetivamente imputable a la acción del autor es necesario que la acción causante del mismo haya creado un riesgo no permitido que se haya realizado en el resultado típico, siempre que dicho resultado sea uno de los que el tipo en cuestión tenía por finalidad evitar”<sup>259</sup>.

Los elementos o los principios normativos para afirmar la imputación objetiva, son tres:

- a) Que el autor haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido).
- b) Que ese riesgo se haya realizado o representado en el resultado.
- c) Fin de protección de la norma.

Para diversos autores<sup>260</sup> solo consideran los incisos a y b, como elementos exigidos para la imputación objetiva, sin embargo nosotros para este trabajo consideraremos los tres como principios necesarios para que se pueda imputar la parte objetiva del tipo.

Los incisos a y b, poseen un significado dogmático distinto; mientras que el primero (creación de un determinado riesgo) afecta a la imputación de la conducta, a la parte objetiva del tipo, el segundo elemento (el riesgo se haya realizado el resultado), se refiere únicamente a la imputación del resultado<sup>261</sup>.

La creación del riesgo se verá como presupuesto del desvalor de la conducta (*ex ante*), mientras que la realización del resultado, condiciona el desvalor del resultado (se decide *ex post*)<sup>262</sup>.

Ahora bien, antes de abordar más a profundidad el tema del riesgo jurídicamente desaprobado y por ende el incremento o creación de ese riesgo, estableceremos primero que entendemos por el «riesgo permitido».

Preliminares.

- c) La peligrosidad del comportamiento.

Relevante resulta para el Derecho penal, que desde el inicio el legislador, analice que cualidades debe reunir una conducta para considerarse peligrosa o lesiva para un bien jurídico penal. Es necesario entonces, precisar el concreto contenido de la norma penal y analizar las características de la conducta frente a dicho contenido. En ese sentido, resultan importantes las características del comportamiento conocidas al momento de la realización del hecho y según la experiencia general, ya que ellos son el objeto de la prohibición penal<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> PEREZ ALONSO/MARÍN DE ESPINOSA. *Fundamentos ... Op. cit.* Pp. 237, 238.

<sup>260</sup> *Ibid.* p. 239. Existen también autores que establecen solo dos requisitos, de los mencionados los incisos a y b. /Vid. OJEDA RODRÍGUEZ; GUERRERO AGRIPINO. *La imputación objetiva... Loc. Cit.* y MIR PUIG. *Derecho Penal. Op. cit.* p. 259.

<sup>261</sup> Vid. MIR PUIG. *Ibid.*

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 229-230.

Por otro lado, al Derecho penal no le importara que un comportamiento sea peligroso en lo general si en lo particular no lo es, ya que pudieran concurrir otras circunstancias que justificaran la conducta. Lo realmente importante es que la conducta sea objetivamente peligrosa, es decir, cuando ha desatendido o descuidado el deber de protección que le imponía la norma<sup>264</sup>.

En ese sentido, una conducta realmente peligrosa surgirá cuando haya contradicho la norma penal, que determina su antijuridicidad. Por ello, como lo hemos mencionado, es necesario establecer el contenido de la norma penal, es decir, determinar el contenido del mandado inserto en la norma<sup>265</sup>.

Ahora bien, la norma penal debe realizar una protección concreta y no ilimitada, es decir, se debe determinar el alcance del mandato penal; aunque por otra parte, la descripción típica que realiza el legislador sólo imponga deberes generales de conducta y su infracción implique una lesión o una puesta en peligro general<sup>266</sup>.

Por otro lado, en un hecho concreto se actualizan diversas situaciones que se deben valorar, la valoración la realiza el juzgador, quien deberá revisar las circunstancias que concurren, esa ponderación o valoración de situaciones será lo que le permita determinar el nivel del riesgo permitido. “Así que la determinación del concreto deber jurídico-penal limita el nivel máximo del riesgo aceptable”<sup>267</sup>.

Es decir, al imponer el deber jurídico –conducta debida- que debe acatar toda persona, en la norma penal, se está limitando el nivel de riesgo que se acepta, toda vez que se establece que, si no cumple tal norma de conducta, el nivel de riesgo ya no será aceptable.

El legislador establece en la norma el deber de conducta debida, y le tocará al juzgador valorar las circunstancias concurrentes que aparezcan, y le ayuden a determinar si la conducta realizada ha sobrepasado el límite del riesgo permitido, es decir, si no ha observado una conducta debida.

Así, se entiende que los criterios de riesgo permitido pueden determinar la conducta debida, es decir, el contenido de la norma penal (como pauta de conducta)<sup>268</sup>.

Es por ello por lo que se afirma que un comportamiento que sobrepase los límites impuestos, a través de la norma penal, es peligroso. Cuando la conducta establecida en la norma penal –como pauta de conducta impuesta-, se realiza, se está infringiendo esa norma penal, concurriendo una peligrosidad jurídico-penalmente relevante<sup>269</sup>.

Con respecto a lo expuesto, considero que en la imputación objetiva si bien la norma establece la conducta que se debe observar (como pauta de conducta), sin embargo, es el juzgador quien atendiendo a las circunstancias que concurren en un hecho,

---

<sup>264</sup> *Ibíd.*

<sup>265</sup> *Ibíd.* p. 230.

<sup>266</sup> *Ibíd.* pp. 230-232.

<sup>267</sup> *Ibíd.* p. 233.

<sup>268</sup> *Ibíd.* pp. 233, 234.

<sup>269</sup> *Ibíd.*

determinará si el riesgo se ha visto incrementado más allá de lo permitido o, por el contrario, se trata de un riesgo permitido, tema que veremos en seguida.

d) El riesgo permitido.

El riesgo permitido, es un concepto que surgió en la jurisprudencia alemana en el siglo XIX, en relación a las lesiones y muertes que se producían con motivo de la industria. Posteriormente, dicho concepto se ligó con la nueva sociedad industrial que surgía, ya en la mitad del siglo XX se convirtió en un concepto ligado con la solución de conflictos que plantean las actividades peligrosas con utilidad social en un contexto que se ha denominado «sociedad del riesgo»<sup>270</sup>.

Si bien se ha afirmado que el riesgo permitido no tiene un significado distinto del concepto de infracción del deber de cuidado, existen múltiples teorías que abordan este concepto<sup>271</sup>, sin embargo, por la finalidad de este trabajo, no las abordaremos, quedándonos con la primera definición que se ha otorgado al riesgo permitido.

Así mismo, el riesgo permitido se ha definido como “un peligro concreto que el hombre puede crear sin que por ello o por la lesión del bien jurídico que de ello se derive pueda ser hecho responsable penalmente”.<sup>272</sup>

De igual manera ha sido definido como “aquel que acompaña a un comportamiento no lesivo del deber de diligencia objetivamente debido, es decir, el que acompaña a una conducta objetivamente prudente”<sup>273</sup>.

Así, lo que en el riesgo permitido se acepta, es el ejercicio cuidadoso de determinadas conductas, cuando el autor conoce o no, que al desarrollar esas actividades toleradas en general crea un peligro concreto para una determinada persona, debiendo acudir entonces, a las causas de justificación contempladas en el Código Penal, para negar la existencia del injusto penal<sup>274</sup>.

Por otro lado, se ha definido el riesgo permitido como un criterio de restricción o limitación del tipo “situado en el juicio sobre el peligro objetivo idóneo, con naturaleza jurídico-penal y concebido como ponderación de intereses en conflicto”<sup>275</sup>, así mismo, se ha señalado que es necesario, aun cuando sea brevemente, delimitar que grupo de supuestos deben de incluirse en el nivel de riesgo permitido.

Los supuestos señalados en el nivel del riesgo permitido, como criterio restrictivo del tipo, son aquellas conductas consideradas peligrosas, las cuales fueron el motivo del surgimiento del riesgo permitido. Ahí encontramos las conductas derivadas de

---

<sup>270</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos... Op. cit.* p. 71.

<sup>271</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO. *Ibid.* pp. 73 y ss. La autora aborda con mayor profundidad el tema de la naturaleza y ubicación sistemática de la institución del riesgo permitido, describiendo las posturas doctrinales en relación con esa institución.

<sup>272</sup> GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar. *Conducta típica e imputación objetiva en Derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*. Editorial Flores. México, 2015. pp. 75, 82,83. El subrayado es propio.

<sup>273</sup> PEREZ ALONSO. *Fundamentos... Op. Cit.* p. 241.

<sup>274</sup> Vid. GUTIÉRREZ SANTOS. *Conducta típica... Op. Cit.* pp. 77,78.

<sup>275</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos... Op. cit.* p. 91.

actividades tecnológicas, industriales o científicas, las cuales poseen una utilidad social; con base en esta última, la relación costo-beneficio, entre el comportamiento peligroso y el peligro o lesión ocasionados, suele determinarse a favor del primer supuesto, es decir, permitirse el comportamiento peligroso<sup>276</sup>.

Tomando el argumento anterior, es por lo que algunos autores consideran a la utilidad social, como la base de la construcción dogmática del riesgo permitido, ya que éste es necesario en el ámbito de las actividades peligrosas, porque en éstas, aun observando todas las medidas de cuidado exigibles, se llegan a prever riesgos distintos que no son posible evitar<sup>277</sup>.

Por ello, la utilidad social es lo que permite la realización de esas actividades arriesgadas, aun cuando *ex ante* se sepa, que pese a observar el deber objetivo de cuidado exigible, en el caso concreto, pueden aparecer riesgos no previstos en éste, produciéndose una lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>278</sup>.

Por otra parte, el grado de utilidad social dependerá de diversos factores (como el grado de probabilidad de lesión y la importancia del bien jurídico que se lesionaría) y cambiará de acuerdo a los elementos que la fundamentan, principalmente tiene que ver con los avances tecnológicos, la situación económica, la valoración social de esa conducta, los cambios políticos, entre otros<sup>279</sup>.

Después de ver de manera concisa el riesgo permitido, abordaremos brevemente los principios rectores de la imputación objetiva y enunciaremos los diversos casos de excepción a los mismos.

#### 2.2.2.A. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Debe partirse de comprobar si la acción causante del resultado ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, dado que las normas penales tienen por objeto prohibir acciones objetivamente peligrosas para evitar la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos<sup>280</sup>.

Crea un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado, por ejemplo aquel sujeto que conduce un vehículo de motor en exceso de velocidad, bajo el influjo de alcohol o drogas, o que quebranta cualquier norma que regule el tránsito vial, y con esta actividad conlleve la comisión de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido<sup>281</sup>.

De lo anterior inferimos que hablar de peligro es hablar de una conducta que amenaza o pone en riesgo un bien jurídico protegido penalmente. Esto lo comentamos,

---

<sup>276</sup> *Ibíd.*

<sup>277</sup> *Vid.* GUTIÉRREZ SANTOS. *Conducta típica... Op. cit.* p. 79.

<sup>278</sup> *Ibíd.*

<sup>279</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos... Loc. Cit.*

<sup>280</sup> *Vid.* PEREZ ALONSO. *Fundamentos... Loc. Cit. /* GUTIÉRREZ SANTOS. *Conducta...* p. 87, 88.

<sup>281</sup> *Vid.* GUTIÉRREZ SANTOS. *Ibíd.* p. 85.

ya que como se estableció en temas precedentes, hay autores como COLINA RAMÍREZ, para quienes peligro y riesgo, son términos distintos.

Así, que hablar de este elemento de la imputación objetiva es hablar de igual forma, de una conducta que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, provocando con ello, poner en riesgo o peligro, o bien, lesione un bien jurídico protegido.

El peligro, sigue siendo producto o causa de esa conducta que, desde la imputación objetiva, ha creado un riesgo, que por lo tanto será jurídicamente desaprobado.

Por ello, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta, es lo que ha caracterizado la relevancia jurídico-penal del comportamiento típico, como elemento esencial del injusto penal<sup>282</sup>.

Tal como lo anunciábamos en párrafos anteriores, la creación del riesgo ha de verse como presupuesto del desvalor de la conducta, decidiéndose *ex ante*; de igual manera será un presupuesto de la infracción de la norma primaria, que prohíbe la conducta, en tanto que la realización de ese riesgo en el resultado, será el presupuesto de aplicación de la norma secundaria, traducida en una pena<sup>283</sup>.

Como lo han expresado diversos autores, no toda conducta será relevante para cumplir con el primer requisito de la imputación objetiva, es decir, no toda conducta tildada de peligrosa, será objeto de prohibición penal, ya que ello ocasionaría una limitación intolerable del ejercicio de las libertades individuales. Sobre todo, en las sociedades de riesgos en las cuales actualmente vivimos, por ello hay riesgos social y jurídicamente permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta.

Por ello, entre los criterios ofrecidos para determinar cuándo un riesgo está permitido, se ha destacado el comportamiento diligente, por tanto -como ya se mencionó-, el riesgo permitido será todo aquel que acompaña a un comportamiento no lesivo del deber de diligencia tenido, es decir, el que acompaña a una conducta objetivamente prudente o cuidadosa<sup>284</sup>.

Como hemos hecho referencia desde el inicio de este tema, para que la conducta causante de un resultado típico, se considere que ha realizado la parte objetiva del tipo, es necesario que *ex ante*, aparezca como creadora de un riesgo típicamente relevante. Sin embargo, esto no sucede en todos los casos, ya que existen supuestos de disminución del riesgo, de ausencia de un riesgo suficiente o cuando se origina un riesgo socialmente adecuado, los cuales son supuestos de exclusión del primer elemento o principio normativo de la imputación objetiva.

#### A.1 Supuestos de disminución del riesgo.

Este caso se refiere a los supuestos donde la conducta que se considera causante del resultado, tiene como fin evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico; en este sentido se dice que disminuye el riesgo y por tanto no crea un nuevo riesgo que permita la

---

<sup>282</sup> Vid. PEREZ ALONSO. *Fundamentos... Loc. Cit.*

<sup>283</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal. Op. cit.* p. 259.

<sup>284</sup> Vid. PEREZ ALONSO. *Fundamentos... Loc. Cit. / Supra* página 52 y ss.

imputación objetiva<sup>285</sup>, sin embargo, esto último es discutible, en cuanto a que con su conducta se creó un riesgo, y a su vez se trata de disminuir el riesgo que ya ha sido creado.

Estamos ante los supuestos de la conducta de un sujeto que cambia un curso causal ya existente, aminorando el riesgo anteriormente creado. Por ello, no se está creando un nuevo riesgo, por el contrario se mejora el estado del objeto de la acción<sup>286</sup>.

De entrada el autor ha modificado un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro existente para la víctima y con ello se mejora la situación del objeto de la acción<sup>287</sup>.

#### A.2 La ausencia de un determinado grado de riesgo.

Aquí se encuentran los supuestos donde *ex ante* no existe un riesgo cuantitativamente suficiente, es decir, el riesgo es tan insignificante que no tiene relevancia para el Derecho penal<sup>288</sup>.

Sobre el criterio que servirá para decidir la existencia de que es «suficiente» riesgo, se señala que será el mismo utilizado en la teoría de la adecuación, es decir, que será desde el punto de vista de una persona prudente en el momento de la acción (*ex ante*), con los conocimientos que habría tenido el autor<sup>289</sup>.

En este sentido, el riesgo «suficiente», en ocasiones viene a equipararse con el riesgo «permitido», en opinión se podría equiparar, ya que cuando se habla de «suficiente» riesgo, se hace para manifestar que es un riesgo bastante o el necesario para que intervenga el Derecho penal. El riesgo «permitido», el cual abordamos brevemente<sup>290</sup>, también se refiere a aquel riesgo concreto que el hombre ha creado con su comportamiento, es decir, cuando el hombre con su conducta ha dejado de observar el deber de cuidado que debe desarrollar en determinadas actividades, puede crear un riesgo que jurídicamente este desaprobado, es decir, su conducta fue lo suficiente o lo bastante peligrosa, para que el Derecho penal intervenga. El riesgo permitido se convierte entonces en un criterio restrictivo del tipo, si se sobrepasa, se puede crear un riesgo jurídicamente desaprobado.

De acuerdo a este supuesto, desde el inicio se está ante la presencia de acciones que no aparecen como peligrosas o generadoras de riesgos para los bienes jurídicos.

---

<sup>285</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Op. cit.* p. 230. Señala el ejemplo de aquel que desvía la acción lesiva dirigida a una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga en otra parte menos valiosa, como aquel que desvía el golpe dirigido a la cabeza de una persona, con peligro para la vida y al desviarlo, se impacta en el hombro, con unas simples lesiones. Sin embargo, el mismo Mir Puig, señala que es discutible dicho ejemplo, ya que, si bien la desviación del golpe no sólo disminuye el riesgo para la vida, al mismo tiempo crea un riesgo para la salud e integridad física. Pero se resolvería afirmando la imputación objetiva de la lesión y aplicando la eximente de estado de necesidad.

<sup>286</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad.* Ed. Dykinson S. L. Madrid. p. 128.

<sup>287</sup> Vid. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito.* Traducción y notas. Diego-Manuel Luzón Peña (Director). Civitas. Thomson Reuters. Madrid, 2008. p. 365.

<sup>288</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Loc. cit.*

<sup>289</sup> *Ibíd.*

<sup>290</sup> Vid. *Supra* página 52 y ss.

Si bien el autor no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, tampoco lo ha aumentado de forma considerable. En estos casos queda excluida la imputación objetiva, porque el Derecho no toma en cuenta los riesgos socialmente adecuados<sup>291</sup> (por debajo de lo socialmente adecuado esta lo permitido).

### A.3 Casos de riesgos por encima de lo socialmente adecuado o permitido.

A diferencia del supuesto anterior, aquí el riesgo es suficiente, es considerable, sin embargo, tampoco tendrá relevancia típica en el ámbito jurídico penal, porque tiene una utilidad social mayor que el riesgo que se haya generado<sup>292</sup>.

No se cumple con el primer de los requisitos de la imputación objetiva, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, ya que la acción peligrosa no supero la frontera del riesgo jurídicamente permitido<sup>293</sup>.

En otras palabras, si se creó un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo, la imputación se excluye al tratarse de un riesgo permitido<sup>294</sup>.

Ya que como hemos afirmado, el fin de las normas penales, es solamente prohibir acciones peligrosas pero que además superen los límites del riesgo social y jurídicamente aceptados, infringiendo los deberes objetivos de cuidado<sup>295</sup>.

Sin embargo, no deberán incluirse aquí todos los casos en que el riesgo se halla jurídicamente permitido, pues deberán excluirse aquellos supuestos en que la permisón se deba a una causa de justificación.

Por lo que se encontraran en estos supuestos, sólo los riesgos propios de un tipo de actividad que sea adecuada en sí misma socialmente, como lo son el deporte, la industria, la investigación, el tráfico, entre otros, casos llamados de la «adecuación social», es decir, cuando la utilidad social en un sector de la vida -actividad-, impide considerarla penalmente como típica -precisamente por su utilidad social-, es decir, como «típicamente relevante»<sup>296</sup>.

En este sentido MIR PUIG, opta por llamar riesgo típicamente relevante al riesgo jurídicamente desaprobado, incluso señala que es más correcto el primer concepto<sup>297</sup>.

### 2.2.2.B. La realización del riesgo en el resultado.

---

<sup>291</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal. Parte general. Tomo I... Op. cit.* p. 366.

<sup>292</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Op. cit.* p. 262.

<sup>293</sup> Vid. *Supra*. Sobre el riesgo permitido, página 54 y ss.

<sup>294</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal. Parte general. Tomo I... Op. cit.* p. 371. Este autor nos define como riesgo permitido, “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.

<sup>295</sup> Vid. PÉREZ ALONSO. *Fundamentos... Op. cit.* p. 242.

<sup>296</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Loc. Cit.*

<sup>297</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Loc. Cit.*

Este es el segundo de los elementos o principios de la imputación objetiva, que se refiere a que el riesgo que ha sido creado por el sujeto, se represente o se demuestre que efectivamente produjo ese resultado típico.

Es necesario por tanto, para afirmar la imputación objetiva, comprobar que el resultado es producto del riesgo inherente a la conducta del autor<sup>298</sup>.

Este principio permite excluir la imputación objetiva del resultado en dos supuestos, que por falta de tiempo y de espacio en este trabajo, sólo enunciare brevemente.

#### B.1. Casos de desviación del curso causal.

Se refiere a los supuestos en que el resultado se produce por un curso causal anómalo o una desviación del mismo, ya sea por la aparición de otros riesgos o factores de riesgo no conocidos ni previsibles<sup>299</sup>.

La acción del autor produce un resultado del que se deriva uno más grave, debido a la intervención posterior de otros riesgos distintos a la inicial. Los riesgos posteriores pueden tener su origen en factores naturales o accidentales, puede incluso ser de una tercera persona o de la propia conducta de la víctima<sup>300</sup>.

No cabrá la imputación objetiva del resultado, porque aun y cuando el autor ha creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no es producto de ese riesgo en concreto, sino de otro distinto.

Puede haber una conexión causal inicial, pero el resultado se produce por un diferente curso causal, que resulto imprevisible<sup>301</sup>.

#### B.2. Casos de comportamientos alternativos.

Se trata de los casos en los que el sujeto crea un riesgo típicamente relevante, pero de modo imprudente, provocando con ello un resultado típico, sin embargo, posteriormente se demuestra que aun realizando el sujeto, su conducta apegada a derecho, es decir, una conducta no peligrosa o realizada dentro del riesgo permitido, no se habría evitado el resultado típico<sup>302</sup>.

Por otra parte, se ha señalado que si con la conducta desplegada por el sujeto, se constata que ha elevado el riesgo – más allá del permitido- de lesión del bien jurídico, deberá exigírsele responsabilidad, pues mientras exista la posibilidad de evitar el resultado, cualquier contribución al peligro ya existente, tiende a perjudicar la situación

---

<sup>298</sup> Vid. PÉREZ ALONSO. *Fundamentos... Loc. Cit.*

<sup>299</sup> *Ibid.* p. 243.

<sup>300</sup> *Cfr.* Cuando la desviación del curso causal se debe a la creación de un nuevo riesgo, ya sea por la intervención de un tercero o de la víctima, se habla también como derivación del principio de confianza, de casos de atribución a un ámbito de responsabilidad ajeno. *Ibid.*

<sup>301</sup> Vid. MORILLAS CUEVA. *Derecho penal... Op. cit.* p. 130.

<sup>302</sup> Vid. PÉREZ ALONSO. *Fundamentos... Op. cit.* p. 244.

del objeto de acción<sup>303</sup> –teoría del incremento del riesgo, teoría que enseguida se abordará brevemente-.

### 2.2.2.C. Fin de protección de la norma.

Como ya lo vimos en párrafos precedentes, existen autores que incluyen este elemento como parte de la imputación objetiva<sup>304</sup>, y algunos otros, como es el caso de MIR PUIG<sup>305</sup>, quien solo comprende los dos primeros como principios de la imputación objetiva.

Nosotros nos adherimos a los autores quienes lo ven como elemento de la imputación objetiva.

Si bien con la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado se da la imputación objetiva, se considera que aún puede negarse la imputación objetiva si el alcance del tipo no abarca resultados como los producidos en ciertos supuestos<sup>306</sup>.

Esos casos mencionados *supra* líneas –supuestos de exclusión-, se refieren a la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa, o puesta en peligro de un tercero consentida, los daños por shock, los daños sobrevenidos o consecuencias tardías<sup>307</sup>, la atribución a la esfera de responsabilidad ajena<sup>308</sup> – supuestos sobre los que ya no nos detendremos para no extendernos más en el tema, ya que la imputación objetiva es un tema propio para un trabajo de tesis.

Los anteriores casos son supuestos de exclusión de la imputación objetiva, ya sea porque, o bien no se ha creado un riesgo, o porque el riesgo no es de tal entidad o suficiencia, para poner en peligro real y objetivo a un bien jurídico protegido, este último caso es el que nos interesa en este trabajo, y del que estaremos hablando en repetidas ocasiones.

### 2.2.3 Teoría del incremento del riesgo.

Consiste en la realización de una conducta peligrosa pero socialmente permitida o tolerada –dentro del riesgo permitido del que hemos hablado-, sin embargo, en el desarrollo de la actuación del sujeto, se incrementa el riesgo que en un principio estaba permitido, transformando su conducta en más peligrosa y creadora en ese sentido, de un riesgo jurídicamente relevante, por lo que el resultado será jurídicamente imputable<sup>309</sup>.

---

<sup>303</sup> *Ibíd.* p. 245.

<sup>304</sup> *Vid. Supra.* Páginas 50,51y 52 de este trabajo.

<sup>305</sup> *Vid.* Nota al pie número 260, página 52 de este trabajo.

<sup>306</sup> *Vid.* PÉREZ ALONSO. *Fundamentos...* *Loc. cit.*

<sup>307</sup> *Ibíd.*

<sup>308</sup> *Vid.* PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno».* Ed. Atelier. Barcelona, 2014. p. 282-285.

<sup>309</sup> *Vid.* MORILLAS CUEVA. *Derecho penal...* *Op. cit.* p. 128. Para algunos autores la teoría del incremento del riesgo, tiene algunos problemas cuando se encuentra con las conductas alternativas en relación con los nexos causales hipotéticos. Sin embargo, según los ejemplos citados (*Vid.* Página 129 del libro citado), se sigue sosteniendo la teoría de la imputación objetiva, para ciertos supuestos.

Respecto a esta teoría de ROXIN, mucho se ha discutido y sus detractores han establecidos diversos argumentos en contra, sobre todo porque se une a diversas excluyentes de la imputación objetiva, como la conducta alternativa conforme a Derecho y la de fin de protección de la norma<sup>310</sup>.

Se afirma que uno de los problemas discutidos – unido a la excluyente de conducta alternativa conforme a Derecho-, se refiere a si se debe determinar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho, el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino probablemente o posiblemente.

Uno de los puntos en discusión en esta teoría es si solo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico, será causal de un resultado dañoso, si es seguro que, con una conducta correcta en el tráfico, no se habría producido el resultado. Respecto a este punto, se ha señalado que si no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio *in dubio pro reo*, el autor debe ser absuelto<sup>311</sup>.

El punto de discusión deriva del famoso caso del ciclista<sup>312</sup>, sobre el cual el BGH, utilizando el requisito de la causalidad de la infracción del deber de cuidado, se preguntó si se hubiera producido la muerte del ciclista, sin la intervención del conductor imprudente; realizaron una supresión mental de la conducta del conductor, para saber si aun así el resultado se hubiera producido -siguiendo la teoría de la supresión mental hipotética-. Con lo cual quedó de manifiesto que al no poder comprobar que la conducta diligente del conductor, hubiera, con seguridad, impedido la producción del resultado, se absolvió al conductor, siguiendo el principio *in dubio pro reo*<sup>313</sup>.

Sin embargo, ROXIN ha respondido señalando que no es correcto tal argumento, ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Ya que no se puede descomponer el riesgo en un *quantum* permitido y otro prohibido y realizar una comprobación de la causalidad separada para cada uno, ya que es algo que se sigue del fin de protección de la norma de cuidado, lo que resulta importante para la cuestión de si se ha realizado un peligro permitido<sup>314</sup>.

Ya que si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo, que aún era tolerable, crea un riesgo prohibido. Y si ese riesgo prohibido se

---

<sup>310</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal. Parte general. Tomo I... Op. cit.* pp. 379-386.

<sup>311</sup> *Ibid.* p. 380.

<sup>312</sup> Este tema en discusión, fue producto del famoso caso del ciclista “el conductor de un camión que quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cms. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de corto circuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se había producido, aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico”. Ahora bien, debemos decir, que dejando de lado el tema de la imputación objetiva, este mismo ejemplo del ciclista, analizándolo a la luz de los delitos de peligro, podemos decir que el conductor del camión independientemente de si hubiera o no atropellado al ciclista, encuadraría su conducta en un delito de peligro, toda vez, que con su actuar se pone en peligro la vida y la seguridad vial, al haber conducido alcoholizado. Existe por tanto un peligro real de que pueda producirse un resultado de lesión, existiendo ya un resultado de peligro.

<sup>313</sup> Vid. PORCIÚNCULA. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” ... Op. cit.* p. 259.

<sup>314</sup> Vid. ROXIN. *Derecho penal. Parte general. Tomo I... Loc. Cit.*

realizara, en cuanto se produzca un resultado, por lo que no cabe la aplicación del principio *in dubio pro reo*<sup>315</sup>.

Según lo expuesto, para ROXIN, si la conducta del autor incrementa el peligro de lesión de un bien jurídico, crea *in totum* un riesgo prohibido<sup>316</sup>, pero para que hablemos de imputación objetiva, ese riesgo debe haberse realizado o representado en el resultado.

Como lo señalamos, esta teoría si bien ha encontrado sus adeptos, también tiene críticos, los cuales han desarrollado diversas objeciones: 1) violación del principio *in dubio pro reo*; 2) transformación de los delitos de lesión en delitos de peligro y consecuente infracción del principio de legalidad; 3) imposibilidad de que se obtenga un juicio de peligro desde la perspectiva *ex ante*; 4) indeterminación del grado de aumento de riesgo para que exista la imputación objetiva del resultado<sup>317</sup>.

### OPINIÓN.

Sin querer abundar más en la teoría de la imputación objetiva, ha quedado de manifiesto la referencia al concepto de peligro que se hace, si bien para algunos es sinónimo de riesgo y para otros autores no lo es, lo que es innegable es la referencia y utilización que del mismo se realiza.

Por otro lado, hemos señalado brevemente los elementos de la imputación objetiva, en la cual se exige una valoración concreta entre la acción peligrosa y el resultado lesivo producido, exigiéndose que el resultado sea producto de esa acción peligrosa que ha creado un riesgo para el bien jurídico y relevante para el Derecho.

El primer elemento de la imputación objetiva, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, nace precisamente de la superación de los límites impuestos a través del riesgo permitido. Es decir, la sociedad a través de las normas, ha establecido una serie de restricciones bajo las cuales debemos actuar y sujetar nuestra conducta, si se superan esos límites, trascienden el riesgo permitido, y se estará con ello creando un riesgo desaprobado por el Derecho.

El crear un riesgo, a través de haber superado los límites del riesgo permitido, como mencionamos, contraviene lo establecido en la norma, la cual estipula las conductas de las cuales su realización se debe evitar, toda vez que al contravenir la norma y realizar la conducta descrita en el tipo, puede resultar en un resultado de peligro o bien de lesión para el bien jurídico. En este sentido, la creación de un riesgo cuando no se han tomado las medidas de cuidado necesarias –esas restricciones bajo las cuales debemos actuar–, probablemente desemboque en un peligro para un bien jurídico. Aquí radica la importancia de no cumplir con los límites impuestos a través de la conducta debida o del riesgo permitido, la creación de un peligro para un bien jurídico, la probabilidad de que acontezca un mal<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> *Ibíd.*

<sup>316</sup> *Vid.* PORCIÚNCULA. *Lo “objetivo” ... Loc. Cit.*

<sup>317</sup> *Cfr.* PORCIÚNCULA. *Ibíd.* pp. 260-270.

<sup>318</sup> *Vid. Infra.* Sobre el peligro y los conceptos de probabilidad y posibilidad, lo veremos en el tema siguiente de este capítulo.

Sin embargo, para poder realizar una imputación del tipo objetivo del tipo, debemos observar no encontrarnos en alguna de las excluyentes de la imputación objetiva, mismas que de manera muy sucinta se abordaron.

De las cuales, para este trabajo, cabe destacar aquellas que disminuyen o significan una ausencia del riesgo permitido, se enfatizan porque nos permiten dar cuenta, que el riesgo, traducido en la conducta peligrosa desplegada por un sujeto, puede crearse, disminuirse o incrementarse.

Es decir, puede tener distintos niveles o rangos el peligro, pues como lo mencionamos, se puede crear, disminuir o incrementar, dependiendo de la conducta desplegada por el sujeto y también de la valoración que sobre la misma se realice.

### 3 EL CONCEPTO DE PELIGRO.

#### 3.2 PRIMERAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE PELIGRO.

Antes de analizar el tema central de este trabajo, resulta imprescindible abordar el concepto de peligro –del cual ya hemos venido hablando desde los primeros temas-, pues es un concepto clave que nos ayudará a entender la estructura dogmática de los delitos de peligro y con ellos de los de peligro abstracto. Sin que se pretenda hacer una exposición doctrinal exhaustiva del mismo, que por otra parte ya ha sido suficientemente abordado<sup>319</sup>, por el contrario se intenta fijar algunos puntos de partida teóricos conceptuales necesarios para el análisis central del trabajo. Asimismo, previo al análisis del peligro, cabe hacer algunas consideraciones generales con respecto a este concepto de tipo ajurídico y enseguida se verá si dichas acepciones son aplicables al ámbito penal, en especial a los delitos de peligro.

Uno de los problemas que se presentan a la hora de tratar de definir o conceptualizar el término peligro, son el resultado de que el concepto de peligro se aplica para diferentes materias y áreas, incluso en el mismo Derecho penal tiene distintas acepciones, pues en la teoría general suele utilizarse por ejemplo dentro de la teoría de la imputación objetiva<sup>320</sup>, en la tentativa<sup>321</sup>, en la culpa o imprudencia, de la misma forma como requisito de algunas de las causas de justificación y finalmente en relación con la peligrosidad criminal<sup>322</sup>, toda vez que hay acciones y personas que se señalan como «peligrosas», de ahí que sea fundamental tratar de aclarar este concepto<sup>323</sup>.

El uso múltiple de este término no es el único problema que se encuentra a la hora de tratar de definirlo, sino también que a los términos a los que se acude para su definición

---

<sup>319</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro de bienes jurídicos ...*; CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro y protección de bienes...*; VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto y resultado...* Op. cit.

<sup>320</sup> Vid. *Supra* Tema 2.2 de este trabajo.

<sup>321</sup> Vid. *Supra* Tema 2.1 del presente trabajo.

<sup>322</sup> Vid. Por todos CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...* Op. cit. p. 31. MENDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. cit. p. 52. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. Cit. pp. 209, 210.

<sup>323</sup> Vid. MEZGER. *Derecho Penal.* Op. cit. p. 127.

son imprecisos. “El peligro se concibe, en general, en términos de probabilidad de que acontezca un mal futuro. Etimológicamente, viene del latín *periculum* que significa ensayo, tentativa, prueba. Del mismo modo, como *peri-tlo* «del indoeuropeo» implica prueba, ensayo, etc. Su raíz *per* significa «hacia adelante» y denota su carácter futuro. También pertenece a la misma familia de: empírico, experiencia, experimento, pericia, etc.”<sup>324</sup>.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española – como se había visto en el tema anterior- lo define como: “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Y también lo precisa como “lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño.”<sup>325</sup>

El hecho de que se le vea como un mal futuro y sobre todo desde el punto de vista que no se haya producido materialmente y supuestamente «resultado» alguno, llevan a considerarlo como concepto de referencia, que se vincula con las ideas de posibilidad y probabilidad.

Esta visión se conserva también desde un punto de vista jurídico, en cuanto el peligro se conecta con un resultado lesivo que está ausente. Desde esa perspectiva no resulta difícil aceptar la existencia de peligro “como un estado desvalorado independiente, sin que sea visto como un estadio previo a la lesión”<sup>326</sup>, sin embargo, por su relación con las nociones de posibilidad y probabilidad no deja de reconocerse su carácter de contingencia o incertidumbre.

Y es que “en el Derecho penal no es importante solamente la lesión, sino también el peligro que pueden correr los bienes jurídicos”<sup>327</sup>.

Esta probabilidad de un acontecimiento dañoso, es lo que le otorga al concepto de peligro una característica de elasticidad, toda vez que el peligro es entendido como “un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso”<sup>328</sup>.

Ahora bien cuando se habla del peligro, este debe contar con dos características para poder configurar tal concepto<sup>329</sup>:

- A) La posibilidad o probabilidad de poder causar un resultado<sup>330</sup>, y;
- B) El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

En cuanto al primer requisito, éste se refiere a que el resultado no debe ser imposible, pero tampoco cierto, debe por tanto por lo menos existir una probabilidad o posibilidad de que éste se pueda dar<sup>331</sup>. En este sentido VON ROHLAND afirma que “el

---

<sup>324</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 210, 211.

<sup>325</sup> Diccionario de la lengua española. *Loc. cit.*

<sup>326</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 211.

<sup>327</sup> MEZGER. *Derecho penal... Loc. cit.*

<sup>328</sup> TORIO LÓPEZ, Ángel. “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. No. 33. Tomo XXXV. Fascículo I. Enero- Abril, 1981. p. 841

<sup>329</sup> *Vid.* ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Op. cit.* p. 18.

<sup>330</sup> *Ibid.* pp. 19 y ss. Para una mayor profundización sobre las nociones de probabilidad y sus características.

<sup>331</sup> *Ibid.* p. 18.

peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”.<sup>332</sup>

En cuanto al segundo requisito, no hay discusión en que el resultado que puede producirse con tal peligro, ha de ser un resultado dañoso<sup>333</sup>.

Por otro lado, algunos autores se han planteado la posibilidad de tener distintas nociones de peligro, o bien, de un solo concepto general para todos los delitos de peligro o con distintas funciones según su ámbito de aplicación.

Por un lado están los autores que rechazan la idea de un concepto unitario de peligro, como ESCRIVA GREGORI<sup>334</sup>, quien, contrario a optar por un concepto general de peligro, señala que deberá atenerse a las características de cada uno de los tipos penales.

Mientras que por otro, están los que buscan que exista un concepto único y general para el Derecho penal; entre ellos encontramos a CORCOY BIDASOLO para quien el concepto de peligro ha de servir tanto para los delitos de peligro, como en los delitos de lesión, y en tanto en el ámbito de la imputación objetiva, como de la tentativa, siendo por ello, necesario encontrar un concepto de peligro propio del Derecho penal, para el cual las posturas causal-naturalista sólo sean un referente o indicio, pues el concepto de peligro ofrecido por las ciencias naturales no tiene la capacidad de fundamentar la existencia de un «delito de peligro», por lo cual, se debe buscar un concepto que sirva para fundamentar la existencia de un riesgo típico y penalmente relevante<sup>335</sup>.

Partidario también de que no existe un concepto único de peligro y nos proporciona una definición es QUINTERO OLIVARES para quien, el concepto de peligro que el Derecho emplea no es único ni común a todos los casos, sino que depende del sentido del tipo concreto de injusto al que aparezca asociado. “La noción más extendida llama peligro, en lo jurídico-penal, a la posibilidad relevante de que un resultado se produzca *como consecuencia normal de un determinado acto o situación*; en los concretos tipos, en que se haga referencia específica a la creación de peligro podrá utilizarse ese concepto”.<sup>336</sup>

Por otro lado, se señala que el concepto de peligro no aparece de igual forma en todos los delitos que afecta, pues en unos casos el tipo exige expresamente que se haya creado una situación concreta de peligro (peligro concreto), mientras que en otros supuestos el peligro es presumido por el legislador con relación a una categoría de acciones (peligro abstracto).<sup>337</sup>

Por otro lado, DOVAL PAIS, entiende por peligro la amenaza de lesión del bien jurídico protegido y por tanto el peligro sólo existirá donde éste pueda ser lesionado, ya que de lo contrario, la amenaza que se constituya para el bien jurídico sería irrelevante

---

<sup>332</sup> *Ibíd.*

<sup>333</sup> *Ibíd.* p. 19.

<sup>334</sup> *Ibíd.* p. 29 y ss. *passim*. Tema sobre el que se volverá más adelante.

<sup>335</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...* *Op. cit.* pp. 31, 32.

<sup>336</sup> QUINTERO OLIVAREZ, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tercera edición. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002. p. 333. Las cursivas son del texto original.

<sup>337</sup> *Ibíd.*

para el Derecho penal, por ser imposible la verificación de la lesión<sup>338</sup>. En este sentido, nos proporciona la definición de peligro como aquel “estado de cosas en el que es previsible la posibilidad de que un bien jurídico sufra una lesión”<sup>339</sup>.

Para DE LA CUESTA AGUADO, “el peligro en sentido jurídico, es la posibilidad de que acontezca un mal”<sup>340</sup>. Sin embargo, ese mal va referido al bien jurídico, para poder hablar de un peligro en Derecho penal, pues como lo afirman varios autores, hablar de peligro en sentido abstracto no tiene sentido, por lo que se concluye que la noción de peligro no es autónoma, sino que necesariamente debe ir referida al bien jurídico, en cuanto a que es en la prevención de posibles lesiones de éste donde encuentra su fundamento<sup>341</sup>.

En este mismo sentido, MORENO ALCÁZAR ha señalado que “el peligro penalmente relevante será: aquel resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica”<sup>342</sup>. Tal juicio de previsibilidad deberá llevarse a cabo una vez constatada la aparición de un resultado de peligro para el bien jurídico en cuestión (*ex post facto* del peligro, *ex ante* de la eventual lesión), y utilizando la base de conocimientos ontológicos y nomológicos más amplia posible<sup>343</sup>.

De las definiciones establecidas en párrafos anteriores, podemos observar, que no se concibe el peligro como un concepto autónomo, sino como una forma de resultado -al igual que la lesión, que también se ve como una forma de resultado-<sup>344</sup>.

Por otro lado, en este tema se tratará de abordar muy concisamente lo relativo a la relación de causalidad, tema que es relevante en este punto, por las implicaciones que tiene con la previsibilidad y las posibilidades para lesionar el bien jurídico.

Si bien no es una opinión mayoritaria, ni la que se asume en este trabajo, pero se ha señalado que varios hechos repetidos nos darán más probabilidad de que se produzca un resultado, en base a ello, decidiremos la mayor o menor probabilidad de que ante un determinado hecho se produzca un resultado, determinando *ex ante*, que una conducta puede poner en peligro un bien.

Sin embargo, resulta por demás difícil establecer el momento en que una relación de causalidad adquiere relevancia para el Derecho penal, porque tomar todas las causas

---

<sup>338</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de ... Op. cit.* pp. 261, 262. Para este autor el peligro puede consistir tanto en la amenaza de un daño efectivo como en la amenaza de una más genérica perturbación para el bien jurídico; tratándose en el primer caso de bienes jurídicos susceptibles de destrucción (corpóreos), y en el segundo de objetos protegidos que solo permiten hablar de perturbaciones que, aunque los afectan no pueden decir que los destruyen. Siendo en estos últimos bienes jurídicos donde los delitos de peligro y los de lesión parecen igualarse conceptualmente, en tanto que la amenaza de perturbación también puede verse ya como perturbación actual y por tanto como una lesión al bien jurídico (colectivos o supraindividuales). Vid. *Infra*. Capítulo III. Sobre estos bienes jurídicos individuales y colectivos, así como de la forma de perturbación de ambos.

<sup>339</sup> *Ibid.* pp. 275-279. Vid. Para profundizar sobre el concepto propuesto.

<sup>340</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Causalidad de los delitos de peligro contra el medio ambiente*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. p. 104.

<sup>341</sup> *Ibid.* p. 105.

<sup>342</sup> MORENO ALCÁZAR. *Los delitos de... Op. cit.* p. 78.

<sup>343</sup> *Ibid.*

<sup>344</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES. *Manual de... Loc. cit.*

como relevantes, asumir en su integridad la completa cadena causal implicaría un *regressum ad infinitum*, ir demasiado atrás en el tiempo, para saber a partir de cuándo estamos ante una relación de causalidad de un determinado evento.

La parte fundamental que nos mostrará el momento en que una relación de causalidad tiene relevancia para el Derecho penal, será el incremento del riesgo permitido, es decir, cuando una causa sea determinante para incrementar dicho riesgo por encima de niveles social y normativamente tolerados; en palabras de MORENO ALCÁZAR “el umbral de riesgo permitido jugará normalmente como el momento inicial desde el que se podrá afirmar la relación de causalidad respecto de los resultados lesivos que se pretendan sancionar. Además, dado que la regularidad del mundo físico nos resulta mucho más predecible que la de las conductas humanas, normalmente será tras el comportamiento de una persona cuando seamos capaces de establecer la relación de causalidad”<sup>345</sup>.

En este sentido podemos comentar, al contrario de lo que se pretendía desde la teoría causal mecanicista, que el resultado no puede predecirse en términos de absoluta certeza, no hay un determinismo sobre todas las cosas, es decir, no todo en el universo es predecible, agregando, que esto se proyecta en especial sobre la conducta humana, al ser el hombre un ser imperfecto e impredecible.

### 3.1.1 Probabilidad.

Me parece relevante tocar en este punto el tema de la probabilidad, porque de inicio sobre el concepto de peligro, mucho se habla de la probabilidad de que algo suceda o algún mal acontezca.

De igual manera, como lo señala ESCRIVA GREGORI, la probabilidad es una de las características necesarias para configurar el concepto de peligro “la posibilidad o probabilidad de poder causar un resultado”<sup>346</sup>.

El peligro, en su sentido ordinario tiene una conexión con la producción de resultados dañosos e indeseables, que en la práctica no acontecen, -pues si lo hicieran se estaría cometiendo un delito de lesión-, esta situación suele llamarse «probabilidad de lesión»<sup>347</sup>.

La lesión y el peligro -como probabilidad de un mal posterior- puede tener relevancia frente a la norma, si constituyen un estado a evitar, es decir, que la norma haya establecido que conducta evitar para no lesionar o poner en peligro un bien jurídico<sup>348</sup>.

Y en ese sentido, se ha señalado que no toda probabilidad de un mal futuro –peligro- merece ser considerada penalmente, ya que es necesario que en abstracto, el legislador y el juez, en concreto<sup>349</sup>, hagan una valoración de aquellas conductas que

---

<sup>345</sup> MORENO ALCÁZAR. *Los delitos de...* Op. cit. p. 78.

<sup>346</sup> ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. Cit. p. 18.

<sup>347</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. Cit. p. 218.

<sup>348</sup> *Ibíd.*

<sup>349</sup> *Ibíd.*

merecen ser sancionadas, porque ya sea que en lo abstracto o en lo concreto, pongan en peligro un bien jurídico.

Por otro lado, en la probabilidad, se ha distinguido entre el desarrollo objetivo de un acontecimiento y las convicciones subjetivas de las personas, ya que las experiencias o sentimientos de tipo subjetivo, nada nos aportaran a la hora de determinar cuando estamos ante un hecho real, que nos sirva para estimar una probabilidad; es decir, las sospechas, las impresiones o presentimientos que busquen darnos certeza sobre un hecho, no servirán a la hora de determinar si un hecho es probable o no<sup>350</sup>.

Sobre el tema de la probabilidad, debo decir que quienes más manejan este concepto son los estadistas y matemáticos, por ello las mayores descripciones sobre el tema lo han desarrollado ellos.

Antes de abordar el tema de la probabilidad, debemos decir que el mundo real está lleno de incertidumbre. Podemos encontrar incertidumbre en situaciones tan simples como los juegos de azar, por ejemplo, los dados o naipes; pero también la encontramos en temas tan variados e importantes como las ciencias físicas, las ciencias sociales, la industria y los seguros. Los problemas representativos en estos campos implican la predicción de lo que sucederá en circunstancias donde se incluyen elementos conocidos y aleatorios<sup>351</sup>.

Dentro de la predicción encontramos por ejemplo al científico, quien siempre trata de ver más allá de los meros resultados brutos de sus datos, siendo lo más objetivo posible y generalizando lo mínimo, supone que sus datos tienen alguna estabilidad, y que, si mañana hay alguna diferencia en sus observaciones, esta será mínima y encontrará datos similares, aunque no idénticos<sup>352</sup>.

Por otro lado, tenemos la labor del estadístico que se basa en métodos que asignan probabilidades a las inferencias que hace y en esto radica su importancia. Por ello se afirma que, el razonamiento por inferencia es el método en ciencia, ya que sería muy primitivo un pensamiento que no le prestara probabilidades a las inferencias científicas<sup>353</sup>.

Y es que el objetivo de la inferencia estadística en una investigación científica y tecnológica. Radica precisamente en conocer las clases numerosas de objetos, personas o eventos a partir de otras relativamente pequeñas, compuestas por los mismos elementos<sup>354</sup>.

Aunque se sabe de antemano que ninguna inferencia es ciento por ciento segura, y la probabilidad de que sea cierta puede resultar más plausible en unos casos que en otros o muy pocos convincente<sup>355</sup>.

---

<sup>350</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* Op. cit. p. 19.

<sup>351</sup> Vid. WILLOUGHBY, Stephen S. *Probabilidad y estadística*. Publicaciones cultural S.A. Quinta reimpresión. México, 1977. p. 1

<sup>352</sup> Vid. GLASS V. Gene, STANLEY C. Julián. *Métodos estadísticos aplicados a la Ciencias Sociales*. Traducción Dras. Elsa Galvis Gómez y Eugenia Guzmán. Ed. Prentice-Hall Hispanoamericana S.A. México, 1986. p. 197.

<sup>353</sup> *Ibíd.*

<sup>354</sup> *Ibíd.* p. 241.

<sup>355</sup> *Ibíd.*

Pero por su naturaleza misma, ninguna inferencia es absolutamente segura y el grado de certeza varía desde «extremadamente improbable» hasta «casi segura».<sup>356</sup>

A modo de resumen, podemos decir que el razonamiento por inferencia procede de lo particular a lo general, de lo conocido a lo desconocido y puede decirse que es la contraparte de la deducción, que procede de lo general a lo particular, como silogismo<sup>357</sup>.

Ahora bien, dejando de lado los conceptos estadísticos, hay que señalar que se han distinguido dos nociones de probabilidad, según se adopte un sentido gnoseológico o bien, un punto de vista de la doctrina ontológica.

Según el concepto gnoseológico, probable será “lo que según las apariencias puede ser declarado verdadero o cierto, adoptando varios grados la probabilidad según su mayor o menor acercamiento a la certidumbre”<sup>358</sup>.

Este concepto sirvió de base al llamado probabilismo, según su teoría solo se pueden conocer las cosas de un modo aproximado, sin que se puede por tanto conocer las cosas de un modo seguro y cierto<sup>359</sup>.

En cuanto al concepto ontológico considera a la probabilidad como un concepto aplicable a las cosas mismas<sup>360</sup>.

Siguiendo la descripción de conceptos, BOCHENSKI “distinguió entre probabilidad de un acontecimiento y probabilidad de una hipótesis, señalando que la diferencia esencial entre ambos conceptos radica en que en la primera probabilidad, al menos al principio, puede medirse y que por el contrario en la segunda, no puede determinarse numéricamente”<sup>361</sup>.

También existen los que diferencian entre probabilidad inductiva, que tratara de determinar la mayor o menor admisibilidad de ciertas hipótesis, en base a los cálculos poseídos y una probabilidad estadística.<sup>362</sup>

Nuevamente nos remiten estas concepciones a términos de hipótesis y estadística, ya que como mencionamos supra líneas, la probabilidad es un concepto mayormente desarrollado por estadistas y matemáticos.

Y esto, porque rara vez se lleva a cabo una investigación que no recurra bien sea a la estimación de intervalos o al contraste de hipótesis<sup>363</sup>.

Primero iniciaremos enunciando dos clases de hipótesis que algunos autores han establecido: la hipótesis científica y la hipótesis estadística.

---

<sup>356</sup> *Ibíd.*

<sup>357</sup> *Ibíd.*

<sup>358</sup> ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Op. cit.* p. 22.

<sup>359</sup> *Ibíd.*

<sup>360</sup> *Ibíd.*

<sup>361</sup> *Ibíd.* p. 22.

<sup>362</sup> *Ibíd.* p. 23.

<sup>363</sup> *Vid.* GLASS V. *Métodos estadísticos... Loc. cit.*

Una hipótesis científica es “una sugerencia de solución a un problema y constituye un tanteo inteligente, basado en una amplia información y una educación estructurada subyacente, generalmente se enuncia como una proposición y es empírica, en el sentido de que puede comprobarse por experiencia, la cual es pertinente, caso de que la hipótesis sea cierta o falsa”<sup>364</sup>.

La hipótesis estadística, por otra parte, “no es sino un enunciado respecto de un parámetro desconocido”<sup>365</sup>.

Ha sido muy importante distinguir la hipótesis científica de la estadística, ya que ha sido muy factible para algunos autores, probar o contrastar hipótesis estadísticas muy reducidas y sin el menor aspecto científico<sup>366</sup>.

Por ello, se ha señalado que es alarmante el número de investigadores que creen estar desarrollando una actividad científica porque están probando o contrastando alguna hipótesis (estadística)<sup>367</sup>, sin embargo -como el objetivo principal de la ciencia es formular y comprobar empíricamente hipótesis- se cree que estas hipótesis deben ser científicas.

Sin embargo, lo anterior se ha tildado de falso, puesto que no todas las hipótesis científicas necesitan un contraste estadístico y, en ningún caso, las hipótesis estadísticas necesariamente ofrecen interés científico<sup>368</sup>.

Dentro del contraste de las hipótesis estadísticas, se enuncia un principio, que me parece muy importante, pues se ve el carácter subjetivo de muchas de ellas: “nunca puede tenerse la seguridad de que la hipótesis estadística en cuestión es cierta o falsa, ya que siempre corre el riesgo de tomar una decisión incorrecta”<sup>369</sup>.

Finalmente, se estima que la esencia del contraste de hipótesis radica en poder controlar y evaluar tal riesgo<sup>370</sup>.

Con base en lo esgrimido hasta ahora, es por lo que se considera a la probabilidad desde un punto de vista estadístico como “un sistema de definiciones y operaciones propias de un espacio muestral”<sup>371</sup>. Esta idea es básica, ya que cualquier hipótesis de probabilidad siempre se relaciona de algún modo, con el concepto de espacio muestral.

---

<sup>364</sup> *Ibíd.* p. 273.

<sup>365</sup> *Ibíd.*

<sup>366</sup> *Ibíd.*

<sup>367</sup> *Ibíd.* p. 273.

<sup>368</sup> *Ibíd.*

<sup>369</sup> *Ibíd.* p. 274.

<sup>370</sup> *Ibíd.*

<sup>371</sup> GLASS V. Para entender mejor lo anterior, habrá que decir que espacio muestral, se entiende como el conjunto de puntos que pueden representar cualquier cosa, por ejemplo, números o hasta personas. En un espacio muestral pueden existir diversos puntos, cada uno de los cuales es un ejemplo de evento. Mientras que un evento es un hecho observable, como cuando se lanza una moneda al aire y sale cara, o cuando se escoge al azar una persona en el directorio telefónico y se encuentra que ésta observa televisión. Así, cuando se asocia la ocurrencia de un evento con un espacio muestral, se está planteando un enunciado de probabilidad. Un ejemplo de esta afirmación es la siguiente: La probabilidad del evento A, es la razón entre el número de puntos muestrales que representan a y el número total de puntos muestrales, con la condición de que todos los puntos muestrales tengan igual probabilidad de ocurrencia. *Ibíd.* pp. 198, 199.

De hecho, las suposiciones sobre probabilidades no son sino enunciados sobre espacios muestrales y sus características<sup>372</sup>.

También ha sido descrita la probabilidad como el “estudio de fenómenos puramente aleatorios”. Mientras que la estadística se define como “la ciencia o arte de reunir y analizar datos e inferir consecuencias a partir de estos elementos”<sup>373</sup>.

En este mismo sentido, la probabilidad se usa para indicar “*la posibilidad de que ocurra un evento o resultado. La definición clásica de probabilidad y, en cierto modo, las más simple, se usa cuando un experimento puede tener solamente ciertos resultados definidos, cada uno de los cuales es igualmente probable*”<sup>374</sup>.

Sin embargo, no resulta siempre evidente que hay un cierto número de resultados igualmente probables, o cuales son igualmente improbables. Por ello en la práctica se debe razonar a partir de consideraciones intuitivas.<sup>375</sup>

Aunque en algunas ocasiones nuestra intuición nos lleve por caminos equivocados, hay que decir que la mayoría de las veces nos resulta útil. Sin embargo, la mayor desventaja, es que se aplica sólo cuando suponemos que los resultados son igualmente probables. Las ideas y el lenguaje de la probabilidad son útiles en muchas situaciones que no son de este tipo.<sup>376</sup>

Hay que decir que el concepto de probabilidad, nace para muchos autores de un experimento que se repite muchas veces en condiciones idénticas, entonces la probabilidad de un evento, es finalmente el cociente que resulta de dividir el número de veces que acontece el evento, entre el número de intentos<sup>377</sup>.

Otro concepto de probabilidad que es aceptado sobre todo por matemáticos, es que la probabilidad “es una medida de la creencia personal respecto a que acontezca un evento”<sup>378</sup>.

En este sentido se ha señalado que, aparentemente la creencia personal podría estar basada en el conocimiento de resultados igualmente probables y en la información que se tuviera de los resultados obtenidos en muchas experiencias anteriores<sup>379</sup>.

---

<sup>372</sup> *Ibíd.* p. 198.

<sup>373</sup> WILLOUGHBY. *Probabilidad y ... Loc. Cit.*

<sup>374</sup> *Ibíd.* p. 3. Por ejemplo si hay “N” elementos en el conjunto de resultados posibles, la probabilidad para cualquiera de ellos es 1/N. Las cursivas son propias.

<sup>375</sup> *Ibíd.*

<sup>376</sup> *Ibíd.*

<sup>377</sup> *Ibíd.* pp.3, 4. Por ejemplo, para determinar la probabilidad de que una moneda caiga cara cuando se lanza al aire, lanzamos la moneda muchas veces y llevamos un registro del número de veces que sale cara. Si aproximadamente la mitad de los resultados es cara, al final el experimento concluye que la probabilidad de que caiga cara es de ½.

Sin embargo, este experimento tiene sus inconvenientes, pues habrá primero que definir cuantas veces son “muchas” y cuantas de estas “muchas” deben ser cara para afirmar que, aproximadamente la mitad de los intentos resultaron cara.

<sup>378</sup> GLASS V. *Métodos...* *Op. cit.* p. 4.

<sup>379</sup> *Vid.* GLASS V. *Ibíd.* En un juego de azar llamado «volado», donde se lanza una moneda de dos caras, suponemos que la probabilidad de obtener cara es la misma que la de obtener cruz, estos son los resultados igualmente probables y la probabilidad de cada uno es ½.

Aunque este concepto sea desarrollado por matemáticos, considero que no le es útil al Derecho, ya que como lo señaló ESCRIVA GREGORI, las intuiciones, los sentimientos, el plano subjetivo, de poco es útil a la hora de establecer los hechos reales y con ellos poder determinar que es probable y que no<sup>380</sup>.

La probabilidad y la estadística están relacionadas en una forma importante, la probabilidad se emplea como herramienta, que permite evaluar la confiabilidad de las conclusiones acerca de la población cuando tenga sólo información muestral<sup>381</sup>.

Por otro lado, la palabra probabilidad se usa para indicar, la posibilidad de que ocurra un evento o resultado<sup>382</sup>, para nuestro trabajo se utiliza para definir también al peligro, como probabilidad o posibilidad de que algún mal ocurra.

Por ello se señala que la definición clásica de probabilidad, se usa cuando un experimento puede tener solamente ciertos resultados definidos, cada uno de los cuales es igualmente probable, en este sentido, se pone como ejemplo que si hay X elementos en el conjunto de resultados posibles, la probabilidad para cualquiera de ellos es  $1/X$ <sup>383</sup>.

Las aplicaciones que se le dan a la probabilidad son muchas, por ejemplo, algunas compañías de seguros venden pólizas casi contra cualquier contingencia que pudiera ocurrir. Por ejemplo, los más comunes, contra incendio, daños, accidentes y los seguros de vida contra cualquier enfermedad.

Por otro lado, los expertos en estadística usan la probabilidad en dos formas, cuando la población es conocida, se usa la probabilidad para describir la probabilidad de observar un resultado muestral en particular. Cuando la población es desconocida y sólo se dispone de una muestra de esa población, la probabilidad se usa para hacer enunciados acerca de la composición de la población, es decir, hacer inferencias estadísticas<sup>384</sup>.

Si bien hasta ahora se ha visto a la probabilidad como un concepto abstracto, hay que decir por otra parte, que la teoría de la probabilidad puede desarrollarse a partir de un reducido conjunto de axiomas y definiciones, tal como lo hacen los sistemas matemáticos, la geometría y el álgebra, y como éstos, también puede servir de modelo para explicar algunos fenómenos de nuestro mundo.<sup>385</sup>

De ahí partimos para hacernos la pregunta de si la probabilidad formal de un evento calculado teóricamente ¿Corresponde con precisión a su frecuencia relativa de ocurrencia? La respuesta que se ha dado a esta pregunta, ha sido afirmativa, es la clave explicadora de la relación entre la teoría de probabilidad y sus aplicaciones<sup>386</sup>.

Por otro lado, se afirma que la probabilidad se relaciona en parte con nuestra ignorancia y también con nuestros conocimientos. Pues si bien de tres o más

---

<sup>380</sup> Vid. Páginas 64 y 65 de este trabajo.

<sup>381</sup> Vid. MENDNHALL, William; BEAVER, Robert J; BEAVER Bárbara M. *Introducción a la probabilidad y estadística*. Traductor Jorge Humberto Romo Muñoz. Ed. Cengage Learning. Décima tercera edición. México, 2010. p. 128.

<sup>382</sup> Vid. WILLOUGHBY. *Probabilidad ... Op. cit.* p. 3.

<sup>383</sup> *Ibíd.*

<sup>384</sup> Vid. MENDNHALL. *Introducción... Loc. Cit.*

<sup>385</sup> Vid. GLASS V. *Métodos... Op. Cit.* p. 203.

<sup>386</sup> *Ibíd.*

acontecimientos, sólo uno debe suceder, sin embargo, nada evita a creer que sucederá uno de ellos más bien que los otros. En dicho caso de incertidumbre, se hace imposible pronunciarse con seguridad sobre su verificación<sup>387</sup>.

Sin embargo, es probable que uno de esos acontecimientos, tomado arbitrariamente, no suceda, porque vemos muchos casos igualmente posibles que excluyen su existencia, mientras que sólo uno la favorece<sup>388</sup>.

La relación del número de casos favorables del que hablamos anteriormente, con el de todos los casos posibles es la medida de esa probabilidad, que no es así más que una fracción cuyo numerador es el número de los casos favorables y cuyo denominador es el número de todos los casos posibles<sup>389</sup>.

Con la anterior noción de probabilidad supone que, “haciendo crecer en la misma proporción del número de casos favorables y el de todos los casos posibles, la probabilidad permanece constante”<sup>390</sup>.

Cuando todos los casos son favorables a un acontecimiento, su probabilidad se convierte en certeza y su expresión se hace igual a la unidad. Desde este punto de vista, la certeza y la probabilidad son comparables, aunque haya una diferencia esencial entre los dos estados del espíritu, cuando una verdad les es rigurosamente demostrada y cuando distingue todavía una pequeña fuente de error<sup>391</sup>.

A pesar de la definición otorgada de probabilidad –mencionada supra líneas-, sujeta a casos favorables y cuyo denominador es el número de casos posibles, ANTOLISEI rechaza la probabilidad como relación entre número de casos favorables y casos posibles -ya que si se tomara esa concepción, probable sería un suceso si los casos favorables son más de la mitad de los posibles-, toda vez que afirma, “que en los hechos que le interesan al Derecho el grado de probabilidad no es casi nunca susceptible de estimación numérica”<sup>392</sup>.

En las cosas que no son sino verosímiles, la diferencia entre los datos que cada hombre tiene acerca de ellas es una de las causas principales de la diversidad de opiniones que se ven reinar respecto de los mismos objetos<sup>393</sup>.

La diferencia de opiniones depende también de la manera cómo se determina la influencia de los datos conocidos. La teoría de las probabilidades se vincula a situaciones

---

<sup>387</sup> Vid. LAPLACE, Pierre Simón. *Ensayo Filosófico sobre las probabilidades*. Ed. Espasa-Calpe Argentina S.A. Buenos Aires-México, 1947. p. 16.

<sup>388</sup> *Ibíd.*

<sup>389</sup> *Ibíd.*

<sup>390</sup> *Ibíd.*

<sup>391</sup> *Ibíd.* p. 17

<sup>392</sup> ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Op. cit.* p. 25.

<sup>393</sup> Vid. LAPLACE. *Ensayo... Op. cit.* pp. 17, 18. Así es como un mismo hecho, narrado ante una asamblea numerosa, obtiene distintos grados de aceptación según la extensión de los conocimientos de los presentes. Si el hombre que lo cuenta está íntimamente persuadido de él, y si por su condición y carácter inspira gran confianza, su relato, por extraordinario que sea, tendrá para las personas carentes de conocimiento, el mismo grado de verisimilitud que un hecho común contado por el mismo hombre, y le creerán ciegamente. Sin embargo, si alguno de ellos sabe que el mismo hecho es rechazado por otros hombres igualmente respetables, estará en duda, y el hecho será juzgado de falso por las personas más ilustradas que lo encontrarán contrario, sea a hechos bien comprobados, sea a las leyes naturales inmutables.

tan delicadas, que no sería raro, que con los mismos datos, dos personas encuentren resultados diferentes, especialmente en cuestiones muy complicadas, de ahí de la importancia del principio enunciado en párrafos anteriores<sup>394</sup>.

Pese a que como hemos mencionado el concepto de probabilidad ha sido mayormente desarrollado por estadistas y matemáticos, existen autores del Derecho que también han dado su definición y han desarrollado ampliamente este concepto.

Así, para ESCRIVA GREGORI se puede entender la probabilidad en un sentido no numérico y gradual, por el contrario, lo podemos ver como el grado mayor o menor de producción de un acontecimiento y al ser referido al peligro tendría que ser dañoso o lesivo<sup>395</sup>.

En este sentido, la probabilidad no tendría que decirnos si existe o no el peligro de que un acontecimiento dañoso suceda, lo que si nos aportaría es a conocer el «grado»

---

<sup>394</sup> Varios autores establecen una serie de principios generales de la teoría de las probabilidades, los cuales enunciaremos de manera muy esquemática. El primer principio es la misma definición de la probabilidad, que es la razón entre el número de casos favorables y el de todos los casos posibles. Pero eso supone igualmente posibles los diversos casos. Si no lo son, se determinarán primero sus posibilidades. Por ello, el segundo principio será establecer que “la probabilidad será la suma de las posibilidades de cada caso favorable.” Tercer principio, uno de los puntos más importantes de esta teoría, es la manera de cómo las probabilidades aumentan o disminuyen por sus combinaciones mutuas. Si los acontecimientos son independientes entre sí, la probabilidad de la existencia de su conjunto es el producto de sus probabilidades particulares. Generalmente la probabilidad de que, un acontecimiento simple se repita un número de veces en las mismas condiciones, es igual a la probabilidad de este acontecimiento simple, elevada a la potencia indicada por ese número. Por otro lado, hay que decir que, en ciencias puramente matemáticas, las consecuencias más alejadas participan de la certeza del principio del cual derivan. Mientras que, en las ciencias morales, donde cada consecuencia no es deducida sino verosímelmente de lo que proceda, por más probables que sean estas deducciones, la posibilidad del error crece con su número y termina por superar a la probabilidad de la verdad en las consecuencias muy alejadas del principio. El cuarto principio, nos dice que cuando dos acontecimientos dependen uno de otro, la probabilidad del acontecimiento compuesto, es el producto de la probabilidad del primer acontecimiento por la probabilidad de que, si sucede este acontecimiento, sucederá el otro. Quinto principio, si se calculan *a priori* la probabilidad del hecho producido y la probabilidad de un acontecimiento compuesto de éste y de otro que se espera, la segunda probabilidad, dividida por la primera, será la probabilidad del acontecimiento esperado, deducida del acontecimiento observado. En el sexto principio nos señalan, que cada una de las causas a las que puede atribuirse un acontecimiento observado, está indicada con tanta más verisimilitud cuanto más probable es que ocurra el acontecimiento si se supone existe dicha causa. Si estas causas consideradas *a priori*, son desigualmente probables, en lugar de la probabilidad del acontecimiento resultante de cada causa, es necesario emplear el producto de esta probabilidad por la de la causa misma. Este principio es fundamental para la rama que ve el análisis del azar, que consiste en remontarse de los acontecimientos a las causas. En el séptimo principio, la probabilidad de un acontecimiento futuro es la suma de los productos de la probabilidad de cada causa, deducida del acontecimiento observado, por la probabilidad de que, existiendo dicha causa, ocurra el acontecimiento futuro. Octavo principio, cuando la ventaja depende de muchos acontecimientos, se la obtiene tomando la suma de los productos de la probabilidad de cada acontecimiento, por el beneficio ligado a su verificación. En el noveno principio, se explica que, en una serie de acontecimientos posibles, de los cuales unos producen beneficios y otras pérdidas, se tendrá la ventaja resultante sumando los productos de la probabilidad de cada acontecimiento favorable por el beneficio que proporciona, y restando de esta suma la de los productos de la probabilidad de cada acontecimiento desfavorable por la pérdida vinculada a él. Si la segunda suma supera a la primera, el beneficio se vuelve pérdida y la esperanza se convierte en temor. Finalmente, el décimo principio establece que, “el valor relativo de una suma infinitamente pequeña es igual a su valor absoluto dividido por el bien total de la persona interesada. Esto supone que todo hombre tiene algún bien cuyo valor jamás puede suponerse nulo. En efecto, aun aquél que nada posee asigna siempre al producto de su trabajo y a sus esperanzas, un valor por lo menos igual al que le es rigurosamente necesario para vivir.” *Ibid.* pp. 22-33.

<sup>395</sup> *Vid.* ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro...* *Op. cit.* p. 26.

de probabilidad en relación a dos posibilidades: por un lado la producción y por el otro, la no producción de un resultado dañoso<sup>396</sup>.

Si aceptamos la anterior definición que nos habla de grados (mayores o menores) de probabilidad de que se produzca un hecho dañoso o lesivo, debemos decir que estaríamos aceptando que, en los dos extremos, en el que sea segura la «producción» del hecho o en el contrapuesto, de que sea segura la «no producción» del hecho dañoso; encontraríamos una escala, que nos llevaría a la producción o no producción de un acontecimiento.

Conforme a lo anterior, aceptaríamos que en la probabilidad de «producción» como en la probabilidad de «no producción» -como dos extremos o dos polos-, caben diversos grados.

En la propia definición gnoseológica, nos hablan igualmente de varios grados en la probabilidad, según sea mayor o menor el acercamiento a la certidumbre.

Así que, si aceptamos esta teoría, nos llevaría también a aceptar que respecto a la producción de un acontecimiento caben distintos grados de probabilidad, lo que nos provocaría a afirmar que también caben distintos grados de peligro. Aceptar lo anterior, nos acarrearía negar el concepto unitario de peligro<sup>397</sup>, -tal como lo han propugnado diversos tratadistas, entre ellos CORCOY BIDASOLO (tema sobre el que hablaremos en el tema siguiente)-.

En ese sentido se hablaría de que, en dos situaciones, una puede ser más peligrosa que la otra y no por ello dejar de serlo ambas; incluso en el lenguaje cotidiano se habla de que un vehículo de transporte es más peligroso que otro, o que una conducta desplegada es más peligrosa que la otra.

Estas afirmaciones, que vertimos a manera de conclusión en este tema, la vislumbramos en otros apartados páginas anteriores, donde hablamos de la tentativa e imputación objetiva.

En las teorías que abordan el comienzo de la tentativa, describimos la teoría objetiva del peligro, la cual propugna que la acción será ejecutiva, cuando alcance cierto grado de peligro, estimando entonces que el peligro se puede graduar<sup>398</sup>.

En la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, se abordó lo relativo a la ausencia o disminución del riesgo, lo que nos permitió señalar que una conducta desplegada por el sujeto puede crear, disminuir o incrementar un riesgo.

Manifestamos que se puede tener distintos niveles o rangos de peligro, toda vez que se puede crear, disminuir o incrementar un riesgo -o peligro en este caso-, dependiendo de la conducta desplegada por el sujeto y también de la valoración que sobre la misma se realice. Sobre este tema volveremos más adelante.

---

<sup>396</sup> *Ibíd.*

<sup>397</sup> *Ibíd.* p. 27.

<sup>398</sup> *Vid.* Supra tema a.4 y la referencia a una sentencia del Tribunal Supremo Alemán, la cual señala que en las acciones ejecutivas el peligro debe ser directo, serio o de una alta medida de peligro.

### 3.1.2 Posibilidad.

Tal como lo menciona MEZGER<sup>399</sup>, si peligro es la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial, por consiguiente, el concepto procede de los criterios lógicos de la «posibilidad».

Por ello, considero importante delimitar el término de posibilidad, ya que de ahí parten muchos conceptos de peligro, tema central de este capítulo.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española<sup>400</sup>, se define posibilidad como:

- Aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo.
- Aptitud o facultad para hacer o no hacer algo.
- Medios disponibles, hacienda propia.

Posibilidad, para algunos autores es sinónimo de «potencialidad», “de disposición de una situación en factores que necesitan solamente el agregado de ciertas condiciones parciales para realizar lo posible”<sup>401</sup>.

En ese sentido, el peligro se definiría como “la existencia de circunstancias que precisarían o habrían precisado sólo el agregado de otras condiciones parciales frecuentes para producir la lesión”<sup>402</sup>.

La vida es un sinfín de posibilidades y probabilidades, como lo menciona MEZGER.<sup>403</sup>

Por ello, cuando se juzga la existencia de un peligro, se hace tomando en cuenta los conocimientos de la experiencia general, así como el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, con referencia a la afectación de un bien jurídico<sup>404</sup>.

De los conceptos anteriores, podemos decir que a diferencia de la probabilidad que nos permite determinar el grado de probabilidad de producción de un resultado dañoso, la posibilidad se concibe más como «aptitud» o facultad, en este caso de lograr que una conducta desplegada por el sujeto, pueda causar un mal futuro, es decir, pueda poner en peligro un bien jurídico.

Hasta ahora hemos utilizado el concepto de peligro, como un concepto multifuncional y en ocasiones ajurídico, incluso hemos abordado las acepciones que tiene, pero como se mencionó desde el inicio de este trabajo, hay autores que propugnan por un concepto propio para el Derecho penal, de significación unívoca y que no se tengan

---

<sup>399</sup> Vid. MEZGER. *Derecho penal...* Op. cit. p. 127.

<sup>400</sup> Diccionario de la lengua española. *Loc. Cit.*

<sup>401</sup> MEZGER. *Derecho penal...* *Loc. Cit.*

<sup>402</sup> *Ibíd.*

<sup>403</sup> *Ibíd.* Quien señala: la vida cuenta y debe contar, a cada momento, con tales “posibilidades” y “probabilidades”.

<sup>404</sup> *Ibíd.*

distintas nociones de peligro, sino que se hable de un concepto normativo de peligro. Y en el mismo sentido, también existen voces de doctrinistas, que propugnan por un concepto diferenciador de peligro, rechazando el concepto unitario, ambas posturas las desarrollaremos enseguida.

### 3.2 CONCEPTO NORMATIVO DE PELIGRO.

La doctrina alemana dominante, negó en su momento hablar del peligro en un sentido puramente objetivo; por el contrario, consideran al peligro como algo valorativo. En este sentido se afirma que el concepto de peligro relevante para el Derecho penal, es un peligro cuya determinación exacta requiere una valoración, sin embargo, para que pueda llevarse a afecto esa valoración previamente debe existir el peligro, no queriendo con ello decir, que toda situación de peligro previo al juicio tendrá relevancia para el Derecho penal, sino que deben limitarse los supuestos en los cuales el peligro tendrá relevancia penal<sup>405</sup>.

A la luz de las anteriores argumentaciones, puede señalarse que el concepto de peligro no describe, sino que valora una determinada situación de hecho; dicha valoración de un escenario como peligroso, se realiza sobre un estado de cosas de acuerdo a ciertas reglas que se derivan de procesos inductivos a partir de la experiencia<sup>406</sup>.

Por otro lado, los conceptos normativos se establecen mediante juicios, que como se ha dicho son de valor. Estos juicios pueden realizarse desde el inicio por el legislador (conceptos normativos valorados) o bien, quedar pendiente su valoración para los aplicadores del Derecho (conceptos normativos pendientes de valoración)<sup>407</sup>.

Así, en los Códigos Penales suelen encontrarse tipos que contienen conceptos normativos con ambas posibilidades; por ejemplo, dentro de los primeros podemos encontrar los delitos de peligro abstracto, en los cuales el legislador estableció en el tipo una situación que se entiende o que se presume peligrosa, contra toda prueba en contrario de que, en la situación concreta, no lo fuere (esta es una de las críticas que se les hacen a estos delitos, que abordaremos en el capítulo II).

En estos supuestos, el concepto de peligro no actúa como un elemento del tipo, sino como referente de la antijuridicidad de la conducta.

En otro ejemplo encontramos los delitos de peligro concreto, que se ubican dentro de los segundos conceptos normativos, en estos delitos el peligro conforma un elemento del tipo, que remite a una valoración, que como se señaló anteriormente, les corresponderá a los aplicadores del Derecho.

En estos últimos delitos de peligro concreto, se estima que se despliega toda la eficacia del concepto normativo de peligro, en tanto que constituyen tipos penales donde no bastará la mera constatación de las conductas descritas, sino que deberá también realizarse una valoración o verificación de la presencia del peligro como elemento intratípico<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* Op. cit. p. 36

<sup>406</sup> *Ibid.*

<sup>407</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de...* Op. cit. p. 280.

<sup>408</sup> *Ibid.* pp. 280, 281.

En las «teorías normativas del resultado de peligro», se pone especial énfasis en determinar si las capacidades del autor, del amenazado u otras circunstancias extraordinarias deben de ser tomadas en consideración o no, para excluir la responsabilidad por el delito de peligro concreto. Sin embargo, estas teorías sólo delimitan el peligro, desde una perspectiva *ex post*, atendiendo a la evitabilidad o no de la lesión, por lo que sólo sirven respecto de los delitos de peligro concreto y por tanto no son de utilidad para la determinación de la existencia de los delitos de peligro abstracto<sup>409</sup>.

También se resalta como el peligro es un concepto normativo “en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien jurídico pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca”<sup>410</sup>.

El juicio de peligro será en este sentido, un juicio *ex ante* que se emitirá por el juzgador en el momento en que se realizó la acción. Para con ello determinar si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso como se señaló, “que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que se haya enjuiciado (*conocimiento ontológico*) y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico (*conocimiento nomológico*)”<sup>411</sup>.

De la misma opinión CEREZO MIR, señala que efectivamente el peligro es un concepto normativo, en la medida en que “se tiene en cuenta en el juicio de peligro, las circunstancias del caso concreto *cognoscibles* por una persona inteligente (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales”<sup>412</sup>.

De igual manera, señala el autor que “no es posible fijar estos niveles de conocimiento sin un juicio de valor acerca de lo que se puede exigir a los que realicen una determinada actividad en la vida social. Pero además la determinación del grado de posibilidad, desde un punto de vista *ex ante*, de la producción del resultado delictivo, necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, o de la producción de un resultado de peligro, solo puede realizarse mediante un juicio de valor en estrecha relación con la concepción de lo injusto que inspire el Código y consideraciones político criminales”<sup>413</sup>.

Como se puede constatar no sólo se trata de un juicio de probabilidad, sino de un juicio valorativo, que como se mencionó realizará el juzgador, sin embargo, no resulta claro si éste deberá realizar ambos juicios tanto en los delitos de peligro concreto, como en los de peligro abstracto, o bien, sólo en los primeros.

---

<sup>409</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de...* Op. cit. pp. 39, 40.

<sup>410</sup> MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN. *Derecho penal...* Op. cit. p. 302.

<sup>411</sup> *Ibíd.*

<sup>412</sup> CEREZO MIR, JOSÉ. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”. En *Revista de Derecho penal y criminología*. Año 2002.

<sup>413</sup> *Ibíd.*

En otro sentido MIR PUIG<sup>414</sup> establece que aparte de sancionarse conductas que *ex ante*, al realizarse, aparezcan como peligrosas para bienes jurídicos, también debe tenerse en cuenta cuestiones más técnicas como la estadística, ya que un estudio estadístico también nos permitirá establecer qué conductas son peligrosas<sup>415</sup>.

Asimismo, cabe señalar que aunque se ha visto que para muchos autores el concepto de peligro no es un concepto independiente y por tanto debe ir ligado o referido siempre al bien jurídico, para que éste tenga relevancia penal, y que por otro lado debe ser sujeto a valoración, es decir, se trata de un concepto normativo, también cabe manifestar que hay autores que consideran que la idea de peligro no es un concepto puramente normativo, pero que sin embargo, es un concepto que no puede separarse del concepto de valor<sup>416</sup>.

### 3.2.1 Concepto normativo de peligro: perspectiva *ex ante*.

#### a) Infracción del cuidado como peligro.

Para las teorías normativas del peligro, la relevancia penal de la conducta del sujeto depende de la infracción del cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes. De acuerdo a esta postura el tipo objetivo del delito supone la creación de un riesgo grave para un bien jurídico-penal. Por tanto, la constatación de la existencia de un peligro idóneo, *ex ante*, para un bien jurídico será el presupuesto común a todos los delitos, ya sean de peligro o de lesión<sup>417</sup>.

Ahora bien, desde esta postura buscan establecer lo que se entiende por idoneidad *ex ante* para lesionar el bien jurídico. Previo a ello deben hacerse algunas puntualizaciones, pues desde una perspectiva teleológica del Derecho penal, en que se le atribuye una finalidad prioritaria de protección de bienes jurídicos, se puede señalar en relación con el concepto de peligro, que debe existir una situación de peligro objetivo para bienes jurídico-penales, como fundamento de la incriminación y punición de cualquier modalidad delictiva.

Sin embargo, el problema que existe es determinar cuándo puede afirmarse que se produce, desde una perspectiva penal, una situación de peligro para un bien jurídico. Esta situación es por demás difícil de resolver y ante la cual existen múltiples interrogantes, de hecho se ha señalado que guarda un paralelismo absoluto con el relativo al fundamento del castigo de la tentativa inidónea y con la distinción entre la tentativa idónea, inidónea e irreal<sup>418</sup>.

Se ha señalado que la idoneidad para poner en peligro efectivo el bien jurídico-penal supraindividual protegido en un determinado delito de peligro, en muchas ocasiones, tiene una relación mediata o indirecta con una situación de peligro objetivo aparente *ex ante*, para bienes jurídicos individuales.

---

<sup>414</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal. Op. cit.* pp. 356, 357.

<sup>415</sup> Con base en la probabilidad, tema que abordamos en páginas precedentes.

<sup>416</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Control Social y Sistema Penal*. Primera edición. Editorial PPU S.A. Barcelona, 1987. p. 323.

<sup>417</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de...* *Op. cit.* pp. 40,41.

<sup>418</sup> *Ibid.* pp. 42,43.

Por lo tanto, se debe tener en cuenta a la hora de determinar el grado de peligro, su relación con bienes jurídico-penales individuales, y a partir de ahí se determinará la protección que se hará a los bienes jurídico-penales supraindividuales protegidos en ese delito<sup>419</sup>. Sin embargo, la cuestión referida a cuándo se considera idónea una conducta para poner en peligro un bien jurídico, no queda clara, ya que determinar en principio qué es idóneo es por demás difícil.

En otro tema, debemos decir que, algunos autores como CORCOY BIDASOLO se pronuncian sobre la autonomía o no de los delitos de peligro. Alejada de las concepciones que sólo ven en los delitos de peligro un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, se decanta por la autonomía de los bienes jurídicos-penales protegidos en los delitos de peligro y en consecuencia a la existencia de bienes jurídicos-penales propios de esos delitos.

b) Concepto normativo de peligro como único concepto válido para el Derecho Penal.

La teoría normativa del peligro, asimismo, trata de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente *ex ante*, relevante desde una perspectiva penal, pues aún y cuando se conozcan todas las leyes de la probabilidad existen factores o elementos que escapan al ámbito de la persona, y de los que depende que se produzca o no un resultado lesivo.

De acuerdo a esta teoría, sostienen que el peligro como concepto normativo válido para el Derecho penal, será la «probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal». El grado de probabilidad exigible será lo que determine en un primer momento, la idoneidad, de ese peligro para lesionar el bien jurídico. Por otro lado, se señala que determinar el grado de probabilidad en abstracto resultaría imposible, pues el peligro no tiene una existencia independiente de una conducta situada en un momento concreto y surge por la concurrencia de diversos factores<sup>420</sup>.

En un segundo momento, la teoría normativa, concreta el grado de probabilidad relevante en el caso concreto, según dos aspectos: la clase de bien jurídico-penal afectado y el ámbito de actividad en el que se desarrolla la situación de peligro, puesto que el riesgo permitido se determina atendiendo a ambos factores<sup>421</sup>.

El límite lógico que se ha establecido para la concepción normativa del peligro, radica en que el legislador no puede ir en contra de las leyes estadísticas, es decir, no se pueden calificar como peligrosas conductas que estadísticamente no resultan idóneas para lesionar un bien jurídico. Sin embargo, para que pueda hablarse de una probabilidad de lesión relevante para el Derecho penal, se dependerá del grado de riesgo permitido que exista en el caso concreto, lo que dependerá a su vez, del bien jurídico-penal protegido y de una ponderación de intereses sobre la utilidad social de la actividad desarrollada<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> *Ibid.* pp. 44, 45.

<sup>420</sup> *Ibid.* p. 45.

<sup>421</sup> *Ibid.* pp. 46, 47.

<sup>422</sup> *Ibid.* p. 50.

En este punto nos detendremos un poco, para resaltar que para determinar cuándo estamos ante una probabilidad de lesión que sea relevante para el Derecho penal, es necesario tener en cuanto cuál es el grado de riesgo permitido que exista en el caso concreto, es decir, dependerá de que grado se haya elevado o aumentado el riesgo permitido, para saber si con esa conducta es probable lesionar o poner en peligro un bien jurídico.

Volviendo a poner de relevancia, que el peligro y el riesgo, son conceptos que son susceptibles de graduación, tal como lo hemos mencionado en otros apartados<sup>423</sup>.

### 3.2.2 Bases para la determinación del juicio de peligro.

Para FARRÉ TREPAT, la determinación de la peligrosidad objetiva de una acción, cuya existencia se desprende de la observación de la vida social y que es recogida en una norma penal por el legislador, “sólo puede establecerse a través de un juicio de probabilidad de la producción del resultado”<sup>424</sup>.

Constituyendo así el peligro un juicio sobre algo futuro. Así, el peligro se concibe como **la posibilidad de producción** de la lesión del bien jurídico protegido, por ello también deberán determinarse los factores que influyen en ese juicio<sup>425</sup>.

### 3.2.3 Invalidez de un concepto unitario de peligro.

Si bien hemos expuesto la propuesta de tener un único concepto de peligro, en base a un concepto normativo, también debemos exponer lo manifestado por otros autores, quienes están en desacuerdo en manejar un solo concepto para todos los delitos de peligro, enseguida las razones.

- a) En el Derecho penal, los delitos de peligro están en referencia con realidades distintas, ya que se puede encontrar referido a una conducta (artículo 148.1, si en la agresión se hubieran utilizado... métodos o formas concretamente peligrosas), o referido a la existencia de un elemento independiente de ésta (artículo 195.1, el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro...), o bien, supondrá la cualificación por el resultado de una conducta ya punible<sup>426</sup>.
- b) Por otro lado, a veces la existencia o no de un peligro influirá no solo en que la conducta sea típica o atípica (artículo 351, los que provoquen un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas...), sino también en la incriminación en uno u otro tipo penal (artículo 351, cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigaran como daños...)<sup>427</sup>.

---

<sup>423</sup> Vid. *Supra*. Temas Imputación objetiva y probabilidad.

<sup>424</sup> FARRÉ TREPAT. *La tentativa...* Op. cit. p.390.

<sup>425</sup> *Ibíd.*

<sup>426</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta ...* Op. cit. p. 30. Los artículos citados como ejemplos son del Código Penal Español y la cita es propia.

<sup>427</sup> *Ibíd.* Los artículos citados como ejemplos son propios.

- c) En algunos tipos penales de los Códigos, solamente expresan el peligro sin mayor cualificación, pero encontramos otros donde viene acompañado de calificaciones, que se deben tomar en consideración a la hora de su interpretación y a la hora de ser juzgados (artículo 195.1, el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro y grave, 342, creando una situación de grave peligro..., 348,...poniendo en concreto peligro, 380.1 ...y pusiere en concreto peligro...) <sup>428</sup>.
- d) Por otra parte, el Código penal también contempla tipos donde no hace referencia explícita al peligro, pero emplea expresiones que nos permiten incluir esos tipos, dentro de los delitos de peligro, por reunir características propias de esos delitos, por castigar conductas idóneas para producir resultados lesivos (artículo 325.2, ...pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...) <sup>429</sup>.
- e) Por último, tendremos aquellos tipos donde el Código penal no refiere explícitamente del peligro, ni tampoco nos habla de una aptitud para poner en peligro, como los dos incisos que anteceden, aquí encontraremos aquellos tipos donde solo se castigan ciertas conductas en base al riesgo que comportan, conteniendo el tipo una mera descripción del obrar prohibido (artículo 379.1, el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor a velocidad superior a sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitirá reglamentariamente...) <sup>430</sup>.

Si bien ESCRIVA GREGORI no hace una descripción de los delitos a los que se está refiriendo en cada uno de los incisos descritos, debemos entender que en el inciso c), está hablando de los delitos de peligro concreto, en el inciso d) se refiere a los delitos de peligro hipotético, o por él llamados delitos de aptitud para la producción de un daño y finalmente, en el inciso e) encontramos la descripción de los delitos de peligro abstracto.

Lo que nos muestra entonces, es que al tener cada uno de los delitos de peligro características distintas, no acepta este autor, que en los delitos de peligro ya en específico, se tenga un único concepto de peligro, ya que cada tipo de delito de peligro, para él es distinto, aun y cuando tengan características comunes para todos.

### *OPINIÓN.*

Encontramos en este capítulo diversos conceptos de peligro, desde los que nos encausaron a la probabilidad o posibilidad, de causar un mal futuro -como conceptos ajurídicos-; y los conceptos propios del Derecho que enfocan el peligro a la amenaza de lesión de un bien jurídico.

En ambas concepciones, encontramos a la posibilidad como un referente, posibilidad de que acontezca un mal o posibilidad de lesionar un bien jurídico.

Por otra parte, para que tenga relevancia para el Derecho penal, el concepto de peligro, debe estar referido al bien jurídico. De igual manera el peligro para que tenga relevancia para la norma, debe constituir un estado a evitar, es decir, en la norma el

<sup>428</sup> *Ibíd.* Los artículos citados como ejemplos son propios.

<sup>429</sup> *Ibíd.* Los artículos citados como ejemplos son propios.

<sup>430</sup> *Ibíd.*

legislador debió haber establecido que dicha conducta debe estar prohibida, ya que su realización implicaría la puesta en peligro de un bien jurídico -después de constatar la efectiva puesta en peligro-.

Así mismo, como fue señalado, el concepto peligro, utilizado por el Derecho, no puede devenir de un concepto meramente objetivo o mecanicista, es por ello, que una vez que se cometa una conducta considerada como peligrosa, deberá ser sujeta a valoración, la cual consistiría en una constatación de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

La valoración es precisamente lo que distinguirá el concepto normativo de peligro de otras concepciones, ya que en los delitos de peligro se realizan juicios de valor desde el inicio por el legislador<sup>431</sup> (delitos de peligro abstracto) o bien, pueden quedar pendientes (delitos de peligro concreto), hasta que un juzgador sea quien realice dicho juicio.

Pero en ambos casos, no debemos perder de vista, que es necesario un estudio estadístico, para establecer las conductas que probablemente puedan causar un mal o poner en peligro un bien jurídico.

De los temas aquí tratados, hemos ido encontrando un hilo conductor entre cada uno de ellos, similitudes y diferencias, pero todo unidos por un concepto, el peligro.

Por ejemplo, desde que abordamos el riesgo permitido, señalamos que debe estar establecido en una norma –como límites-, la cual debe de ser respetada por las personas, bajo un deber de cuidado. Cuando ese riesgo permitido es superado, porque se dejó de observar las normas de cuidado, traerá como consecuencia la creación de un riesgo, que será desaprobado jurídicamente, constituyendo así una conducta peligrosa. Esa creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, para imputarse objetivamente, debe representarse en el resultado.

Para finalizar, debo señalar que lo que se buscaba en este primer capítulo, era destacar la importancia del concepto de peligro y de lo necesario que resultaba tener clara su naturaleza y concepción, porque es fundamental a la hora de hablar de delitos de peligro –tema siguiente-.

---

<sup>431</sup> Respecto a la labor del legislador a la hora de establecer que delitos constituyan delitos de peligro, considero que debería tener ciertas limitaciones, seguir ante todo los principios del Derecho penal, lo anterior para evitar que cualquier conducta pueda ser calificada como de peligro. Sin embargo, en la realidad vemos que algunos legisladores, no atienden a limitaciones ni a los principios del Derecho penal, sino al simular dar respuesta a reclamos sociales como el de la seguridad.

## **CAPÍTULO II**

### **DELITOS DE PELIGRO.**

#### **3. EL RESULTADO DE PELIGRO.**

En la doctrina ha sido tema de discusión el relativo a si existe o debería existir, uno o varios conceptos de resultado, ya que suele usarse en diversas situaciones, uno de ellos es el relativo a los delitos de resultado en contraposición con los delitos de mera actividad<sup>432</sup>. A continuación, veremos con mayor detenimiento el tema debatido, así como las diversas vertientes del concepto de resultado.

##### **1.1 GENERALIDADES DE SU CONCEPCIÓN.**

Como lo mencionamos, el concepto de resultado tiene distintas concepciones en el Derecho penal.

A) El primer sentido del resultado, es el más amplio y utilizado por la doctrina para denominar a la acción exterior que produce un resultado típico, se refiere al resultado posterior producido por la conducta del autor<sup>433</sup>.

De igual manera, se entiende el resultado –en este sentido- como consecuencia o efecto de algo, que va más allá de aquello que lo ocasiona<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> Sobre la distinción entre delitos de mera actividad y resultado, baste decir que esa clasificación obedece a las consecuencias que el comportamiento típico, produce en el mundo. En los delitos de mera actividad, no es necesario el resultado material, es decir, se agotan con la simple realización de la acción, sin necesidad de modificar en algún sentido el mundo exterior. En esa clase de delitos, la realización coincide con el último acto de la acción, por lo que no existe un resultado separable de la acción. En los delitos de mera actividad, la comprobación de que el autor ha realizado la parte objetiva del tipo, se lleva a cabo solamente con la verificación de que ha realizado la acción típica. Toda vez que la simple realización de la acción típica, pone en peligro o lesiona el bien jurídico. Así que no será necesario comprobar ningún resultado típico (material) ni de lesión ni de peligro. La distinción entre los delitos de resultado y los de mera actividad, resulta útil en la teoría de la relación causal, que es importante para la imputación objetiva, en la que tiene un papel preponderante los delitos de resultado. *Vid. ROXIN. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Op. cit. p. 328. PÉREZ ALONSO. Fundamentos de Derecho Penal. Op. cit. p. 257.*

<sup>433</sup> *Vid. MEZGER. Derecho penal. Op. cit. pp. 104-105.*

<sup>434</sup> *Vid. VARGAS PINTO. Delitos de peligro abstracto y resultado. Op. cit. p. 160.*

Este criterio nos permite determinar que todo delito tiene un resultado – como elemento del injusto penal-, pues el mínimo exigible para que el Derecho penal intervenga, es precisamente que exista una manifestación externa de la acción típica<sup>435</sup>.

Este mínimo exigible o limitante para el Derecho penal, se traduce en el principio del hecho, es decir, partimos de la premisa de que todo delito tiene un resultado, por lo que el Derecho penal solo podrá intervenir a partir del momento en que se exterioriza la acción típica<sup>436</sup> –base para la punición de la tentativa-.

Por otro lado, se ha manifestado que este sentido del resultado, ha ido quedando en desuso, toda vez que se tiene un mayor conocimiento y aceptación del principio del hecho, por lo que no es necesaria la reiteración de que se necesita una exteriorización de la conducta típica, para que pueda intervenir el Derecho penal, así mismo porque se considera que es un concepto difícil de delimitar, para garantizar la vigencia del principio del hecho<sup>437</sup>.

Sin embargo considero que es un término útil a la hora de hablar de tentativa, ya que para punir la tentativa, es necesario contar con la exteriorización de la conducta delictiva, y encontrarse en la fase ejecutiva del *iter criminis*, es decir, dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores<sup>438</sup>.

B) El segundo sentido del término resultado, es aquel que se identifica con un efecto separable de la acción y que surge de ella. El resultado ya no es parte integrante de la acción. Cabe hacer entonces la distinción entre la acción como manifestación de voluntad y el resultado como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad<sup>439</sup>.

Esta distinción resulta importante cuando existen casos en donde el resultado no se produce, por ejemplo, en los supuestos en donde la acción se presenta, pero sólo se sancionará a título de tentativa. Otro ejemplo, es en los casos de los delitos de peligro concreto<sup>440</sup>, donde el tipo penal –de este tipo de delitos- exige que se ponga en peligro concreto al bien jurídico.

Es de destacarse que es más restringido que la concepción anterior, en la medida que el resultado aquí consiste, en un suceso que va más allá de la realización de la conducta. Esta definición es la que suele utilizarse en la distinción entre los delitos de resultado y los de mera actividad.

---

<sup>435</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1992. p. 17.

<sup>436</sup> *Ibid.* p. 19.

<sup>437</sup> *Ibid.* Sin embargo, más adelante reconoce la misma autora, que es un concepto del que difícilmente se puede prescindir.

<sup>438</sup> Vid. Artículo 16.1 CP y el tema 2.1. del primer capítulo de este trabajo. Artículo 16.1 del CP establece “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

<sup>439</sup> Vid. MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN. *Derecho penal... Op. cit.* p. 239.

<sup>440</sup> Vid. *Infra*. Tema que aún no se ha abordado, pero que en el tema 2.1.2 hablaremos a detalle de este.

En ese sentido, los delitos de resultado serán aquellos cuya estructura típica exige la producción de un efecto sobre el objeto del bien jurídico, separado en el espacio y en el tiempo de la acción<sup>441</sup>.

El resultado está separado de la acción, espacio-temporalmente, pero deben estar unidos por un nexo objetivo, para poder atribuir ese resultado al autor de la acción.

Aceptar esta concepción, tiene diversas implicaciones en temas como el de imprudencia, omisión, determinación del lugar del delito y cómputo de la prescripción<sup>442</sup>, sin embargo, para este trabajo, sólo nos es relevante el relativo a los delitos de peligro (concreto y abstracto –temas que veremos más adelante-).

Es trascendente en mi opinión, esta concepción del resultado, en los delitos de peligro, ya que, para los delitos de peligro concreto, el tipo penal exige la real y efectiva producción de un peligro para el bien jurídico. Mientras que, en los delitos de peligro abstracto, el tipo penal no exige tal producción ni la comprobación del peligro para el bien jurídico. Esta distinción permitió señalar<sup>443</sup> que sólo serán delitos de resultado, los delitos de peligro concreto, según esta concepción.

C) Por otro lado, en un tercer sentido, se habla de resultado para hacer referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido –resultado de lesión o resultado de peligro, respectivamente-.

Este sentido es el que sirve de base a la idea del desvalor de resultado como elemento fundamentador o cofundamentador de lo injusto<sup>444</sup>.

Para esta concepción, cuando se habla del desvalor de resultado, se hace con referencia a la lesión o peligro para el bien jurídico que se deriva del hecho típico, ya sea que la afectación se concrete en la mera realización de la acción o en ésta y su efecto externo. Con base en lo anterior, se afirma que todo delito tiene un desvalor de resultado, incluso aquellos que se agotan en la ejecución de la conducta típica, es decir, los delitos de simple actividad<sup>445</sup>.

Con este sentido del resultado, se le concede un contenido de desvalor propio al resultado, que, aunque distinto al de acción, no se encuentran desvinculados. Visto de esta forma el resultado no se verá como una exigencia típica, sino como un elemento fundamentador del injusto<sup>446</sup>.

Adquiriendo así esta concepción un contenido especialmente valorativo, ya que se ha señalado, sirve de fundamento para el merecimiento de pena de una conducta, con base a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico<sup>447</sup>.

---

<sup>441</sup> Vid. PÉREZ ALONSO. *Fundamentos...* Op. cit. p. 237.

<sup>442</sup> Vid. LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* Op. cit. pp. 20-28.

<sup>443</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>444</sup> *Ibid.* p. 18.

<sup>445</sup> *Ibid.* p. 29. Vid. VARGAS PINTO. *Delito de peligro...* Loc. cit.

<sup>446</sup> Vid. LAURENZO CAPELLO. *Ibid.*

<sup>447</sup> *Ibid.* Vid. VARGAS PINTO. *Delitos...* Op. cit. p. 164.

De igual manera este criterio se utiliza para la distinción entre los delitos de lesión y los delitos de peligro, pues dependiendo del tipo de afectación al bien jurídico, se clasificará en un delito de lesión o en un delito de peligro<sup>448</sup>.

Por lo expuesto, el resultado, bajo este tercer sentido, busca responder a criterios de legitimación del Derecho penal. Lo anterior, si se tiene la concepción relativa a que el Derecho penal, tiene como principal finalidad la protección de bienes jurídicos.

Después de abordar las tres concepciones que se tienen acerca del resultado, debemos mencionar que se considera que sólo dos concepciones son las que subsisten y paralelamente: uno que tiene un contenido valorativo, que tiene una función de fundamentación de lo injusto, y el segundo concepto, de carácter técnico o instrumental, que hace referencia a un elemento de una clase de delitos (los de resultado), se ve al resultado como elemento estructural (resultado típico)<sup>449</sup>.

Sin embargo, como se dijo al inicio de este tema, la discusión se centra en si debe haber 1, 2 o 3 conceptos de resultado, y si éstas pueden coexistir entre sí.

## 1.2 RESULTADO MATERIAL Y RESULTADO JURÍDICO.

El resultado como se ha revisado, tiene diversas acepciones, sin embargo, gran parte de la doctrina hace referencia a dos tipos de resultado: el primero (material) como efecto externo o consecuencia independiente de la acción, desde una concepción puramente causal-naturalística -coincidiendo con el primer sentido que se abordó en el punto 1.1 de este capítulo-. Aunque esta concepción como se mencionó, ha quedado en desuso, o no se conserva; aún tiene efectos prácticos y es utilizada para algunos temas como el de la tentativa y para explicar esquemáticamente el *iter criminis*.

En una segunda acepción el resultado jurídico, se concibe unido con la afectación del bien jurídico-penal y no se ve limitado por cuestiones naturalísticas o causales, como el efecto externo, el cual puede o no existir.

Este resultado jurídico, tiene una correspondencia con la consecuencia o estado material o inmaterial, negativamente valorado por la norma penal, al afectar un bien protegido por ella.<sup>450</sup>

La primera concepción se ve separada de la segunda, en cuanto a que la segunda también abarca efectos inmateriales, así mismo, porque implica la concurrencia de juicios evidentemente valorativos, que no se quedan únicamente en análisis empírico-naturalísticos<sup>451</sup>.

Por otro lado, el resultado externo-material, suele identificarse con el resultado típico, siempre que represente un efecto de la acción sobre un objeto físico que la ley describe (objeto de la acción). El efecto externo se convierte así, en un elemento más del tipo de resultado, necesario para que se consume. Este tipo de resultado, es la base para

---

<sup>448</sup> Vid. *Infra* notas al pie 483, 484 y 488 donde haremos referencia brevemente a esta distinción.

<sup>449</sup> Vid. LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* Op. cit. p. 31.

<sup>450</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos...* Op. cit. pp. 171, 172.

<sup>451</sup> *Ibid.* p. 164.

hacer la distinción en entre los delitos de resultado material y los de mera actividad – donde el efecto externo está ausente-<sup>452</sup>.

“La doctrina penal utiliza habitualmente los dos primeros conceptos de resultado, el resultado en sentido jurídico, que supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal y el resultado en el sentido material, que afecta el sustrato del bien jurídico y es aprehensible por los sentidos, separable espacio-temporalmente de la conducta, propio de los delitos de resultado”<sup>453</sup>.

En este sentido, se menciona que la producción del resultado ya sea en sentido material, como en sentido jurídico, deberá de examinarse desde una perspectiva *ex post*, toda vez que el resultado en sentido jurídico, como lesión del bien jurídico protegido, desde una perspectiva *ex post* ha de concurrir en todos los delitos, ya sean de resultado consumado (de lesión, de peligro o de lesión/peligro), de mera actividad (de peligro o de lesión) o de tentativa<sup>454</sup>.

Por otro lado, el resultado jurídico, se encuentra caracterizado por la intervención de juicios de valor, lo cual lleva a hablar de desvalor de resultado. En este sentido, el resultado se vincula con la configuración de lo injusto penal y sirve de criterio para la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, según la forma en que afecte el bien jurídico protegido<sup>455</sup>.

La necesidad de duplicar el concepto de resultado, parte del reconocimiento de diversas estructuras en los tipos penales, en particular en la distinción entre delitos de resultado y de simple actividad. Porque al aceptar la existencia de tipos penales que se agotan en la realización de la acción, y también en ellos debe existir un desvalor de resultado, no siendo posible la identificación de éste como resultado típico<sup>456</sup>.

Por lo anterior, se afirma que el resultado como elemento fundamentador de lo injusto y el resultado como elemento típico, no pueden coincidir<sup>457</sup>.

Podemos concluir señalando que los delitos de resultado, generalmente, se conciben siempre como delitos de lesión -resultado, en sentido jurídico, de lesión del bien jurídico-, en contraposición a los delitos de peligro –donde existe un resultado en sentido jurídico, pero de peligro para el bien jurídico-, sin embargo en los delitos de peligro concreto –los cuales veremos en el tema siguiente-, en el tipo también se prevé la producción de un resultado en sentido material, que será de peligro para el sustrato de un bien jurídico individual, distinto del bien jurídico supraindividual<sup>458</sup>, protegido por esa clase de delitos<sup>459</sup>.

---

<sup>452</sup> *Ibíd.* p. 165. *Vid.* Supra la nota al pie 432, sobre la distinción que se hizo sobre los delitos de resultado y los delitos de mera actividad.

<sup>453</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Op. cit.* p. 130.

<sup>454</sup> *Ibíd.* p. 135.

<sup>455</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos...* *Op. cit.* pp. 165, 166.

<sup>456</sup> *Vid.* LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* *Op. cit.* p. 59.

<sup>457</sup> *Ibíd.*

<sup>458</sup> *Vid. Infra.* En el capítulo III, se abordará lo relativo al bien jurídico, tanto individual como supraindividual.

<sup>459</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Op. cit.* pp. 130, 131.

### 1.3 EL RESULTADO EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD.

Dentro de la categoría de los «delitos sin resultado típico», se incluyen los delitos de simple o mera actividad<sup>460</sup>, los cuales pueden proteger tanto bienes jurídicos individuales, como bienes jurídicos supraindividuales.

En ese sentido, suele calificarse como delitos de simple actividad a los que protegen bienes jurídicos que no se concretan en objetos del mundo sensible, quizá precisamente porque protegen bienes jurídicos que no son aprehensibles materialmente, es por lo que se señala, que existe la tendencia a considerar muchos de los delitos de mera actividad, como delitos de peligro abstracto<sup>461</sup>.

Sin embargo, coincido con LAURENZO CAPELLO, al señalar que debe tenerse mucho cuidado con estas comparaciones e identificaciones, puesto que en tratándose de los delitos de simple o mera actividad, se está ante delitos de lesión, mientras que, en los delitos de peligro abstracto, como su nombre lo dice, estamos ante delitos que solamente ponen en peligro al bien jurídico protegido.

La autora citada en el párrafo anterior, en el mismo sentido señala, que, en los delitos de mera actividad, puede distinguir la perturbación del bien jurídico de la propia realización de la acción, considerando que son sucesos distintos que no se confunden entre sí. Precisamente porque entiende que en los delitos de mera o simple actividad – como ella les llama-, hay una perturbación del bien jurídico protegido, mismo que fue causado por una acción, por tanto no hay razón para negar la existencia de un resultado típico, reiterando: porque la lesión del bien jurídico aparece como un suceso distinto de la acción y causado por ella<sup>462</sup>.

Por otro lado, plantea partir mejor de un criterio único, para la clasificación de los delitos, la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. Con base en dicho criterio, distinguió solo tres tipos de delitos, los delitos de lesión, de peligro concreto y los de peligro abstracto. Por ello señala que con la interpretación que se le dio al resultado típico –que la misma propone-, sea innecesario mantener una categoría específica de los delitos de «simple actividad»<sup>463</sup>.

Acerca de las propuestas realizadas en su obra LAURENZO CAPELLO<sup>464</sup>, en mi opinión me parece destacable el hecho de abandonar las típicas clasificaciones de los delitos, sobre todo la relativa a los delitos de resultado y de mera actividad, pues como ya se ha manifestado párrafos superiores, el delito de simple actividad también es de resultado. Existiendo por tanto solo delitos de resultado, como después lo retomo.

---

<sup>460</sup> Vid. LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* Op. cit. p. 169. Define a los delitos de simple o mera actividad, en términos generales, como “aquellos tipos que protegen bienes jurídicos que no son aprehensibles materialmente, esto es, que no se concretan en objetos del mundo sensible”.

<sup>461</sup> *Ibid.* pp. 172-175.

<sup>462</sup> *Ibid.*

<sup>463</sup> *Ibid.* pp. 182, 183

<sup>464</sup> *Ibid.*

Esto último es de resaltarse, y con lo cual estoy de acuerdo, porque el mismo argumento nos servirá a la hora de establecer un concepto único y aplicable a todos los delitos, incluidos los de peligro.

#### **1.4 DETERMINACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO DE RESULTADO.**

El contar con más de un concepto de resultado, no solo complica y aumenta la labor de la doctrina, sino que también dificulta la labor de los juzgadores, ya que encontraremos el mismo problema en las sentencias donde se aborden temas de resultado, como la tentativa, los delitos de mera actividad o los delitos de peligro –diversidad de conceptos de resultado-.

La falta de claridad en cuanto al concepto de resultado, se debe en parte al empleo de varios significados de un mismo término, justificando su uso en diversos sentidos, desde dos perspectivas, una lingüística y otra normativa. Así como la diversidad de significados que se les da a las dos concepciones más utilizadas, el resultado material y el resultado jurídico.

La dificultad también reside en alguno de los términos que utilizan las concepciones mencionadas, como las palabras «lesión» y «puesta en peligro», -términos concebidos como formas de perturbación del bien jurídico-penal-, parecen hacer referencia a realidades sensibles, que requieren de una materialidad en la que se concreten<sup>465</sup>.

Por otro lado, como se ha mencionado, LAURENZO CAPELLO hace un análisis sobre las dos concepciones más aceptadas del resultado, el «resultado como fundamentador de lo injusto» y el «resultado como elemento estructural»<sup>466</sup>.

Posteriormente la misma autora, parte en señalar que una definición del resultado típico que se limite a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin agregar otro elemento, pareciera que se identificara con el desvalor de resultado, pareciera que no existiera diferencia entre ambos conceptos, al menos en cuanto a su contenido. Sin embargo, considera que no se pueden mantener ambos conceptos en la teoría jurídico penal, pues cada uno de ellos tiene un sentido específico<sup>467</sup>.

En opinión de la autora, como ya se abordó anteriormente, todos los delitos son de resultado y se distinguían según la intensidad de la afectación o perjuicio sufrido por el bien jurídico, en tres clases: delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.<sup>468</sup>

---

<sup>465</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos...* Op. cit. p. 170.

<sup>466</sup> Cfr. LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* Op. cit. pp. 35-104.

<sup>467</sup> *Ibid.*

<sup>468</sup> Sin embargo, se ha señalado por la autora VARGAS PINTO que pese a los esfuerzos que hace LAURENZO CAPELLO, por distinguir los conceptos mencionados, que le permita a su vez desvincular criterios naturales y los jurídico-valorativos, se ha señalado que no lo realizó con éxito, ya que mantiene la confusión sobre los mismos. Lo cual se ve claramente en la propuesta que hace la autora, de eliminar la categoría de los delitos de mera actividad y conservar un único criterio para determinar el resultado y la clasificación de los delitos: la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. Ello porque mantiene en

Sin embargo, considero importante que LAURENZO CAPELLO, busco un criterio único que sirviera de base para determinar un resultado aplicable a todos los delitos, destacando que la lesión del bien jurídico – resultado típico-, aparezca como suceso distinto de la acción y causado por ella.

Y precisamente de la perturbación del bien jurídico, es de donde parten algunos autores para establecer el concepto de resultado.

Por otro lado, ACALE SÁNCHEZ, habla de «resultado natural» y de «resultado jurídico», no se decanta a favor de un único concepto de resultado, ni manifiesta la necesidad de eliminar esa clasificación basada en los elementos del tipo. Distingue claramente ambos conceptos, sin embargo, no establece la preeminencia del «resultado jurídico» en el Derecho penal, puesto que niega la posibilidad de afectar directamente bienes jurídicos penales, al considerarlos entidades ideales sin sustrato material<sup>469</sup>.

### OPINIÓN.

Hemos visto como al tratar de buscar un solo concepto de resultado, a diversos autores, como los que hemos mencionado *supra* líneas, les resulta difícil hacerlo y vuelven a la concepción dualista de resultado.

Sin embargo, aún y cuando busquen establecer diferencias entre el contenido y fin del resultado, es necesario obtener un criterio de relevancia jurídico penal, que deba servir para considerar que un comportamiento sea considerado delito y así, ser sancionado con una pena.

Para ello deben dejarse de lado, las concepciones naturalísticas del resultado, que muchas veces en vez de aclarar, vienen a crear más confusión.

Con base en lo anterior, se ha señalado que no es la concurrencia de efectos típicos, lo que finalmente condiciona el resultado penal, sino la producción de un estado que contradiga lo protegido por la norma penal. Sin que con ello se le reste importancia al efecto típico, sino más bien, se trata de situarlo y examinarlo en su justa medida, como efecto que debe de concurrir siempre y cuando el legislador así lo haya establecido en el tipo, es decir, como cualquier otro elemento del tipo, y que será la base para la constatación de su injusto<sup>470</sup>.

Esto último me parece muy importante y a destacar ya que, si tomamos como concepto de resultado penal, la producción de un estado que contravenga lo protegido por la norma penal, es decir, al bien jurídico penal. Podemos decir que, con base en esta definición, serán delitos de resultado: los delitos de lesión, los delitos de peligro concreto y abstracto y los delitos de mera actividad; ya que cada uno de ellos representará ese estado que vendrá a contravenir lo que protege la norma penal, el bien jurídico protegido.

---

su determinación una vinculación con exigencias típicas (resultado típico). Vid. VARGAS PINTO. *Delitos... Op. cit.* pp. 200, 201.

<sup>469</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ. María. *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Editorial Comares. Granada. 2001. pp. 89-103, 123,124, 139-152.

<sup>470</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos... Op. cit.* p. 206.

Ello nos permitirá también, no limitarnos a establecer en la definición de resultado, la exigencia de una lesión o puesta en peligro real y concreto, del bien jurídico, ya que eso precisamente estará en los elementos del tipo, lo que deberá concurrir para poder encuadrar la conducta con el tipo.

Siguiendo esta concepción se hablaría exclusivamente de «resultado penal», permitiendo fijar cuál es el «resultado» que se exige para que sea posible la aplicación de una sanción penal<sup>471</sup>.

Desde una perspectiva normativa, el resultado penal se consideraría un efecto del comportamiento pero sobre el objeto protegido por el Derecho, sin que sea necesaria la presencia de un efecto típico (cuando hay un objeto de acción o del delito); y no todo efecto interesara al Derecho penal, aunque sea una exigencia típica<sup>472</sup>.

Retomando lo anterior VARGAS PINTO, considera como resultado penal “aquella situación o estado creado distinto de la conducta que lo origina –con relación al bien jurídico-penal y que es valorado en forma negativa. Se trata de una situación que contradice aquella que la norma penal tutela, con independencia de que coincida o no con un efecto físico externo.”<sup>473</sup>

Con esta definición, la autora separa los planos valorativo y físico-natural y se determina el resultado conforme criterios jurídico-valorativos. Teniendo como consecuencia que se elimine definitivamente la consideración física, que distingue los delitos de resultado de los de mera actividad, pues como lo mencionamos párrafos anteriores, *todos los delitos serán de resultado*, -bajo esta concepción-.

Podemos entonces concluir que todos los delitos serán de resultado, tomando en cuenta al resultado penal como un concepto normativo, dejando de lado cualquier concepción naturalística.

## 4. TIPOS DE DELITOS DE PELIGRO.

### 3.2. PRELIMINARES.

Para poder desarrollar una vida plena en sociedad, se nos debe garantizar el poder ejercer nuestros derechos, los cuales implican un ejercicio racional de ellos y que no interfieran en la esfera de los derechos de otros.

Cuando llegara a existir un conflicto entre los derechos de las personas, se cuenta con las distintas ramas del Derecho, para solucionar o solventar dichos conflictos. Dentro de las ramas del Derecho, la intervención penal está reservada como *ultima ratio*, es decir,

---

<sup>471</sup> *Ibíd.*

<sup>472</sup> *Ibíd.*

<sup>473</sup> *Ibíd.* p. 207.

su intervención debe ser el último camino que escoger, ya que su función es la protección de los bienes jurídicos más valiosos.

A fin de poder realizar esa protección, el legislador estableció en el Código penal, una serie de conductas que, en caso de ser llevadas a cabo por una persona, traerá aparejada una consecuencia penal, salvo que en dicha conducta opere alguna excluyente de responsabilidad.

El legislador estableció entonces en el Código penal, los delitos, que se pueden definir inicialmente como una conducta que lesiona o pone en peligro a los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad –como mencionamos-<sup>474</sup>.

La finalidad principal del Derecho penal, es evitar la realización de conductas lesivas o peligrosas para los bienes, que amenacen la convivencia social, a través de una prohibición, que traerá aparejada una pena.

Por ello será necesaria la comprobación, de que se ha realizado alguna de las conductas descritas en el Código penal –ya sea por acción u omisión-, para que se pueda imponer una pena.

Aunado a que el hecho ilícito sólo será atribuible al autor, si es culpable del mismo, es decir, si ha conocido el significado antijurídico del hecho y ha actuado conforme a su comprensión<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> Si bien algunos autores señalan que la definición contenida en el artículo 10 del CP, es una definición formal del delito; existen otros que mencionan que no lo es, ya que además de plasmar la garantía criminal y penal del principio de legalidad, también nos señala cuales son los objetos de las prohibiciones penales, es decir, cuáles son las acciones u omisiones que evitar, así como que sólo serán penadas las conductas antinormativas que se cometan de forma dolosa o imprudente. *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Op. cit.* p. 132. Así mismo, el concepto penal de delito, debe ajustarse a los fines del Derecho penal de cada Estado, por ejemplo, el Estado Español como el Estado Mexicano, son considerados un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 1 CE y artículos 1, 3 fracción II inciso a), 39, 40, 73, 123, de la CPEUM. *Vid.* DIAZ ARANDA, Enrique. Coord. Sergio García Ramírez. *¿Debe ajustarse el derecho penal mexicano a los principios de un Estado social y democrático de derecho?* Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005. Págs. 89-100.

El autor hace un análisis a fin de determinar si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), reconoce al Estado Mexicano como un Estado Social y Democrático de Derecho, donde al no contar nuestra Constitución, con un artículo como otras constituciones europeas, entre ellas la española, donde expresamente lo señale, hace una interpretación de diversos artículos.

Manifestando que cuando se promulgo la CPEUM en 1917, no se conocía la existencia del Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, al ser producto de una revolución, el constituyente mexicano hizo una gran aportación al reconocer los derechos sociales, igualmente reconoció el principio de legalidad como pilar del Estado de derecho, pero matizado con una nueva directriz estatal de intervención, para conseguir que quien se encuentre en una situación desfavorable pueda gozar de ciertas condiciones mínimas que no deberán ser reducidas por la contraparte. Siendo el artículo 123 de la CPEUM, un ejemplo claro de la orientación teleológica que guio al Constituyente de 1917, pudiéndose sostener que a partir de esa fecha el sistema jurídico mexicano se constituyó como el primero en el mundo en adoptar la estructura de un Estado social y de derecho.

Ya se afirmó que el Estado mexicano es un Estado social y de derecho, ahora bien, después del análisis de la CPEUM, también se puede afirmar su carácter de democrático, en base a que el artículo 40, ordena la instauración de una República democrática, en la cual la voluntad popular está representada democráticamente a través de los candidatos de los partidos políticos elegidos por el pueblo (artículo 41, fracción I).

<sup>475</sup> *Vid.* PÉREZ ALONSO. *Fundamentos...* *Loc. Cit.*

En términos mayormente aceptados “delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable”<sup>476</sup>, agregándose en ocasiones el elemento de punible.

El CP en su artículo 10, nos refiere que son delitos “las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”<sup>477</sup>.

Si bien hemos basado este trabajo en legislación y jurisprudencia española, me parece importante hacer referencia al Derecho comparado, en este caso al de México, pues en temas subsecuentes, será el Derecho que habremos de retomar. Por ello también enunciaré la definición legal del delito de la legislación federal y estatal mexicana.

Así, el CPF<sup>478</sup>, establece en su artículo 7 que: delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Mientras que el CPGTO<sup>479</sup> nos refiere solamente que el delito puede ser cometido por acción u omisión<sup>480</sup>.

### 2.1.1 Delitos peligro.

---

<sup>476</sup> MIR PUIG. *Derecho penal... Op. cit.* p. 148.

<sup>477</sup> En el caso del concepto proporcionado por el CP, nos refiere la naturaleza de los comportamientos infractores de las normas penales, es decir, nos habla de acciones u omisiones; así mismo, también incluye los componentes subjetivos que configuran el carácter antinormativo –dolo o imprudencia-. *Vid.* MAQUEDA ABREU, María Luisa y LAURENZO COPELLO, Patricia. *El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica*. 4ta. Edición. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016. p. 21.

La expresión «penadas por la ley», implica en primer lugar, la tipicidad como descripción legal de la conducta, y en segundo lugar, que se trata de acciones desvaloradas y prohibidas de modo general por la ley penal. Pero también se ha hecho referencia, a que se trata de acciones punibles, es decir, de comportamientos que serán sancionados con las penas establecidas previamente en la norma penal, siguiendo el principio de legalidad, *nullum crimen nula pena sine lege*. Así mismo, se ha relacionado con la exigencia doctrinal de antijuridicidad, porque solo están penadas por la Ley las conductas antijurídicas. Antijurídicas en sus dos vertientes: material, que la conducta conlleve un daño o peligro a un bien jurídico; y formal, que después de una valoración de un juez, se determine que es contrario a Derecho. *Vid.* AAVV. GONZALEZ CUSSAC, José L.; MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela; ORTS BERENGER, Enrique; ROIG TORRES, Margarita. *Esquemas de Derecho Penal. Parte General. Tomo VI*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. p. 62.

<sup>478</sup> Artículo 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

**I.** Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción penal;

**II.-** Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

**III.-** Continuo, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

<sup>479</sup> Artículo 8.- El delito puede ser cometido por acción o por omisión.

<sup>480</sup> Por otra parte, las definiciones otorgadas por el CPF y el CPEG, sólo hacen referencia a la naturaleza de los comportamientos infractores, sólo influyen en el concepto, las acciones u omisiones, sin completarlos con el elemento subjetivo del dolo o imprudencia –llamada culpa en nuestra legislación-.

Sin embargo, aún y cuando estas definiciones no contengan todos los elementos que ya hemos referido *supra* líneas, no significa que no deban de cumplirlos, pues estos conceptos simplemente buscan establecer la vigencia del principio de legalidad en nuestros ordenamientos penales.

Las acciones pueden ofender en forma distinta a un bien jurídico, existen por tanto, ciertos grados de afectación al bien jurídico, en ese sentido, también existirán ciertas formas o grados de violentar la norma penal<sup>481</sup>.

Es por ello por lo que los tipos penales pueden configurarse como delitos de lesión o delitos de peligro, dependiendo precisamente de la afectación al bien jurídico<sup>482</sup>.

Así, la mayoría de la doctrina basa la distinción entre los delitos de peligro y los delitos de lesión<sup>483</sup>, con base a la protección del bien jurídico -atienden al grado de afectación o a la intensidad del ataque-, pues será la puesta en peligro o la lesión la principal característica de uno u otro. En este sentido la opinión de que el peligro va referido al mismo bien jurídico protegido que la lesión, es la más aceptada por la doctrina<sup>484</sup>.

El principal fundamento de los delitos de peligro, está en señalar que el legislador crea estos delitos con la finalidad de proteger penalmente bienes jurídicos de mucha importancia, por ello no solo sanciona aquellas conductas que lesionan al bien jurídico, sino las que sin llegar a lesionarlo lo han puesto en peligro<sup>485</sup>.

Así, los delitos de peligro se definen generalmente por la doctrina, como aquellos que no requieren para su consumación la lesión del bien jurídico protegido, sino solamente su puesta en peligro<sup>486</sup>. En los delitos de peligro, se sancionará precisamente la creación de un riesgo para el bien jurídico<sup>487</sup>.

La principal diferencia entre los delitos de lesión y los de peligro, radicará precisamente en el grado o medida de afectación al bien jurídico. Sin embargo, este criterio no es unánime en la doctrina penal.<sup>488</sup>

---

<sup>481</sup> Vid. ORTS BERENQUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2015. p. 246.

<sup>482</sup> Vid. *Infra*. Sobre el bien jurídico abordaremos con mayor amplitud en el Capítulo III de este trabajo.

<sup>483</sup> Vid. HASSEMER, Winfried/ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1989. p. 144. La “clasificación de los delitos”-en delitos de lesión y delitos de peligro-, no se realiza porque el legislador clasifique las formas de aparición del delito, como si ya vinieran previamente clasificados en la realidad; dicha clasificación se hace en función de una técnica protectora que se apoya tanto en razones sistemáticas como valorativas. De ahí que existan distintas clasificaciones en función de las formas o modalidades de aparición del delito. En este sentido señalan que “la clasificación de los delitos es, por tanto, un nivel del estándar formalizador alcanzado por el sistema del Derecho penal.”

<sup>484</sup> Vid. ESCRIVA GREGORI. *La puesta en peligro... Op. cit.* pp. 38, 39. MIR PUIG. *Derecho penal... Op. cit.* p. 238. En los delitos de lesión se requiere la lesión del bien jurídico, mientras el delito de peligro solo requiere la puesta en peligro del bien jurídico.

<sup>485</sup> Vid. RAMOS TAPIA, Ma. Inmaculada. En AAVV. “El concepto jurídico del delito (III)”. En *Derecho Penal, Parte General*. Zugaldía Espinar, José M. (Dr.) Pérez Alonso, Esteban J. (Coord.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 397.

<sup>486</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de... Op. cit.* p. 258.

<sup>487</sup> Vid. ORTS BERENGER/GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio de Derecho... Loc. Cit.*

<sup>488</sup> Sin embargo, hay autores, como CORCOY BIDASOLO, quien opina que, al otorgar autonomía, con carácter general, de los bienes jurídico-penales protegidos en los «delitos de peligro», permite formular un concepto unitario de estos delitos –ya sean delitos de peligro abstracto o de peligro concreto-. Lo cual llevaría a negar la validez a la distinción entre «delitos de lesión» y «delitos de peligro», según sea la relación con el bien jurídico. Ya que, en atención al bien jurídico, la única clasificación válida, sería aquella que divide a los delitos en delitos que protegen bienes jurídico-penales individuales y bienes jurídico-penales colectivos o supraindividuales.

Por ello en los delitos de lesión es necesario que la conducta delictiva prive, menoscabe o perjudique efectivamente al bien jurídico. Mientras que en los delitos de peligro, la consumación se da cuando se ha creado un riesgo determinado para un bien jurídico<sup>489</sup>.

En principio, los delitos de peligro se encuadraron al Derecho penal, primero en referencia al dolo, dicha concepción se suele atribuir a BINDING; sin embargo, la primera configuración ya como delitos de peligro se ha señalado que es de STÜBEL, quien configuro los delitos de peligro separados de los de lesión<sup>490</sup>.

La aportación de BINDING, se considera de gran interés en la historia dogmática de los delitos de peligro. En ese sentido “hace de la norma el centro de gravitación del sistema penal. El delito es infracción de la norma jurídica. La desobediencia a la norma es momento constituyente general del delito”<sup>491</sup>.

Así, BINDING distingue tres modalidades de normas: “a) las normas tanto prohibiciones, como mandatos por las que trata de impedir la producción de ciertas modificaciones en el mundo jurídico... reserva la designación de prohibiciones de lesión; b) las normas prohibitivas de acciones que suponen el peligro de causar un resultado lesivo. Estas normas prohíben la acción peligrosa en cuanto tal. De faltar el peligro la acción no es injusta. Tales normas se designan como prohibiciones de peligro; c) finalmente, se refiere BINDING a otra clase de normas, que sólo de forma remota pretenden neutralizar resultados no deseables. Estas normas surgen en las fuentes frente a acciones que generalmente implican un peligro para determinados bienes. Pero la acción no se prohíbe sólo cuando es particularmente peligrosa, sino también cuando no lo es; o sea, con indiferencia de si en la situación concreta su peligrosidad puede ser o no verificada. Para este sector reserva BINDING la denominación de simples prohibiciones”<sup>492</sup>.

---

Agrega la misma autora, que al igual que en los «delitos de lesión», en los «delitos de peligro», la antijuridicidad material requiere siempre la concurrencia de un peligro objetivo idóneo, desde una perspectiva *ex ante* y la sanción también requiere en todo caso la «lesión del bien jurídico penal» desde una perspectiva *ex post*. De acuerdo a ese argumento, en los «delitos de peligro» se lesiona un bien jurídico penal supraindividual y en los «delitos de lesión» se lesiona un bien jurídico penal individual, tanto desde una perspectiva *ex ante* como *ex post*.

Desde la concepción de CORCOY BIDASOLO, no encontraremos la diferencia en los delitos de peligro y los delitos de lesión, en el grado de afectación al bien jurídico, ya que, desde una antijuridicidad material, en ambas clases de delitos hay una lesión al bien jurídico, solamente que, en los delitos de peligro, la lesión es a un bien jurídico supraindividual y en los delitos de lesión a un bien jurídico individual. La sustancial diferencia entre los delitos con resultado de peligro y los delitos con resultado de lesión, radica en que, en los primeros no se produce un resultado material separable espacio-temporalmente de la conducta. *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de.... Op. cit.* p. 143.

<sup>489</sup> *Vid.* ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio... Op. cit.* p. 247. Por otra parte, ROXIN refiere que estaremos ante delitos de lesión cuando el objeto de la acción se haya dañado realmente por el hecho delictivo. Mientras que, en los delitos de peligro, el hecho delictivo solo supone una amenaza para el objeto de la acción. *Vid.* ROXIN. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Op. cit.* p. 336.

También existen otras concepciones, que refieren que el grado de afectación del bien jurídico, es el mismo, en ambos delitos, pues en los delitos de peligro y en los delitos de lesión, existe una lesión al bien jurídico, solamente se diferencia en que el bien jurídico protegido es distinto. *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos... Op. cit.* p. 143.

<sup>490</sup> *Vid.* ESCRIVA GREGORI. *La puesta... Op. cit.* p. 37.

<sup>491</sup> TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro hipotético...” *Op. cit.* p. 828.

<sup>492</sup> *Ibid.* pp. 828-830.

BINDING entiende por delitos de peligro, aquellos que requieren “como momento necesario una acción básica peligrosa, pero por peligro no entiende lo que actualmente se denomina «peligro concreto», es decir, una consecuencia o estado originado por la acción y ulterior a ella. Por el contrario, es identificada también como peligro la acción que, según un juicio de probabilidad, en caso de producirse un contacto entre ambos, es idónea, para producir una lesión en el bien jurídico protegido”<sup>493</sup>. En este sentido niega la existencia de los delitos de peligro abstracto.

Por otro lado, la presencia de estos delitos como se menciona, no es nueva en las legislaciones penales, pues la simbólica expresión era utilizada por LACKNER en 1967, “para describir el aumento de una categoría de infracciones que «se extendían como una mancha de aceite» tanto como para considerarlos como el «hijo predilecto» del legislador”<sup>494</sup>; lo que no se esperaba es que “tres décadas después, ese hijo predilecto, seguiría siendo calificado, en base a su desconocimiento de «hijastro de la dogmática penal»”<sup>495</sup>, a pesar de haber aumentado su presencia y sobre todo su posición en los Códigos Penales de muchas legislaciones.

Si bien desde LACKNER se hablaba de estos delitos, su expansión inicia a partir de la Primera Guerra Mundial; sin embargo, como se mencionaba *supra* líneas, siempre han tenido una importancia periférica, pues los delitos de resultado siempre tendrán más interés para muchos autores y el desarrollo dogmático que se ha hecho sobre ellos es mayor.

Además HIRSCH manifiesta que el interés en los delitos de peligro, se centra científicamente en cuestiones generales del concepto de peligro<sup>496</sup>.

ROTHERING por su parte, “reconocía que las infracciones de peligro suponían un incremento de la punibilidad «impuesta por el progreso técnico y la creciente peligrosidad de la vida social»”<sup>497</sup>; se concebía como una nueva forma de tutelar la protección a los bienes jurídicos, partiendo de que ciertas acciones peligrosas podrían desembocar en resultados lesivos o dañosos.

Muchos de los problemas a los que se refiere CORCOY BIDASOLO, derivan del tratamiento que le dan los legisladores a los delitos de peligro, ya que utilizan formulas o técnicas en la tipificación de los resultados de peligro, como por ejemplo, resultado de peligro potencial, idóneo, concreto, grave, perjuicio, etc.<sup>498</sup>.

### 2.1.2 *La sociedad de riesgo como justificación de los delitos de peligro.*

---

<sup>493</sup> *Ibíd.* p. 830.

<sup>494</sup> PERIS RIERA, Jaime M., en AAVV. “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu, et al (Coord.). Editorial Dykinson. Madrid, 2005. p. 687.

<sup>495</sup> *Ibíd.*

<sup>496</sup> *Vid.* HIRSCH, Hans Joachim. “Sistemática y límites de los delitos de peligro”. *Revista latinoamericana de Derecho*. Número 9-10. Año V. Enero-diciembre de 2008. Rubinzal-Culzoni Ediciones. p. 158.

<sup>497</sup> PERIS RIERA. “Delitos de peligro...*Op. cit.* p. 688.

<sup>498</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Los delitos... Op. cit.* p. 132.

En nuestros días, no resultan nuevos los delitos de peligro ni los cuestionamientos que se les han hecho, sin embargo, lo que cada día se observa es la proliferación de estos, así, es de resaltar el papel que van asumiendo en nuestra sociedad, denominada por muchos autores «sociedad de riesgo»<sup>499</sup>, misma que sirve de fundamento para estos delitos.

Ya que como se ha señalado, estamos inmersos en una sociedad caracterizada por el constante avance tecnológico, la globalización y el dinamismo, lo que genera efectos en la conducta humana, aumentando los riesgos y en consecuencia haya un incremento considerable a los deberes de cuidado<sup>500</sup>.

Con ello se genera que haya una preocupación por proteger penalmente, ámbitos que anteriormente estaban reservados para otras materias del Derecho, lo que trajo como consecuencia una expansión del Derecho penal, con el fin de dar una sensación de mayor seguridad a la población y enfrentar estos nuevos riesgos, a través de diversas técnicas, como las leyes penales en blanco, el derecho penal simbólico y los delitos de peligro, entre otras<sup>501</sup>.

Así, en la actualidad, los delitos de peligro siguen en expansión, pues resultan la respuesta idónea del legislador ante los nuevos desarrollos y el imparable progreso tecnológico, que aumenta los riesgos ante los cuales el ciudadano se enfrenta todos los días.

Por ello el concepto de «sociedad de riesgo», se ha convertido en referencia para la dogmática penal. Dicho concepto viene a reflejar como se señalaba anteriormente, los nuevos peligros ante los que se enfrenta la sociedad, las condiciones necesarias para la existencia humana, así como los ámbitos de inseguridad social, que siente el ciudadano como miembro de la misma. Situación que ha provocado la creación de normas penales cautelares que impidan la transformación del riesgo en daño, con ello lo que se hace es adelantar las barreras de protección del Derecho penal, puesto que se le exige que no se espere a la producción de un resultado lesivo, sino que se castiguen conductas consideradas previamente como peligrosas e incluso desvinculadas del resultado lesivo<sup>502</sup>.

Así como se ha afirmado anteriormente, el aumento de estos delitos en la actualidad, parte del incremento de las actividades sociales peligrosas, razón por la cual el legislador opta por adelantar la intervención penal a fases previas y cada vez más alejadas de la lesión del objeto jurídico protegido por el tipo. La finalidad perseguida tiene un contenido preventivo, como lo mencionamos *supra* líneas; evitar la producción de una lesión al bien jurídico, la que se puede traducir en daños irreparables e irreversibles. El legislador no espera por tanto, a que se produzca el daño o lesión, sino que adelanta la intervención del Derecho penal al momento de la aparición concreta de peligro (delitos de peligro concreto) o, incluso, a la simple realización de la conducta considerada como peligrosa (delitos de peligro abstracto)<sup>503</sup>.

---

<sup>499</sup> Vid. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ed. Paidós. Barcelona, 2002.

<sup>500</sup> Vid. BOGADO, MARÍA GRACIA/FERRARI, DEBORA RUTH. *Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético*. En revista electrónica CIIDPE Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. (2009). Consultable en la página [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar)

<sup>501</sup> *Ibíd.*

<sup>502</sup> Cfr. PERIS RIERA. “Delitos de peligro...” *Op. cit.* pp. 688-690.

<sup>503</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Ed. La Ley. Barcelona, 1999. p. 157.

También se ha dicho, que el adelantamiento de la intervención penal, que realiza el legislador con la creación de estos delitos, obedece a que considera que una determinada conducta en ocasiones, aumenta el nivel de peligro por encima del riesgo permitido, según la experiencia general, y merece por tanto ser sancionada aunque no haya corrido peligro concreto ningún bien jurídico, es decir, se castiga la mera realización de una conducta considerada normativamente peligrosa.<sup>504</sup>

Varios autores argumentan que la creación o la gran demanda que hay de estos delitos se debe en parte a la evolución de la sociedad, pues como adelantamos, actualmente se está en una sociedad denominada: «sociedad de riesgo», que proviene muchas veces de las nuevas tecnologías y desarrollos que han surgido; y por ello el legislador crea delitos de peligro, ya que la sociedad ante estos peligros demanda seguridad.

Sin embargo, estas nuevas técnicas legislativas, se afirma que traerán como consecuencia un expansionismo exacerbado del Derecho penal, porque en la vida diaria todo representa un riesgo, así que si se opta por aceptar el argumento que ha utilizado el legislador, para justificar la creación de delitos de peligro abstracto, se llegaría al absurdo de que algún día toda conducta que implique un riesgo será delito<sup>505</sup>, ello aunado a que con esa técnica legislativa ya no se busca la protección de un bien jurídico, sino como se ha señalado, la seguridad de la sociedad<sup>506</sup>.

Asimismo, se pone énfasis en que existen otras vías en el Derecho que pueden atender al peligro –para bienes jurídicos supraindividuales, que de por sí resultan un elemento también debatible–, como un adecuado y funcional Derecho administrativo, sin embargo, ante la falta de eficacia del mismo, el legislador opta por traer conductas típicas como las de los delitos socioeconómicos al ámbito penal, o bien, como los delitos contra la seguridad vial, como la del artículo 379.1 del CP, donde basta con comprobar el exceso de velocidad para que la conducta aparezca siempre y en todo caso desvalorizada, por lo que no parece proporcionado convertir en delito una infracción administrativa<sup>507</sup>.

Por otro lado, no se deja de reconocer la importancia y trascendencia de bienes jurídicos, como el medio ambiente y siguiendo este criterio, se puede dejar la tutela de verdaderas lesiones a esos bienes jurídicos trascendentes, para el Derecho penal, lo que alejaría de sancionar meras conductas que no ponen en peligro al bien jurídico, lo cual incluso conduce muchas veces a preguntarse en estos delitos, si hay un verdadero peligro o si hay un bien jurídico que proteger.

---

<sup>504</sup> Vid. RAMOS TAPIA. “El concepto jurídico... *Loc. cit.*

<sup>505</sup> *Ibid.* p. 399. En concordancia cita un ejemplo muy interesante y bastante ejemplificativo acerca de las consecuencias que traería aceptar lo que la estadística nos dice sobre ciertas conductas, que muchas de ellas dejaran de ser del ámbito administrativo para pasar al ámbito del Derecho penal.

<sup>506</sup> Vid. *Infra.* Esta opinión es sostenida por algunos autores, entre ellos KINDHÄUSER, cuyas posturas abordaremos en el tema siguiente.

<sup>507</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Artículo 319”. *Código penal. Comentado y con jurisprudencia.* Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.) / Amparo MARTÍNEZ GUERRA (Coord.). La ley. Madrid, 2009. pp. 1171-1177. En el mismo sentido señala que la experiencia ha demostrado la ineficacia del Derecho penal para disminuir el número de accidentes, por lo que cualquier intento del Código Penal en ampliar el Derecho penal del tráfico, no sería otra cosa, que una huida más hacia el Derecho penal.

La proliferación de los delitos de peligro abstracto, en el moderno Derecho penal se basa, en las figuras delictivas que protegen bienes jurídicos colectivos, como resultado del deseo de anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad -que como ya hemos mencionado-, se ha caracterizado por un notable incremento de los riesgos para los mismos.<sup>508</sup>

De igual manera existen otras razones, para su aumento o proliferación, relacionadas con bienes jurídicos supraindividuales, las cuales enseguida mencionaremos.

La primera de ellas, se da en los delitos llamados medioambientales, donde existen muchas actividades, ya sean de tipo industrial o de otro tipo, de las que el hombre realmente desconoce en qué medida dañan el medio ambiente, si el daño se produce en la actualidad o se proyectará en el tiempo, o si la naturaleza tiene capacidad para asimilarlo; sin embargo, la importancia del bien jurídico medio ambiente, cuya destrucción llevaría implícita la del propio género humano, obliga a sancionar estas conductas con base al peligro que entrañan, aunque no pueda determinarse la trascendencia exacta del daño<sup>509</sup>.

Distinto dato que apoya esta línea de razonamiento es que, estas ventajas que acompañan a la técnica de legislación del peligro abstracto, son especialmente válidas cuando se trata como dijimos, de ofrecer protección penal a bienes de carácter supraindividual, como recuerda K. TIEDEMANN “(«El delito de peligro abstracto representa el instrumento de técnica legislativa típicamente correspondiente a la esencia del bien jurídico supraindividual»). Ello se debe a que, cuando un bien es de interés general y afecta a un grupo de personas o a toda la colectividad, el carácter difuso del objeto de tutela dificulta la individualización de las actuaciones que lo lesionan; a lo que se une que, normalmente, estos bienes no resultan lesionados por una conducta individual, sino por la repetición generalizada y frecuente de la misma”<sup>510</sup>, -lo que no significa que no se puedan lesionar los bienes jurídicos colectivos, porque esa imposibilidad implicaría que no se pueden poner en peligro-.

De igual manera señala ZUGALDÍA ESPINAR, que los delitos de peligro se vienen utilizando de manera creciente en las legislaciones penales en general y en la legislación penal española en particular, ya que los nuevos modelos legislativos, principalmente por una idea, la de que el límite a la intervención penal no debe establecerse como regla general, en la lesión de bienes jurídicos, es decir, que el principio de *ultima ratio*, no debe posponer toda intervención penal a la lesión de bienes jurídicos. Dicha proliferación para ZUGALDÍA ESPINAR, se debe a determinados factores<sup>511</sup>:

1. El primero de ellos derivado de vivir en «la sociedad del riesgo» -la que hemos mencionado anteriormente-, es decir, dentro de una sociedad postindustrializada, donde los avances tanto tecnológicos, como económicos, de producción y de consumo, han adquirido tal entidad que amenazan de forma masiva a los

---

<sup>508</sup> Vid. CEREZO MIR. “Los delitos de peligro... *Op. cit.* p. 60.

<sup>509</sup> Vid. RODRÍGUEZ ARIAS, Antonio Mateo. *Los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente*. Ed. Colex. Madrid, 1998. pp. 69, 70. *Ibid.* p. 69.

<sup>510</sup> *Ibid.* p. 70.

<sup>511</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, en AAVV. “Delitos de acción. La tipicidad (III)”. En *Derecho Penal. Parte General*. José M. Zugaldía Espinar (Dir.). Esteban J. Pérez Alonso (Coord.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. pp. 472, 473.

ciudadanos, en el marco de una sociedad cada vez más compleja y donde sus relaciones de responsabilidad siguen esa complejidad.

2. Dentro del segundo de los factores determinantes, tenemos la aparición de nuevos bienes jurídicos, que buscan satisfacer las necesidades de carácter social, que afectan sobre todo a la colectividad, llamados bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o difusos. Han sido político-criminalmente acogidos por el Derecho penal y protegidos a través de delitos de peligro, ya que –se afirma– solo a través de estas figuras delictivas, pueden ser comprendidos. Se trata así de nuevos intereses (y no la simple suma de los tradicionales), cuya afectación impacta a la colectividad.
3. Por otro lado, se señala que en ciertos casos es necesario adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos fundamentales clásicos, para poder así reforzar su protección y evitar que la intervención penal dependa exclusivamente del azar<sup>512</sup>.

En ese sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, acepta las justificaciones del nacimiento de los delitos de peligro, y más específicamente de los delitos de peligro abstracto, señala que son necesarios para perseguir o alcanzar un modelo de Derecho penal, adaptado a las nuevas demandas sociales y a la prevención de riesgos, aclara que este recurso a los delitos de peligro abstracto, es legítima y defendible, siempre y cuando sea compatible con los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho (como por ejemplo, el del carácter fragmentario, la *ultima ratio*, necesidad de intervención, etc.)<sup>513</sup>.

Ahora bien, después de exponer algunas de las razones por las que se considera que la sociedad actual, -postindustrializada y con demasiados avances tecnológicos, que día a día representan un riesgo, denominada por ello «sociedad de riesgo»-, representa para algunos autores el fundamento de la proliferación de los delitos de peligro, abordaremos el tema relativo a clasificar precisamente los delitos de peligro.

## 2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO.

Como ya referimos en el tema anterior, la principal justificación en el discurso del legislador, sobre los delitos de peligro, es que con ellos se busca tutelar de una manera más eficaz a los bienes jurídicos, las estructuras típicas pueden configurarse de tal manera, que la respuesta penal sea más inmediata ante el peligro. La necesidad de inmediatez de esa reacción, dependerá comúnmente de la importancia del bien jurídico comprometido, por la actividad peligrosa que se trate de prevenir<sup>514</sup>.

Dentro de los delitos de peligro, se encuentran varios tipos, por ejemplo, se habla de los delitos de peligro colectivo, que serán aquellos donde la conducta se castiga en función de peligro creado para los bienes de una pluralidad de personas o una colectividad, no así para una persona o conjunto de ellas.<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> *Ibíd.*

<sup>513</sup> *Ibíd.* p. 473.

<sup>514</sup> *Vid.* DOVAL PAIS. *Delitos de...* *Op. cit.* p. 330

<sup>515</sup> *Vid.* RAMOS TAPIA. “El concepto...” *Op. cit.* p. 398.

Por otro lado, también se reconocen otros tipos de delitos de peligro, como los denominados delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de peligro hipotético, delitos de peligro presunto, etc., pues son múltiples las denominaciones que varios autores les otorgan a éstos<sup>516</sup>.

Los delitos de peligro que la doctrina general acepta son los delitos de peligro abstracto, los de peligro concreto y los de peligro hipotético; los cuales abordaremos de forma sucinta, sin embargo, se centrará este trabajo en los enunciados al principio.

### 2.2.1. Delitos de peligro abstracto.

#### A. Concepción.

Como se pudo observar en el primer tema de este capítulo, y a manera de síntesis se debe señalar, que sobre una de las concepciones de «resultado» que hemos abordado anteriormente, se desarrolla la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro. Sólo en los primeros se lesiona el objeto de la acción en que se materializa el bien jurídico protegido; los delitos de peligro, en cambio, sólo producen una situación de peligro «concreto» o «abstracto».

En este sentido, se afirma que los delitos de peligro están más alejados de la lesión de bienes jurídicos que los delitos de lesión<sup>517</sup>; en su versión de delitos de peligro abstracto minimizan incluso los presupuestos de punibilidad y con ello las posibilidades de defensa del inculpado, al no existir siquiera un peligro real<sup>518</sup>, es decir, mientras que en los delitos de peligro concreto se tiene la certeza de un peligro real para el bien jurídico, en los delitos de peligro abstracto, como el peligro es presunto, porque estadísticamente el legislador considera que esa conducta típica generalmente causará un peligro para el bien jurídico, no tenemos certeza si en el caso concreto sucederá (siguiendo una teoría tradicional<sup>519</sup>).

Se define a los delitos de peligro abstracto “como un conjunto de diferentes delitos cuyo común denominador es que el tipo sólo sanciona un comportamiento, no exigiendo una efectiva puesta en peligro –juzgada *ex post*– para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de tal comportamiento suponga -desde

---

<sup>516</sup> Vid. HIRSCH. “Sistemática y límites...” *Op. cit.* p. 161. Este autor propone la clasificación de delitos de peligro y delitos de peligrosidad, dividiéndose estos últimos en peligrosidad concreta y abstracta.

<sup>517</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal...* *Op. cit.* p. 303 y ss. Ponen de manifiesto el riesgo que se corre al acudir a delitos de peligro como los abstractos señalando que: “Todo ello ha producido una enorme *expansión del Derecho Penal*, que se utiliza como un instrumento de intervención en sectores tradicionalmente alejados del Derecho penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública o la economía. Y para hacer más eficaz esa intervención se recurre a instrumentos como los *delitos de peligro hipotético...*, y a técnicas legislativas como la norma penal en blanco..., hasta el punto de que incluso prescindiendo de la idea de peligro ya la infracción de una norma extrapenal (generalmente una de carácter reglamentario administrativo) es constitutiva de delito... La principal crítica que cabe hacer a esta expansión del Derecho penal es que con ella se pierde muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a un determinado bien jurídico protegido, y también quedan difuminados los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.”

<sup>518</sup> Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE. *Introducción...* *Op. cit.* p. 146.

<sup>519</sup> Vid. *Infra*. Se verá con mayor amplitud en el tema 3.1.1 Tesis tradicionales, del capítulo II.

una perspectiva *ex ante*- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico”<sup>520</sup>.

El ejemplo clásico de los delitos de peligro abstracto que suelen dar los autores, es el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas, pues establecen que “el peligro es tan elevado y tan grave (como muestran las estadísticas de accidentes mortales en la que aparecen implicados conductores bebidos), que el legislador castiga el mero hecho de «ponerse en carretera» en tales condiciones, sin necesidad de que se compruebe si en el caso concreto el conductor ha creado un peligro efectivo de lesión para otros usuarios de la vía pública. Por ello, aunque el conductor no haya llegado a poner en peligro concreto a otro conductor, aunque ni siquiera se haya cruzado en su trayecto con ningún otro vehículo, realiza el delito”.<sup>521</sup>

Sin embargo, determinar cuáles delitos se consideran de peligro abstracto, resulta por demás difícil, ya que la descripción del tipo, muchas veces no es clara, así como la posibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Por otro lado, se señala que en los delitos de peligro abstracto “es suficiente una peligrosidad derivada de la acción, cuyas características fija el legislador en el tipo, sin que se requiera que un bien jurídico determinado quede afectado. Lo que el legislador hace es presumir que ciertas conductas, según un juicio que proporciona la experiencia, entrañan siempre un peligro y que deben prohibirse bajo amenaza de una sanción penal”<sup>522</sup>.

En este mismo sentido opina QUINTERO OLIVARES, para quien “en los delitos de peligro abstracto, el legislador ha presumido que ciertas conductas entrañan siempre peligro de manera que su realización se supone, sin más, peligrosa según un juicio que proporciona la experiencia social”<sup>523</sup>.

También se ha entendido que los delitos de peligro abstracto “constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto”<sup>524</sup>, toda vez que no es necesaria la puesta en peligro efectiva o concreta del bien jurídico, es decir, no es necesario un resultado de peligro. Ahí el legislador ha decidido sancionar la peligrosidad de la conducta en sí misma.

En los delitos de peligro abstracto, “la acción considerada crea un riesgo determinante *a priori* y objetivamente desaprobado, aunque con independencia de que el riesgo o peligro afecte o no el objeto en que se concreta el bien jurídico protegido”<sup>525</sup>.

Dejando de lado las críticas a la conformación de estos delitos, conviene señalar que el peligro constituye el «motivo»<sup>526</sup> de su introducción por el legislador, sin que en el tipo aparezca como exigencia el peligro como elemento típico; hay que resaltar las

---

<sup>520</sup> MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político...* Op. cit. pp. 20, 21.

<sup>521</sup> RAMOS TAPIA. “El concepto...” Op. cit. p. 399.

<sup>522</sup> *Ibíd.*

<sup>523</sup> QUINTERO OLIVARES. *Manual de...* Op. cit. p. 334.

<sup>94</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Lecciones...* Loc. cit.

<sup>525</sup> PRAT GARCÍA, Josep María/SOLER MATUTES, Pedro. *El delito ecológico*. Editorial CEDECS. Barcelona, 2000. pp. 27, 28.

<sup>526</sup> *Vid.* Esta opinión la siguen algunos autores, pero no es aceptada por la mayoría de la doctrina penal.

posturas que fundamentan estos delitos en elementos como la estadística, así hay quien entiende por peligro abstracto “un peligro estadísticamente demostrado, que se da, por consiguiente, en una mayoría de casos, aunque falta en el supuesto concreto”<sup>527</sup>.

Así como se han definido –los delitos de peligro abstracto– como grado previo a los delitos de peligro concreto, también suelen definirse en exclusión a los mismos, pues se ha señalado que serán aquellos que no son un peligro concreto; de acuerdo a lo anterior, los delitos de peligro concreto, son aquellos en los que la consumación del tipo penal requiere, que el hecho genere con cierta probabilidad, la lesión del objeto del bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto en cambio, se conforman con un grado menor de desatención al bien jurídico; basta para la punibilidad, la peligrosidad general o remota, de la acción, para cierto bien jurídico<sup>528</sup>. Sin embargo, dejaremos el tema de la distinción entre ambos delitos, para el apartado siguiente.

Por otra parte, un sector de la doctrina ha clasificado también a los delitos de peligro abstracto, dentro de la categoría de los delitos sin resultado típico, puesto que los primeros poseen la misma cualidad de proteger bienes jurídicos que no son aprehensibles materialmente<sup>529</sup>.

## B. Características.

En este tipo de delitos de peligro abstracto, hay quienes opinan que la conducta es peligrosa en sí misma, como quedó asentado *supra* líneas; o bien haya sido “*indiciariamente* peligrosa, el autor será castigado aún y cuando en el caso concreto la acción no hubiera dado lugar a un *auténtico* peligro. Por eso, se dice que en estos delitos el peligro no constituye un elemento del tipo, sino sólo el *motivo* del legislador para tipificar determinadas conductas y que en ellos se *presume* que la conducta es peligrosa”<sup>530</sup>.

Como ya lo ha señalado una parte de la doctrina, estamos ante delitos de mera actividad, cuyo análisis o juicio de valor se realiza *ex ante*, teniéndose por peligrosas todas las acciones que se describen en el tipo correspondiente<sup>531</sup>.

En este mismo sentido se afirma, que al tener una estructura típica objetiva igual que la de los delitos de simple actividad, sólo requieren que el autor haya realizado la actividad prohibida, es decir, la conducta típica, que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para los bienes jurídicos<sup>532</sup>.

Por otro lado, como se ha señalado, los delitos de peligro abstracto no constituyen una lesión o una concreta puesta en peligro del bien jurídico. De ahí que se señale, que tienen como objeto comportamientos que no se definen en función de una determinada consecuencia, sino que sólo describen la realización de determinadas actividades, o bien, comportamientos que tienen una consecuencia mencionada en el tipo, pero que

---

<sup>527</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María./SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte general*. Decimotava edición. Editorial Dykinson. Madrid, 1995. p. 428.

<sup>528</sup> Vid. SANCINETTI MARCELO, A. *Teoría del delito y desvalor de acción*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1991. p. 217.

<sup>529</sup> Vid. LAURENZO CAPELLO. *El resultado...* *Op. cit.* p. 171.

<sup>530</sup> DOVAL PAIS. *Delitos de...* *Op. cit.* p. 331. Las cursivas son del texto original.

<sup>531</sup> *Ibid.* p. 332.

<sup>532</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de...” *Op. cit.* p. 474.

generalmente no es el daño en sí, sino una conducta que podría originarlo y se prohíbe para evitar la producción del resultado, siendo este último el fin de la norma<sup>533</sup>.

Como se ha mencionado, un sector de la doctrina se decanta, porque los delitos de peligro abstracto, castigan una conducta considerada generalmente como peligrosa, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido. La determinación de una conducta como peligrosa, se hace a través de una generalización legal basada en la consideración de que ciertos comportamientos son típica o generalmente peligrosos para el objeto típico y también para el bien jurídico. Por ello, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo, sino solamente una razón o motivo de la existencia de los delitos de peligro abstracto, se entiende que no es necesario probar en el caso concreto, una puesta en peligro al bien jurídico, así mismo, ni siquiera es necesario confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad prestablecidos de modo general por el legislador<sup>534</sup>.

Por otra parte, refiere DOVAL PAIS, que estos delitos de peligro abstracto se han venido considerando por la jurisprudencia, como delitos meramente formales, aunque esta postura se ha modificado poco a poco, imponiéndose lo que considera el autor, como un mejor criterio, “la exigencia de una cierta *idoneidad* de las conductas para dar lugar a la lesión del bien jurídico, lo que es tanto como volver a recordar los postulados más elementales de los principios de culpabilidad y proporcionalidad entre el hecho y la pena”<sup>535</sup>.

En razón de lo anterior, varios sectores tratan de encontrar una solución a las críticas<sup>536</sup> -que enseguida abordaremos-, algunos han propuesto la aplicación de ciertos correctivos, señalan que debiera requerirse la existencia de una “auténtica aptitud lesiva de la acción de estos delitos; es decir, la *posibilidad* de que la conducta ocasione la lesión de un bien jurídico”<sup>537</sup>.

### C. Principales críticas.

---

<sup>533</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Límites...* Op. cit. p. 19.

<sup>534</sup> *Ibid.* pp. 19, 20. Sin embargo, cabe mencionar que, aunque se señala que esta postura es adoptada por gran parte de la doctrina, también se debe apuntar que existen posiciones en contra. Pues se señala, que sería asumir que el peligro no debe ser constatado en absoluto para el caso individual por el juzgador, ya que éste desempeñaría solo un papel de mero verificador de que la conducta se ha realizado y por tanto la única comprobación necesaria es que la conducta descrita en el tipo se haya ejecutado con independencia de su peligrosidad real en la situación concreta. *Ibid.* p. 20. Vid. En el mismo sentido DOVAL PAIS. *Delitos de...* Loc. cit. Señala que estos delitos son por demás debatibles, el punto más controvertido se encuentra en el tema relativo a si son tipos absolutamente formales, o por el contrario, requieren de una cierta aptitud en la conducta para ocasionar la lesión al bien jurídico.

<sup>535</sup> DOVAL PAIS. *Ibid.* p. 333.

<sup>536</sup> Vid. *Infra*. En el tema 3.5 Propuestas dogmáticas de la interpretación de los delitos de peligro abstracto, correspondiente al Capítulo II, se abordarán otras soluciones que buscan responder a las críticas, que se les han formulado a los delitos de peligro abstracto.

<sup>537</sup> DOVAL PAIS. *Delitos de...* Op. cit. p. 335.

Se ha señalado que los delitos de peligro abstracto presentan problemas en cuanto a su constitucionalidad, toda vez que se castiga una «peligrosidad presunta» que no admite prueba en contrario de la ausencia de peligro<sup>538</sup>.

Al respecto se menciona que “debe admitirse, como defiende la doctrina mayoritaria, la prueba de que la conducta no era efectivamente peligrosa en abstracto y que se consideren atípicos los casos en que, por las circunstancias en las que se haya desarrollado la conducta, esta no tenía capacidad alguna de lesionar el bien jurídico individual” tomando como base que “la conducta sólo es ilícita si resulta peligrosa para tales bienes”<sup>539</sup>.

Los anteriores argumentos, forman parte del debate que aún existe en la doctrina penal, sobre si se está ante delitos donde se exige una idoneidad o aptitud para causar un peligro al bien jurídico, así como si se podrá aportar prueba en contrario a la presunción de peligrosidad de la conducta, establecida por el legislador en el tipo, problema que se abordará más ampliamente en los temas siguientes de este trabajo.

Por otra parte, se ha dicho que la doctrina mayoritaria, por un lado, acepta que los delitos de peligro abstracto, son el instrumento adecuado para tutelar ciertos bienes jurídicos. Sin embargo, también destacan que muchas veces la protección de bienes jurídicos supraindividuales, por delitos de peligro abstracto, hace que el bien jurídico quede desvirtuado hasta el punto de no poder cumplir las funciones que se le han asignado, en este sentido se afirma que “desde una perspectiva personalista [...], resulta innegable que la concepción de bienes jurídicos colectivos supone un esfuerzo de abstracción, con frecuencia necesario, para adelantar o ampliar los límites de lo punible. Si a continuación se castiga no ya la lesión, sino el peligro abstracto para ese bien jurídico colectivo, se ha efectuado un segundo adelantamiento que supone un efecto multiplicador del adelantamiento respecto del objeto último de tutela, la persona.”<sup>540</sup>

Para evitar que en este tipo de delitos, no exista ni siquiera un peligro real para el bien jurídico, y tomando como punto de referencia los principios del Estado de Derecho, se señala, que lo más que se puede hacer para restringir la punibilidad de estos delitos, es insistir en que el legislador calcule correctamente, el potencial peligroso inherente a la acción incriminada, pues en el proceso penal es imposible hacer ninguna limitación, ya que la ley no permite que el juez valore o investigue el peligro real. Así “los delitos de peligro abstracto pueden convertirse en el ‘sombrero de Gesler’ de la famosa narración de ‘Guillermo Tell’, al que todo el mundo prestaba reverencia sin llegar a ver a su propietario. El legislador debería, por tanto, abstenerse de utilizarlos; su lugar es el ámbito de las infracciones administrativas, no el de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos.”<sup>541</sup>

---

<sup>538</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Lecciones de... Loc. cit.* En este sentido opina que “Una burda valoración no satisface los requisitos mínimos de lesividad material, que debe reunir una conducta para dar lugar a la imposición de una pena. Por ello, la doctrina propone diversas soluciones orientadas a restringir el ámbito de aplicación de los delitos de peligro abstracto”.

<sup>539</sup> RAMOS TAPIA. “El concepto... *Op. cit.* p. 400.

<sup>540</sup> GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. pp. 224, 225.

<sup>541</sup> HASSEMER/ MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología... Op. cit.* pp. 146, 147.

Sobre todo, tomando en cuenta el principio de intervención mínima, pues sólo en los casos de bienes jurídicos muy importantes y trascendentes y también tratándose de lesiones graves al bien jurídico, se justifica la intervención del Derecho penal.

En este mismo sentido, refieren que en estos delitos no se respeta el principio de intervención mínima del Derecho penal o el principio de ofensividad, es decir, que solo deben sancionarse las conductas que lesionen o pongan en peligro (concreto y real) un bien jurídico.

Sin embargo, en respuesta de estas duras críticas, se afirma que el recurso a estos delitos puede estar legitimado, cuando la intervención penal se muestre como la vía necesaria (para seguir bajo el principio de *ultima ratio* o subsidiariedad) para reprimir conductas consideradas peligrosas para bienes jurídicos de gran importancia (carácter fragmentario)<sup>542</sup>.

### 2.2.2. Delitos de peligro concreto.

Los elementos utilizados generalmente en la caracterización de los delitos de peligro concreto, son dos: la presencia del peligro en el tipo y la consiguiente y necesaria labor de verificación del mismo, que ha de realizar el juzgador en cada caso. Por ello se afirma, que el peligro no es en este tipo de delitos, un simple «motivo» del legislador<sup>543</sup>, para tipificación de la acción determinada, sino que viene a formar un elemento, que es necesario comprobar desde el momento en que es utilizado expresamente en el tipo<sup>544</sup>.

Como se ha señalado, lo que caracteriza a los delitos de peligro concreto, es su descripción por el legislador, quien establece que el «peligro», constituya un elemento expreso del tipo penal. Éste es un criterio formal que, si bien nada dice de su contenido material, pero que sí se conecta con la necesidad de prueba. Y como se convierte el «peligro» en un elemento del tipo, éste se debe constatar para estimar consumado el delito<sup>545</sup>.

Los delitos de peligro concreto, coinciden con los delitos de peligro abstracto, en cuanto al contenido de peligro que debe observarse en la conducta, es decir, en la realización de una conducta considerada como peligrosa<sup>546</sup> o bien, que aumenta el riesgo por encima de lo permitido<sup>547</sup>; sin embargo, su diferencia de éstos últimos y su principal característica, es que tienen expresamente establecida en el tipo, la necesidad de que se provoque una concreta situación de peligro (resultado de peligro), es decir, debe existir un peligro efectivo, próximo y real para el bien jurídico; requieren por tanto, la prueba de

---

<sup>542</sup> Vid. RAMOS TAPIA. “El concepto... *Op. cit.* pp. 399, 400.

<sup>543</sup> Vid. *Supra*. En el apartado anterior sobre los delitos de peligro abstracto, se mencionó que existen autores que refieren que los delitos de peligro abstracto, se crean como simple motivo del legislador.

<sup>544</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos...* *Op. cit.* p. 211.

<sup>545</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* p. 242.

<sup>546</sup> Vid. RAMOS TAPIA. “El concepto... *Op. Cit.* p. 398. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Lecciones...* *Op. cit.* p. 156.

<sup>547</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción...*Op. cit.* pp. 478, 479.

que el peligro se dio en el caso específico<sup>548</sup> y que a causa de tal peligro concreto el bien jurídico estuvo en posibilidad<sup>549</sup> de ser lesionado.

En este mismo sentido, en los delitos de peligro concreto, se reclama en todo caso, una mayor concreción del juicio que en los delitos de peligro abstracto. Esa concreción es producto, de la mayor amplitud que la base del juicio de peligro concreto, debería poseer en relación al juicio de abstracta peligrosidad<sup>550</sup>.

De igual manera, se señala que se estará ante delitos de peligro concreto “cuando el ordenamiento penal exige la puesta en peligro de un objeto en el que se concreta el bien jurídico, junto con una probabilidad de lesión suficiente del mismo”<sup>551</sup>.

De acuerdo al concepto de peligro desde un punto de vista material, según la doctrina mayoritaria, se pueden distinguir dos aspectos: en primer lugar, la probabilidad o posibilidad de un resultado (lesivo) que supone el peligro concreto y que conlleva, en segundo lugar, una situación de tensión o anormalidad para el bien jurídico.<sup>552</sup>

Por otra parte, la principal característica, de estos delitos o la esencial, como se mencionaba *supra* líneas, es que en ellos el legislador expresamente requiere de la existencia de una posibilidad real e inminente, de que determinadas acciones sean lesivas para el bien jurídico protegido, dejando al juzgador la apreciación de sí en el caso concreto se dio tal puesta en concreto del peligro; en otras palabras, debe existir la descripción del peligro en el tipo y su necesaria comprobación por el juzgador.

Dicha puesta en peligro concreto del bien jurídico, constituye el resultado típico del delito, en razón de lo cual, deberá además del peligro, comprobarse la relación de causalidad entre la acción y el resultado (puesta en peligro concreto del bien jurídico)<sup>553</sup>, es decir, el juzgador debe verificar que la puesta en peligro para el bien jurídico, haya sido consecuencia de la acción realizada por el sujeto activo<sup>554</sup>.

De este modo, se establece que el juicio que se realiza sobre el peligro concreto, debe hacerse desde una perspectiva *ex post* y siempre considerando todas las circunstancias concurrentes en el hecho<sup>555</sup>.

Porque precisamente esa perspectiva en el juicio, lo distingue de los delitos de peligro abstracto, ya que cuando estamos ante un delito de peligro abstracto, el juicio que se realiza sobre el peligro, se realiza desde una perspectiva *ex ante* y con atención a las circunstancias presentes al momento de la ejecución del respectivo comportamiento<sup>556</sup>.

---

<sup>548</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES. *Manual... Loc. cit.*

<sup>549</sup> Vid. *Supra*. En el primer capítulo de este trabajo, se abordó lo relativo a la posibilidad y probabilidad, como conceptos relacionados con el peligro.

<sup>550</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos... Op. cit.* p. 213.

<sup>551</sup> Vid. PRAT GARCIA/SOLER MATUTES. *El delito ecológico... Op. cit.* p. 28.

<sup>552</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO. “Comentario al artículo 325”. En *Comentarios al Código Penal*. (Dir.) Arroyo Zapatero L. et al. Editorial Iustel. Madrid, 2007 pp. 106, 107.

<sup>553</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de... Op. cit.* p. 337. VARGAS PINTO. *Delitos... Op. cit.* pp. 242, 243.

<sup>554</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Op. cit.* p. 479.

<sup>555</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de ... Op. cit.* p. 243.

<sup>556</sup> *Ibíd.*

Como se ha señalado, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, que se distinguen de los delitos con resultado material, en que, en lugar de tratarse de un resultado lesivo, el resultado sólo será de peligro para el bien jurídico. Por lo que la comprobación del tipo objetivo en estos delitos requiere de:

- a) La realización de una acción que cree un riesgo no permitido de lesión del bien jurídico,
- b) Una efectiva puesta en peligro de un bien jurídico; y
- c) La imputación objetiva del resultado de peligro a la acción peligrosa<sup>557</sup>.

CORCOY BIDASOLO considera que en los delitos de peligro concreto es necesario “realizar un segundo juicio de imputación, de naturaleza análoga a la imputación objetiva del resultado en los delitos de lesión”<sup>558</sup>. En ese tipo de delitos, el tipo requiere la producción de un resultado de peligro, generalmente para la vida o la salud, y este resultado debe de imputarse al tipo de injusto penal, también desde una perspectiva *ex post*.

En este sentido, “existen delitos con resultado de peligro concreto para bienes jurídicos individuales y para bienes jurídicos supraindividuales y con resultado de peligro potencial para bienes jurídicos individuales y supraindividuales, teniendo todos ellos en común el primer juicio de imputación, en el sentido de prueba *ex post* de la lesividad de la conducta para lesionar el respectivo bien jurídico protegido”<sup>559</sup>.

Por ello se considera que la categoría de los delitos de peligro concreto, es una categoría de delitos de resultado, pues en éstos es necesario individualizar un auténtico resultado de peligro para el bien jurídico determinado, pudiendo entonces ser calificados como delitos de peligro concreto<sup>560</sup>.

Y aun cuando es considerado un tipo de delito, en el cual el peligro está en mejor medida identificado, así como el bien jurídico, puede decirse que en los delitos de peligro concreto existe al igual que en los delitos de peligro abstracto, una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, característica también, de todos los delitos de peligro<sup>561</sup>.

Por otro lado, aunque se ha señalado que en el tipo debe ir descrito el peligro, siendo ésta una de las características del peligro concreto, también es cierto, que en muchas ocasiones los tipos de peligro concreto no exigen el peligro explícitamente, sino que se deduce de las circunstancias descritas.

En ese sentido, afirma MÉNDEZ RODRÍGUEZ que no es relevante el hecho de que el peligro aparezca o no entre los elementos del tipo, a la hora de configurar un delito de peligro concreto; la nota relevante es que se trate de un resultado de puesta en peligro<sup>562</sup>.

---

<sup>557</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Loc. cit.*

<sup>558</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Op. cit.* p. 149.

<sup>559</sup> *Ibíd.*

<sup>560</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos...* *Op. Cit.* p. 227.

<sup>561</sup> *Cfr.* DOVAL PAIS. *Delitos de...* *Op. cit.* p. 339.

<sup>562</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos...* *Op. Cit.* pp. 227, 228. Incluso la autora habla de peligro como elemento expreso del tipo o como elemento inexpreso del tipo. *Cfr.* pp. 222-234.

Sin embargo, los tipos de peligro que incorporan, el peligro de manera explícita, en relación al resultado, tienen la ventaja de determinar junto a ella, el bien o bienes jurídicos afectados, permitiendo de esta forma, la verificación de la prueba del peligro, sin tener que afectar previamente una labor de interpretación, que recabe el bien o bienes que resultan afectados, o respecto de los que el legislador prevé la tutela penal<sup>563</sup>.

Por otro lado, se ha afirmado que, en la situación de peligro concreto, existe un vínculo con el bien jurídico-penal, en cuanto éste entra en contacto con el comportamiento realizado. Se manifiesta de igual manera, que este peligro se produce cuando un bien penal ingresa, en el radio de acción del comportamiento peligroso<sup>564</sup>.

El peligro en esta clase de delitos, aparece como una “cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa”<sup>565</sup>. Por lo tanto, para que pueda hablarse de un resultado de peligro, es preciso -como ya se mencionó anteriormente-, que un bien jurídico haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión apareciera en ese momento como no absolutamente improbable.

Esta característica de los delitos de peligro concreto, de exigir el contacto del bien jurídico penal con el comportamiento realizado, facilita la vinculación de este peligro con un objeto de acción antes que con un bien jurídico-penal, puesto que parece requerir de realidades sensibles individualizables que se encuentren con conductas peligrosas<sup>566</sup>.

Por ello se ha señalado, que este peligro refiere a bienes individuales con sustrato material, que se asocian a un objeto de acción. De ahí, que generalmente cuando se habla de resultado de peligro, se hace referencia a la concreta puesta en peligro de bienes jurídico penales individuales, tanto materiales como inmateriales<sup>567</sup>.

Así mismo, se han catalogado como delitos de peligro concreto, los relativos al abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (artículos 229.3, 231.2 del CP<sup>568</sup>), donde resultado de peligro concreto se

---

<sup>563</sup> *Ibíd.* p. 232.

<sup>564</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de... Loc. cit.*

<sup>565</sup> CERESO MIR. “Los delitos de peligro abstracto...”. *Op. cit.* p. 49.

<sup>566</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de ... Op. cit.* p. 244.

<sup>567</sup> *Ibíd.* pp. 224-246. Se pone generalmente de ejemplo de este tipo de delitos, el delito de conducción temeraria del artículo 380.1 del CP. El artículo 380.1 del CP señala lo siguiente: “El que condujere un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.”

Por otra parte, el punto 2 de este artículo, describe que debemos entender por temeridad manifiesta, lo cual me parece importante mencionar: “2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior”.

<sup>568</sup> Art. 229.3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

Art. 231.2. Si con la entrega se hubiera puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

configura como una forma de calificación; a la salud pública (como los artículos 362 quinquies, 363, entre otros artículos del CP<sup>569</sup>).

En cuanto a las críticas, se ha señalado que la principal dificultad que presentan estos delitos, se da en cuanto a poder determinar en qué situación se puede hablar de peligro concreto y en cuál no, siendo el principal criterio para determinarlo, la intensidad del peligro producido.

Y es que precisamente, la posibilidad de verificar el peligro depende en gran medida, del grado de determinación del bien jurídico, coincido en que en cuanto más delimitado y definido éste el bien jurídico –individuales, pero en especial los colectivos– será más fácil determinar la efectiva puesta en peligro y menos objeciones encontraremos para los delitos de peligro concreto<sup>570</sup>.

Para la mayor parte de la doctrina, después de arduos debates para saber cuándo considerar una conducta como peligrosa<sup>571</sup>, se dice que, “*a priori* –pese a tratarse de un concepto normativo–, no puede determinarse qué coeficiente exacto de peligrosidad convertirá la conducta en típica. Será la decisión judicial la que realizando un juicio de valor en el ámbito del deber-ser, concluirá cuándo en el supuesto concreto ha existido una conducta cuya peligrosidad excede el riesgo permitido.”<sup>572</sup>

---

<sup>569</sup> Art. 362 quinquies. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

Art. 363. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.
2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.
3. Traficando con géneros corrompidos.
4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.
5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

<sup>570</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de...* Op. cit. p. 236.

<sup>571</sup> Existe cierta confusión entre lo que se denomina «conducta peligrosa» y «resultado de peligro», debemos aquí decir al respecto que como lo dice la definición enunciada en ese mismo párrafo, es difícil determinar cuándo una conducta es peligrosa, sin embargo, será el juzgador quien después de revisar el caso concreto, determinará si la conducta excede el riesgo permitido y por tanto resulta peligrosa para algún bien jurídico. Por otro lado, el resultado de peligro, en mi opinión, derivara precisamente de una conducta que, excediendo el riesgo permitido, ha creado un peligro para el bien jurídico; será por tanto el resultado de peligro, una consecuencia de una conducta que ha puesto en peligro al bien jurídico protegido.

<sup>572</sup> DE LA CUESTA AGUADO. “Comentario al artículo 325”. Op. cit. pp. 107, 108. Sin embargo, al dejar al juzgador la determinación de cuándo una conducta es peligrosa en concreto para el bien jurídico, consideran que con ello se crea una situación de inseguridad jurídica, pues el inculpado no sabrá *ex ante*, si su conducta implica un riesgo o no y por tanto, no podrá sustraerse de realizar tal conducta peligrosa.

Por otra parte, después de un arduo debate ahora, sobre cuál sería el criterio que debiera tomar el juzgador para comprobar o verificar si efectivamente el resultado de peligro concreto se ha producido o no, se ha establecido cierto consenso en la doctrina, en entender que ha existido una «situación de peligro» en concreto para el bien jurídico “cuando la lesión del mismo no se ha producido por casualidad, es decir, por la concatenación de circunstancias que han impedido que se acabe produciendo un resultado lesivo (conurrencia de circunstancias afortunadas imprevisibles, intervención acertada de terceros, etc.).”<sup>573</sup>

### 2.2.3. Delitos de peligro hipotético.

En principio, cabe señalar que esta categoría dogmática, se concibió como una forma de contener las críticas que se les formulaba a los delitos de peligro abstracto. Son, por tanto, un intento de reconducirlos para evitar no sólo las críticas, como se menciona, sino también la antinomia que existe para muchos, entre los delitos de peligro abstracto y ciertos principios penales. Con base en ello, estimaron que era la manera de reducir los delitos de peligro abstracto a términos aceptables.

Por ello se sostiene que esta categoría dogmática, ha de desplazar el recurso a los delitos de peligro abstracto, por cuanto que “sólo serán admisibles en un ordenamiento democrático de derecho aquellos delitos en los que el tipo no reclama la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro al bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito”<sup>574</sup>.

La doctrina suele citar la obra de SCHRÖEDER<sup>575</sup> (*apud* GÓMEZ TOMILLO, Manuel), como punto de partida en la configuración dogmática de los delitos llamados por gran parte de la doctrina, como delitos de peligro hipotético, a los cuales este autor denominaba delitos de peligro abstracto-concreto.

Los delitos de peligro hipotético, se definen como aquellos en los que en el supuesto de hecho se describe una «aptitud» o « idoneidad» de la acción típica para producir resultados lesivos<sup>576</sup>. En otras palabras, será una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico, como elemento material integrante del tipo de delito; este peligro para el bien jurídico, basta con que sea un peligro genérico, pues no requiere, a diferencia de los delitos de peligro concreto, que sea un peligro efectivo<sup>577</sup>.

Estos delitos, tienen como característica la de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del sujeto, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Con la introducción de esos elementos se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir un peligro en el bien jurídico protegido,

---

<sup>573</sup> RAMOS TAPIA. “El concepto... *Op. cit.* p. 401.

<sup>574</sup> DE LA CUESTA AGUADO. “Comentario al artículo 325”. *Op. cit.* p. 98.

<sup>575</sup> *Vid.* GÓMEZ TOMILLO, Manuel, en AAVV. “Contribución a la Teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu, (Coord.), *et al.* Editorial Dykinson. Madrid, 2005. p. 465.

<sup>576</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal...* *Op. cit.* p. 303.

<sup>577</sup> *Vid.* TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro hipotético... *Op. cit.* pp. 827,828.

convirtiéndose esa «idoneidad» en un elemento normativo del tipo objetivo, que necesariamente deberá estar presente y será comprobado por el juzgador<sup>578</sup>.

De acuerdo a lo anterior, se señala que en estos delitos de peligro, se introduce un elemento de peligro como *parte integrante del tipo* y ya no como un mero «motivo»<sup>579</sup> del legislador, como venía sucediendo en los delitos de peligro abstracto puro<sup>580</sup>.

Para MUÑOZ CONDE, los delitos de peligro hipotético se encuentran a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y concreto, en los que, “si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas”<sup>581</sup>.

Y precisamente se considera que se encuentran en medio de los delitos de peligro abstracto y concreto, como lo señala MUÑOZ CONDE, porque veían a suplir las deficiencias de ambas clasificaciones de delitos de peligro, pues algunos autores señalan, que acudir a este tipo de delitos de peligro, es una opción de política criminal, que se justifica en la sociedad en la que vivimos, denominada como «sociedad de riesgo»<sup>582</sup>, aumentando así la importancia e intervención del Derecho penal, como medio de control social<sup>583</sup>.

Así, a los delitos de peligro hipotético, se les caracteriza porque el tipo penal describe una acción peligrosa con carácter general, sin que sea necesaria la constatación del peligro real o efectivo en el caso concreto, como sucede en los delitos de peligro concreto<sup>584</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que estos delitos han recibido múltiples denominaciones, como delitos de peligro abstracto-concreto<sup>585</sup>, como delitos de aptitud, delitos de idoneidad, delitos de aptitud abstracta<sup>586</sup> o como delitos de peligro posible<sup>587</sup>, entre otras. Sin embargo, pese a la denominación que cada autor le asigna a estos delitos, y a la inclusión expresa o no de los términos de aptitud o idoneidad en el tipo, lo único que se debe tener claro, es que en estos delitos el común denominador, es la exigencia de la peligrosidad de la acción, de su aptitud o idoneidad *ex ante* para producir un resultado lesivo<sup>588</sup>.

---

<sup>578</sup> Vid. BOGADO/FERRARI. “Sociedad de Riesgo... *Loc. cit.*

<sup>579</sup> Vid. *Supra*. Como se aclaró en páginas precedentes, esta concepción solo es aceptada por algunos autores.

<sup>580</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales... Op. cit.* p. 314.

<sup>581</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte especial*. Decimoctava edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 585 y ss.

<sup>582</sup> Vid. *Supra* sobre la Sociedad del riesgo, el tema 2.1.2. del Capítulo II, denominado La sociedad del riesgo como justificación de los delitos de peligro.

<sup>583</sup> Vid. BOGADO/FERRARI. “Sociedad de... *Op. cit.* p. 11.

<sup>584</sup> Vid. TORIO LÓPEZ. “Los delitos de... *Op. cit.* p. 838.

<sup>585</sup> Cfr. TORIO LÓPEZ. *Ibid.* p. 833. SCHRÖDER propuso la designación de delitos de peligro abstracto-concreto.

<sup>586</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO. “Contribución... *Op. cit.* p. 467. Denominación acuñada por la doctrina alemana y considerada más adecuada para este autor.

<sup>587</sup> Vid. TORIO LÓPEZ. “Los delitos de... *Op. cit.* p. 846. Designación utilizada por Gallas.

<sup>588</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales... Op. cit.* p. 413.

Ello derivado de que en su configuración, se exige la comprobación de al menos algún elemento de idoneidad de la acción individual, para producir un determinado resultado lesivo<sup>589</sup>.

Por lo que se refiere al término de hipotético, de los delitos de peligro de esa denominación, éste se explica de la siguiente manera: “lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste”<sup>590</sup>.

En virtud de ello se hace necesario acreditar dos exigencias del tipo, por un lado la peligrosidad de la acción –que le es común a todos los delitos de peligro (desvalor real de acción)– y la posibilidad del resultado de peligro para el bien jurídico protegido (desvalor potencial de resultado)<sup>591</sup>.

Sobre su naturaleza, cabe señalar que gran parte de la doctrina acepta que se trata de una subespecie de los delitos de peligro abstracto, en que la presencia de la aptitud o posibilidad para el peligro de la acción es decisiva para conformar la tipicidad del delito, a diferencia de los de peligro abstracto, en los que la falta de peligrosidad de la acción en particular es irrelevante para la configuración del delito<sup>592</sup>.

En este mismo aspecto, se señala que en sentido lato son delitos de peligro abstracto, ya que no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro, de un peligro concreto para el bien jurídico protegido<sup>593</sup>.

Sin embargo, la «posibilidad de peligro» de la que se habla en los delitos de peligro hipotético, no queda satisfecha con la mera coincidencia formal, abstracta y general de la acción con la descripción típica, a diferencia de cuanto ocurre en los delitos de peligro abstracto puros. Pues en los delitos de peligro abstracto no es exigible un resultado de peligro, por tanto no es exigible la fijación y demostración de la relación de causalidad<sup>594</sup>.

Por otro lado, en los delitos de peligro abstracto es el legislador quien establece en el tipo, la idoneidad de la acción para poner en peligro el bien jurídico, sin que sea expresada en él, pues esa idoneidad forma parte de un juicio *ex ante* en que se determinó

---

<sup>589</sup> *Ibid.* Para esta autora es posible en los delitos de peligro hipotético, la producción de un resultado de lesión o de peligro concreto.

<sup>590</sup> TORIO LÓPEZ. “Los delitos de... *Loc. cit.*”

<sup>591</sup> *Ibid.*

<sup>592</sup> *Vid.* por todos TORIO LÓPEZ. *Ibid.* pp. 827, 828. MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro”. En AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del Doctor Don José Ramón Casabó Ruiz*. Universidad de Valencia, Instituto de Criminología. Valencia, 1997. p. 491. En otro sentido *Vid.* PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÉS I BANQUÉ, María. “Comentario al artículo 325”, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y Fermín Morales Prats (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Octava edición. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2009. p. 1200. Considera que aún se trata de dilucidar si los delitos de peligro hipotético son una subespecie de delitos de peligro concreto o bien de peligro abstracto.

<sup>593</sup> *Vid.* CEREZO MIR. “Los delitos... *Op. cit.* pp. 48, 49.”

<sup>594</sup> *Vid.* MORALES PRATS. “La estructura... *Loc. cit.*”

que una conducta sería considerada como peligrosa<sup>595</sup>. Por el contrario en los delitos de peligro hipotético, será el juzgador quien verifique que se presenta la idoneidad en la conducta para producir un resultado lesivo al bien jurídico, esa idoneidad será referida en cuanto a que sea capaz de producir un resultado<sup>596</sup>.

De ahí que sólo se podrá afirmar que estamos ante delitos de peligro hipotético, cuando se esté ante un tipo que exija un juicio sobre la idoneidad de la conducta típica. Sin embargo, se ha dicho que el juicio de idoneidad deberá realizarse *ex ante*, ya que si se realiza *ex post*, se estará ante delitos de peligro concreto<sup>597</sup>.

En este sentido, algunos autores afirman que la idoneidad que requieren los delitos de peligro hipotético, es una aptitud o idoneidad de producir un resultado lesivo para el bien jurídico, distinta a la aptitud o idoneidad que debe reunir toda conducta para ser considerada peligrosa *ex ante*, característica que compartirán todos los delitos de peligro<sup>598</sup>.

Si bien se afirma que la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro hipotético, radica en el momento de la exigencia de aptitud lesiva, sin embargo, se ha dicho por algunos autores, que los delitos de peligro hipotético tienen doble exigencia de aptitud o capacidad lesiva<sup>599</sup>, en tanto que, como todo delito de peligro, requieren una aptitud lesiva *ex ante* para caracterizar la conducta como peligrosa, y también una aptitud lesiva en cuanto a que puedan causar un resultado lesivo al bien jurídico. En esta doble exigencia será donde algunos autores establecen la diferenciación entre los delitos mencionados al principio<sup>600</sup>.

Esta doble valoración se explica de la siguiente manera: en primer lugar se debe constatar si la acción es apta para generar el riesgo, es decir, si reúne *ex ante* las condiciones materiales, para afirmar que indisolublemente asociadas a la acción, existen elevadas probabilidades de que se pueda producir un resultado lesivo; en segundo término, se debe verificar si la acción es idónea para producir un resultado lesivo para el bien jurídico, es este último sentido, señalan que la idoneidad debe ser para producir una lesión, pues carecería de sentido que sea apta para generar el riesgo y no lo sea para determinar la lesión<sup>601</sup>, por ello se entiende que la idoneidad de los delitos de peligro hipotético debe ser para causar una lesión, sin que ello requiera su producción efectiva, ni exija comprobar la presencia de un objeto material en el radio de acción del autor<sup>602</sup>.

---

<sup>595</sup> Vid. *Supra*. En páginas precedentes en la nota al pie 571, se hizo mención sobre la conducta peligrosa y el resultado de peligro.

<sup>596</sup> Vid. TORIO LÓPEZ. “Los delitos de... *Op. cit.* p.838. GÓMEZ TOMILLO. “Contribución... *Op. cit.* pp. 468, 469. PRAT GARCIA/SOLER MATUTES. *El delito ecológico. Op. cit.* p. 29.

<sup>597</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales... Op. cit.* p. 411. En este sentido se afirma que lo decisivo es cómo se realiza el juicio de peligro, pues si el juicio se realiza *ex post* con consideración de todos los elementos presentes en el caso, se hablará de un delito de peligro concreto, mientras que en el grupo de los delitos de peligro hipotético no pueden tomarse todas las consideraciones concretas del caso individual, ni se tratará de un juicio *ex post* sobre la producción de un resultado.

<sup>598</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de... Op. cit.* pp. 40,41. Señala que esta aptitud *ex ante* es característica no sólo de los delitos de peligro, sino también para los delitos de lesión.

<sup>599</sup> Vid. TORIO LÓPEZ. “Los delitos de... *Loc. cit.* GÓMEZ TOMILLO. “Contribución... *Loc. cit.*

<sup>600</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO. *Ibid.* pp. 468-471. Para profundizar sobre las diferencias entre los delitos de peligro abstracto puro y los delitos de peligro hipotético o delitos de aptitud abstracta, como el autor prefiere llamarlos.

<sup>601</sup> *Ibid.*

<sup>602</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos... Op. cit.* p. 410.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina esta doble aptitud o doble valoración, estiman que complica innecesariamente el análisis de estos delitos, en la medida en que requerirán dos juicios, sin que se explique correctamente para ellos el porqué de la doble exigencia<sup>603</sup>.

Pese a que, en un principio, se entendía que estos delitos venían a solventar las deficiencias que tenían los delitos de peligro abstracto, hay a quienes no convencen, ya que estiman que las «ventajas», que traían los delitos de peligro abstracto se terminaron con esta nueva configuración. Por otro lado, se establece que presentan dificultades en cuanto a la determinación de capacidad, idoneidad o aptitud de una conducta para producir determinados efectos<sup>604</sup>.

Sobre los delitos de peligro hipotético<sup>605</sup> también existen críticas, hay quienes cuestionan su legitimidad, junto con la de los delitos de peligro abstracto, pues señalan que son violatorios del principio de ofensividad o lesividad y de máxima taxatividad legal e interpretativa, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier prohibición<sup>606</sup>.

Consideran de igual manera, que los delitos de peligro hipotético, al igual que los de peligro abstracto, ocasionan una sobrevaloración de las funciones preventivas del Derecho penal, a la vez que se avasallan los principios y garantías que justifican, en un Estado de Derecho, tener como último recurso al Derecho penal<sup>607</sup>.

Siguiendo con las críticas, se ha señalado que este grupo de delitos de peligro abstracto-concreto, como también se les conoce, si bien son delitos donde el juez ha de constatar la existencia de peligro atendiendo a las circunstancias concretas, los cuestionamientos a esa diferenciación que los caracteriza, se fundamentan en que con esta propuesta, lo único que se pretende es constatar *ex ante* por el juez, la peligrosidad de la acción, constatación propia de los delitos de peligro abstracto, careciendo por tanto de utilidad, en cuanto a lo que pretenden es que la constatación del peligro no se haga según criterios generales de peligrosidad, sino de acuerdo con las circunstancias del caso concreto<sup>608</sup>.

### **2.3 DISTINCIÓN ENTRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO.**

Después de haberse abordado los delitos de peligro abstracto, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro hipotético, seguidamente se analizarán las principales diferencias entre los dos iniciales, ya que en ellos se encuentran los mayores contrastes.

---

<sup>603</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO. “Contribución... *Op. cit.* p. 466.

<sup>604</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos...* *Op. cit.* pp. 415-419.

<sup>605</sup> Por otro lado, en el CP, tenemos algunos ejemplos de delitos de peligro hipotético o de aptitud, como los relativos a los recursos naturales, artículos 325.2, 326.1, 326 bis; a la flora, fauna y animales domésticos, artículo 337 bis; a la salud pública, artículos 359, 361, 362.1 inciso b), 362.2, 362 bis, 364, 365.

<sup>606</sup> Vid. BOGADO/FERRARI. “Sociedad de riesgo... *Op. Cit.* pp. 10, 11.

<sup>607</sup> *Ibid.*

<sup>608</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Op. cit.* p. 151.

Aunado a que los delitos de peligro hipotético, se consideran una subespecie de los delitos de peligro abstracto.

Si bien se refirió en temas anteriores que la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro<sup>609</sup>, es por demás debatida y en ocasiones resulta compleja, tampoco la distinción entre la categoría de delitos de peligro, hoy más aceptada y predominante, entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro en concreto, resulta nada fácil.

En principio, la dificultad la encontramos porque no siempre es posible distinguir si un delito es de peligro abstracto o concreto, pues no siempre que las descripciones del tipo hablen de peligro para la vida o salud de las personas, se está ante un peligro concreto.

En ocasiones, dicha expresión de peligro abstracto, lo que hace es caracterizar la conducta prohibida y no exigir un resultado de peligro concreto<sup>610</sup>, es decir, el legislador sólo selecciona de entre las conductas aquellas que generen un peligro para la vida o salud de las personas, sin establecer qué tipo de peligro se exige, por lo cual distinguir entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, sólo por la descripción del tipo resulta difícil y puede ser infructuoso, ya que habrá tipos que hacen mención expresa del peligro y su tipo y otros casos en que no.

En el mismo sentido, DOVAL PAIS<sup>611</sup>, refiere que la distinción entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto no suele ser fácil cuando se está ante tipos delictivos, toda vez que son categorías de peligro y no pueden distinguirse en un plano meramente formal, es decir, atendiendo a si el tipo de manera expresa se refirió al peligro.

De igual manera el autor afirma, que, aunque no se aluda al peligro de modo expreso, puede suceder que la conducta descrita lo suponga necesariamente, o bien, que no se ocasione directamente por la misma. En el primer supuesto, “la conducta podría solamente poseer una aptitud lesiva (la mera posibilidad de lesión) o significar en ese marco típico, una vez realizado un verdadero riesgo para los bienes jurídicos en términos de un peligro próximo a su lesión”. Por otro lado, si el tipo de forma expresa hace alusión al peligro, puede dar lugar a diversas interpretaciones: por un lado se puede entender que se requiere de cierta aptitud lesiva de la conducta, o bien, que se exige la puesta en peligro próximo de algún bien jurídico<sup>612</sup>.

En cuanto a la distinción materia de este tema, se debe señalar que existen diversos criterios de distinción en la doctrina penal, aunque ceñiremos la exposición a sólo algunos de los más importantes a mi consideración, de los ofrecidos por los penalistas.

Y conviene adelantar que la distinción se hace, muy frecuentemente, desde un punto de vista meramente negativo, es decir, a partir de la definición de peligro concreto, y por exclusión el delito de peligro abstracto será aquello que no es un delito de peligro concreto. Aunque ésta no se puede considerar propiamente como una distinción atendible, ya que no aporta ningún criterio material en la diferenciación entre uno u otro delito de peligro.

---

<sup>609</sup> Vid. *Supra* notas al pie 483, 484 y 488.

<sup>610</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos... Op. Cit.* p. 405.

<sup>611</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de fraude alimentario. Op. cit.* pp. 342, 343.

<sup>612</sup> *Ibid.*

- g) En cuanto a la técnica de tipificación: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Esta distinción se da a través de la técnica de tipificación, pues resultara diversa para la configuración de cada delito, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que sólo los delitos de peligro concreto, exigirán además un verdadero desvalor de resultado, consistente en la efectiva y real puesta en peligro del bien jurídico. En este sentido se señala que la intensidad del ataque al bien jurídico es de mayor entidad en los delitos de peligro concreto, puesto que en ellos necesariamente se da un contacto entre la acción peligrosa y un objeto de protección<sup>613</sup>.

- h) En cuanto a la comprobación: delitos de resultado y delitos de mera actividad.

La consumación de un delito de peligro concreto requiere la comprobación por parte del juzgador de la proximidad del peligro al bien jurídico y la capacidad lesiva del riesgo. Por esta razón, estos delitos serán siempre de resultado. Mientras que los delitos de peligro abstracto -para algunos autores- son delitos de mera actividad<sup>614</sup>; pues se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa<sup>615</sup>.

Por otra parte, se hablará de un delito de peligro concreto cuando pueda apreciarse un resultado (separable de la acción). Fundamentan su postura como se mencionaba *supra* líneas, en la distinción entre delitos de peligro abstracto, como delitos de mera actividad y los delitos de peligro concreto, como delitos de resultado<sup>616</sup>.

Aunque cabe destacar que existen opiniones en contra de considerar siempre a los delitos de peligro abstracto como delitos de mera actividad<sup>617</sup>.

En contra de esa concepción que considera a los delitos de peligro abstracto como delitos de mera actividad, esta CORCOY BIDASOLO, para quien la diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, se encuentra en la exigencia o no del resultado de peligro<sup>618</sup>, no en que uno sea de resultado y otro de mera actividad. Postura con la que concuerdo, al no considerar válido este criterio para distinguir los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto.

De igual manera, la distinción entre ambos delitos de peligro –concreto y abstracto-, como ya lo señalamos anteriormente, radica en la exigencia o no del resultado

---

<sup>613</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos...* Op. cit. pp. 18, 19.

<sup>614</sup> Vid. *Supra* el tema 1. El resultado de peligro, del Capítulo II, donde quedo establecido que todos los delitos son de resultado. Por lo que no asumo la postura de esta distinción.

<sup>615</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Lecciones de Derecho Penal...* Op. cit. p. 156.

<sup>616</sup> Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de...* Op. cit. pp. 344, 345.

<sup>617</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos...* Op. cit. p. 23. Se ha señalado que aunque la inmensa mayoría de la doctrina identifica los delitos de peligro abstracto con los delitos de mera actividad, también es cierto que puede haber y de hecho hay delitos que se formularon típicamente de forma que se exige la producción de un resultado, aunque este no sea un resultado de peligro; usando el ejemplo del delito de incendio del art. 352.1 CP, en que se exige la producción de un resultado material que puede suponer un peligro para otros bienes jurídicos distintos al del objeto incendiado.

<sup>618</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* Op. Cit. p. 155.

de peligro, no en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. Ya que los delitos de peligro concreto, se reservaría para los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales o individuales, en los que se requiere la producción de un resultado de peligro, para un bien jurídico individual; y los delitos de peligro abstracto, para aquellos delitos en los que se protegen exclusivamente bienes jurídicos supraindividuales y que, por consiguiente, no requieren un resultado de peligro -según este criterio-<sup>619</sup>.

i) En cuanto a la intensidad o afectación del bien jurídico.

Para otra corriente doctrinal, la principal y esencial distinción entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, se da en relación al grado de intensidad de la amenaza o de la puesta en peligro de lesión, que afecta al bien jurídico<sup>620</sup>.

En los delitos de peligro abstracto, la reacción penal es anterior a la lesión, porque en ellos el legislador determinó que para la consumación bastará con una amenaza todavía remota. En los delitos de peligro concreto por otro lado, la reacción penal se efectuará cuando la conducta típica haya supuesto un peligro real, próximo o concreto de lesión al bien jurídico protegido<sup>621</sup>.

Aparte de reconocer que la distinción principal, entre estos delitos es la intensidad o el grado de afectación del bien jurídico protegido, se ha agregado que la esencia de tal distinción será determinar, si el tipo requiere en el momento de la consumación, que la conducta ponga en peligro efectivo al bien jurídico. Este criterio es el más adoptado por la doctrina; sin embargo, no se ha concretado más, por ello se señala que la distinción conforme a este criterio se vuelve impracticable, ya que no es fácil distinguir la mayor o menor proximidad del peligro que cada conducta representa<sup>622</sup>.

Aunado a que considerar los delitos de lesión o peligro, en función al grado de afectación al bien jurídico, puede ser discutida en aquellos casos en que es igualmente cuestionado, el propio bien jurídico protegido por el delito<sup>623</sup>.

j) En cuanto idoneidad de la conducta.

La diferencia entre esos delitos se encuentra, en la imposición en el tipo (delito de peligro concreto) o no (delito de peligro abstracto), de la necesidad de comprobar la cualidad peligrosa del objeto y/o de la acción. Parten de la idea de que los delitos de peligro abstracto, no concretan ninguna entidad del umbral de peligro requerido, mientras que, en los delitos de peligro concreto, se exige la idoneidad peligrosa de la conducta.

Esa idoneidad bastaría para integrar un resultado propio de peligro concreto. Si se opta por aceptar que toda figura de peligro requiere el presupuesto de la «idoneidad peligrosa» del objeto o de la acción, la diferencia entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, se derivará de la necesidad o no de comprobar la existencia

---

<sup>619</sup> *Ibid.*

<sup>620</sup> *Vid.* DOVAL PAIS. *Delitos de...* *Op. cit.* p. 401.

<sup>621</sup> *Ibid.* p. 402.

<sup>622</sup> *Ibid.* p. 344.

<sup>623</sup> *Vid.* RAMOS TAPIA. "El concepto jurídico del delito (III)"... *Op. cit.* p. 403.

de un efectivo resultado de peligro. Sin embargo, esta postura tiene ciertas críticas, entre ellas está la problemática que tienen para distinguir un «resultado» separable de la acción del autor<sup>624</sup>.

k) En cuanto a la proximidad de afectación al bien jurídico.

Este criterio se inicia con plantear lo que el delito de peligro concreto requiere para ser tal, es decir, en esos delitos se exige la proximidad o inmediatez del bien jurídico a la acción peligrosa. Esta proximidad puede darse por parte del propio autor de la conducta, como por las actividades del portador(es) del bien jurídico protegido; y puede ser exigida por el tipo, ya sea de forma expresa o tácita.

Tomando como referencia el anterior criterio, no basta la sola aptitud lesiva del objeto o de la conducta para integrar un peligro concreto, sino además, es necesario que dicha aptitud se conjugue con hechos, que la conviertan en una *aptitud próxima* para ocasionar una lesión al bien jurídico protegido. Para este sector, la *aptitud próxima* de lesión, es capaz de integrar el resultado de peligro que los delitos de peligro concreto requieren<sup>625</sup>.

l) En cuanto al momento de la constatación del peligro.

Otra postura sostenida por MENDOZA BUERGO, considera que la diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto, no tiene que ver con el mayor o menor grado de peligrosidad o de probabilidad de lesión. Toda vez que las conductas consideradas en los delitos de peligro abstracto, no pueden ser consideradas como menos peligrosas que las previstas en los delitos de peligro concreto; por tanto, la diferencia estribará en que de acuerdo a la descripción típica, ha de constatarse *ex post* que el comportamiento ha sido en concreto peligroso, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico; o bien, si la constatación se ha de realizar solamente *ex ante*, para considerar una conducta como peligrosa<sup>626</sup>. Residiendo, por tanto, tal diferencia en la constatación del comportamiento peligroso, es decir, en el momento en que ha de realizarse está, así como su contenido.

Conforme a lo anterior, en los delitos de peligro abstracto dicha constatación se realiza *ex ante*, ya que será antes de realizar una conducta cuando se ha de determinar si ésta es peligrosa, y por último el juicio de valor se ha de realizar sobre la conducta misma. Por otro lado, en los delitos de peligro concreto la constatación se hará sobre la producción o no de un resultado, es decir, si se ha producido un peligro efectivo al bien jurídico, por ello la valoración se hace *ex post*, tomando en cuenta todos los elementos y circunstancias que dieron como consecuencia la producción de un resultado de peligro; de ahí que la valoración se hará de la situación que resulta de la conducta, es decir, de la producción de un peligro concreto.

La acción peligrosa –es decir, la acción que para el espectador objetivo *ex ante* tiene la idoneidad para producir un resultado lesivo para el bien jurídico- constituye un elemento común a todos los delitos, ya sean de lesión, o de peligro abstracto, o de peligro

---

<sup>624</sup> *Ibíd.* p. 344.

<sup>625</sup> *Ibíd.* Las cursivas son del texto original.

<sup>626</sup> *Vid.* MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos... Op. cit.* pp. 31, 32.

en concreto; sin embargo, será en la estructura del tipo objetivo donde se encontrarán las diferencias entre ambos delitos de peligro<sup>627</sup>.

Por otro lado, hay autores que señalan que tal diferenciación pierde sentido en el ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales, en los que falta un objeto de la acción aprehensible que pueda ser puesto en peligro<sup>628</sup>; pero de esta cuestión nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

### 3 DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

#### 3.1. PRELIMINARES.

En este tema trataré lo relativo a la técnica de los delitos de peligro abstracto, cómo se conciben y cuál ha sido su tratamiento, para con ello poder establecer si éstos se siguen usando, el por qué, los problemas que representan, y finalmente si es conveniente seguir manteniéndolos como una técnica de tipificación y con qué contenido.

Si bien en algunos casos, los delitos de peligro abstracto se conceptualizan por exclusión, ya que no son delitos de lesión ni delitos de peligro concreto, mismos que diferenciamos en este capítulo, también es cierto que, muchos acuden a identificarlos en ciertos tipos penales, que ha establecido el legislador en los Códigos penales. Así, hay delitos de peligro abstracto, que en su redacción nos refieren a determinados productos peligrosos, lo cual se ha considerado que no significa que en ese caso el legislador esté requiriendo un delito de peligro concreto.

Ante estas dificultades para conceptuar un delito de peligro abstracto, hay que agregar que en la mayoría de los casos, los tipos penales que contienen un peligro abstracto son demasiado amplios y que incluso en estos delitos es difícilmente determinable qué bien jurídico protegen<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro y protección Op. cit.* pp. 40,41. ZUGALDÍA ESPINAR. "Delitos de acción... *Loc. cit.*

<sup>628</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos...* *Ibid.* p. 33.

<sup>629</sup> Incluso otra de las dificultades que encontramos en los delitos de peligro abstracto, también se debe a que existe una multiplicidad de clasificaciones para estos delitos. Así por ejemplo ROXIN habla de delitos de peligro abstracto clásicos, acciones masivas, delitos con «bien jurídico intermedio espiritualizado» y delitos de aptitud abstracta. Por su parte, SCHÜMENANN realiza una clasificación similar a la de ROXIN, distingue delitos de peligro abstracto que protegen «bienes intermedios espiritualizados», acciones en masa y delitos de peligro abstracto, compatibles con tentativas imprudentes o imprudencias sin resultado. Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* pp. 307, 308. MENDOZA BUERGO, distingue en delitos con «bien intermedio espiritualizado», «acciones en masa», delitos de infracción de un control administrativo y «delitos por acumulación». Vid. MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos...* *Op. cit.* pp. 52-65. BARBERO SANTOS divide en dos clases los delitos de peligro abstracto, los de mera actividad y los de resultado. Vid. BARBERO SANTOS, Marino. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Número 26. Tomo XXVI. Fascículo I. Enero-Abril 1973. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. pp.490, 491. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, habla de delitos de peligro abstracto propio, para designar tanto los que describen conductas generalmente peligrosas, como los que exigen ciertos elementos de aptitud que hayan de acreditarse, en cuanto tipos que se dirigen a la tutela de bienes individuales o «individualizables».

En torno a su conceptualización se ha afirmado que en los delitos de peligro abstracto “la norma penal hace abstracción de la situación de riesgo concreta para otros ámbitos de organización individuales o supraindividuales y describe como típicas conductas que estadísticamente o de forma general se muestran como peligrosas”<sup>630</sup>.

Dentro de las nociones más tradicionales, consideran que esta clase de delitos se presenta como forma legislativa que permite el castigo de determinadas conductas que se consideran peligrosas, pues generalmente producen consecuencias dañinas o lesivas para bienes jurídico-penales. “Los delitos así configurados se suelen fundar en una presunción de Derecho o en la peligrosidad general del comportamiento típico”<sup>631</sup>.

En relación con lo anterior algunos autores como BINDING, entendían que “la «teoría del peligro abstracto» se basa sólo en una presunción de Derecho. Quizás la impugnación de ambas (presunción «o» teoría del peligro abstracto y teoría del peligro general) radique en que ellas llegan a un mismo resultado: el posible castigo de comportamientos carentes en concreto de todo peligro”<sup>632</sup>, es decir, el castigo por su sola realización.

Esto explica que la teoría del peligro general luego se haya «generalizado» como otra fórmula o fundamento del peligro abstracto. Esto ocasionó que usualmente se fundamenten los delitos de peligro abstracto en una peligrosidad general o estadística del comportamiento típico<sup>633</sup>.

De lo dicho hasta ahora, entendemos que existen dos líneas de pensamiento, la primera plantea que “el tipo parte de una abstracción máxima, no exigiendo de forma implícita o explícita ninguna constatación de su peligrosidad o de su idoneidad para lesionar en el caso concreto. La conducta es descrita como peligrosa *ex re* o *per se* porque es general o estadísticamente adecuada para producir lesiones. Esa peligrosidad general o estadística es, precisamente, el fundamento del injusto. La constatación individualizada de la peligrosidad en relación a bienes jurídicos individuales no es un requisito típico”<sup>634</sup>.

Por otro lado, en la doctrina española encontramos la segunda línea de fundamentación de estos delitos (aunque a veces aparezcan ambas líneas mezcladas en algunos autores), la teoría de la presunción entendida como presunción *iuris et de iure*, que al tener influencia de la doctrina italiana, resulto dominante en su tiempo en la doctrina española y que para muchos caracterizó la posición de una generación de penalistas<sup>635</sup>.

---

Mientras que los delitos de peligro abstracto impropios, serán aquellos que protegen bienes colectivos no reconducibles a bienes individuales y que se completan mediante la incorporación de bienes jurídicos intermedios que se «lesionan». Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1994, pp. 298-304.

<sup>630</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, en AAVV. “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro.” En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Editorial Thomson Civitas. Navarra, 2005. p. 311.

<sup>631</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...Op. cit.* p. 254.

<sup>632</sup> *Ibid.* pp. 254, 255.

<sup>633</sup> *Ibid.* p. 255.

<sup>634</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva...*Op. cit.* pp. 317-319.

<sup>635</sup> *Cfr.* FEIJOO SÁNCHEZ. *Loc. cit.*

Sin embargo, esta última postura, señala FEIJOO SÁNCHEZ<sup>636</sup>, ha sido rechazada por la doctrina española más moderna, que con argumentos más contundentes afirman que la idea del peligro presunto, “implica que el fundamento del injusto de los delitos de peligro abstracto reside en que el legislador establece una presunción *iuris et de iure* y ello resulta incompatible con el Derecho reconocido constitucionalmente a la presunción de inocencia”<sup>637</sup>.

De igual manera señala el autor citado supra líneas, que lo importante es que “el peligro real que pueda o no encerrar la conducta concreta no determina el alcance del tipo al no ser recogido como un elemento que sirva para definir el hecho típico”<sup>638</sup>.

Por ello, el principal inconveniente de estos delitos de peligro radica en que debido a su abstracción máxima, pueden conducir a la punición de conductas que no supongan materialmente un injusto penal en el caso concreto<sup>639</sup>, situación que representa uno de los problemas que en temas subsiguientes abordaremos.

### 3.1.1 Tesis Tradicionales.

A partir de las consideraciones de BINDING, se concibió al “peligro abstracto simplemente como una mera presunción de resultado, en la que basta la realización de la conducta típica”<sup>640</sup>. Donde no resulta claro que era lo que debía presumirse, la peligrosidad de la conducta, el resultado de peligro o el de lesión. Asimismo, tampoco se ponían de acuerdo acerca de qué tipo o clase de presunción debemos de hablar, una de Derecho o simplemente legal, aunque en principio estas concepciones «tradicionales», concluyeron que se había establecido como una presunción *iuris et de iure* del peligro<sup>641</sup>.

Sin embargo, esta concepción tradicional ha tenido varios detractores entre ellos BUSTOS RAMÍREZ<sup>642</sup>, para quien los delitos de peligro abstracto concebidos como presunción de Derecho deben ser desechados.

Por otra parte, autores como POLITOFF junto con MATUS, aunque partidario de esta noción clásica, destaca el tratamiento que confiere “a otro de los supuestos característicos de peligro abstracto, el tráfico ilícito de drogas y sustancias estupefacientes. En este caso, ambos autores dejan claro que la presunción de la base de lo injusto (su «antijuridicidad material») se refiere a una determinada noción de estos

---

<sup>636</sup> *Ibíd.*

<sup>637</sup> *Vid.* En el mismo sentido CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección... Op. cit.* pp.34-37. Señala sobre el concepto de peligro presunto, que algunos autores defienden en los delitos de peligro abstracto, como presunción *iuris et de iure*: “este planteamiento no puede ser aceptado por cuanto, este entendimiento del peligro como presunto, implica que se castigaría también en los casos en los que el peligro se hubiera excluido y donde faltaría la antijuridicidad material entendida como lesividad”. En el mismo sentido, menciona que: “no puede afirmarse que existan conductas que en abstracto sean siempre peligrosas puesto que la peligrosidad de una conducta depende no sólo de la modalidad de conducta sino, en concreto, de todas las circunstancias concurrentes en el caso que, en modo alguno, puedan ser previstas por el legislador”. p. 34.

<sup>638</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* pp. 319, 320.

<sup>639</sup> *Cfr.* FEIJOO SÁNCHEZ. *Loc. Cit.*

<sup>640</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...Loc. cit.*

<sup>641</sup> *Ibíd.*

<sup>642</sup> *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ. *Control Social... Op. cit.* pp. 327-329, 332-333.

delitos que no tiene por qué conservarse. Admiten que presumir de Derecho la peligrosidad de comportamiento y prescindir de la «realidad del peligro», implica la transformación de estos tipos en delitos de mera desobediencia o delitos formales”<sup>643</sup>.

Así, estos autores -anteriormente citados-, entienden que la falta de peligro implicaría la no sanción de la conducta; como en el caso del autoconsumo de drogas, donde si no hay un daño social la conducta sería impune. Por ello, para determinar el tráfico punible de drogas, no basta la mera ejecución del comportamiento típico, sino que aquel debe suponer un riesgo o capacidad de distribución incontrolada de la droga prohibida, para que represente un peligro o daño social<sup>644</sup>.

Sin embargo, hablar de un peligro real y no presunto para bienes jurídico-penales, ¿Significará hablar de un peligro concreto? Este cuestionamiento es por demás trascendente, primero ante las dudas que se presentan al pretender castigar penalmente conductas, que no afecten bienes jurídico-penales, es decir, meras desobediencias. Asimismo, para los nuevos planteamientos que proclaman un estado desvalorado diverso de la conducta y que se alejan de las formas tradicionales de la perturbación penal, como la lesión y la puesta en peligro concreto. Concibiendo por tanto, de forma distinta a los delitos de peligro abstracto, ya no como presunción de Derecho<sup>645</sup>.

Por otro lado, coincido con la autora VARGAS PINTO, al manifestar que, si se toma como ejemplos típicos de delitos de peligro abstracto, figuras como el tráfico ilegal de drogas o la conducción en estado de ebriedad; nos conduciría a considerar que el motivo de punición de los delitos de peligro abstracto, es el que se trate de comportamientos generalmente peligrosos. De esta manera, sería suficiente la valoración que realiza el legislador y simplemente el juzgador se limitaría a constatar la realización descrita en el tipo penal. Por lo que no resultará necesario comprobar un resultado de lesión o de peligro, ni siquiera la peligrosidad misma de la conducta. Simplemente bastará que la conducta realizada, pertenezca al grupo de comportamientos que se han catalogado como peligrosos.<sup>646</sup>

En este sentido se menciona que el legislador «estima» el peligro de lesión del bien jurídico, importando solo la realización de la conducta, sin que sea necesario alguna valoración o acreditación. De esta forma, la realización de la conducta descrita comprende –formalmente-, tanto los casos en que su ejecución acarrea un riesgo efectivo al bien jurídico, como aquellos casos en que no<sup>647</sup>.

Como afirma VARGAS PINTO<sup>648</sup>, la legitimidad de estas propuestas, dependerá básicamente de la noción de injusto penal que se sostenga. De modo que no habría problema si basta la peligrosidad general de la conducta para fundar lo injusto.

### 3.1.2 Nuevas Concepciones.

---

<sup>643</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. p. 258.

<sup>644</sup> *Ibid.*

<sup>645</sup> *Cfr. Ibid.* p. 259.

<sup>646</sup> *Ibid.* pp. 259, 260.

<sup>647</sup> *Vid.* MALDONADO F., Francisco. “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”. En *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*. No. 7. Año 2006. Universidad de Chile. p. 30. Consultable en [www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/9146.pdf](http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/9146.pdf)

<sup>648</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. p. 260.

Ante los principales problemas que presentaban las tesis tradicionales<sup>649</sup>, se dio una suerte de evolución dentro de la concepción de los delitos de peligro abstracto, resultando así nuevas propuestas acerca de estos delitos, que buscaban alejarse de las críticas a las «concepciones tradicionales».

Así, nace una concepción que parte de un tipo intermedio entre el peligro abstracto y el peligro concreto. Se les incluyeron a los delitos de peligro abstracto algunos elementos de peligro o peligrosidad en la descripción típica, sin que ello significara que se exigiera la puesta en peligro concreto de un bien jurídico penal. Algunos autores hablaban de una especie de combinación entre ambos delitos de peligro, de ahí que se les nombre como delitos de peligro abstracto-concreto. En estos delitos sólo se admite la posibilidad de comprobar en concreto la ausencia de todo peligro, por lo que la inexistencia del mismo, implicaría la atipicidad del comportamiento<sup>650</sup>.

Buscándose en el fondo con esos planteamientos del peligro abstracto-concreto, que se tenga una presunción *iuris tantum*, en vez de una presunción *iuris et de iure*, que era lo que caracterizaba para algunos, a los delitos de peligro abstracto. Ya que con esas figuras como se señaló, trataban de salvar –con la inclusión de algunos elementos de peligro– las críticas que se hacían a las tesis tradicionales de los delitos de peligro abstracto<sup>651</sup>.

Así, a partir de esas nuevas figuras de delitos de peligro abstracto-concreto, se derivaron distintas construcciones doctrinales, que si bien ellas se refieren a los delitos de peligro abstracto, tienen otras denominaciones, como los llamados delitos de peligro hipotético<sup>652</sup> (denominados así por TORIO LÓPEZ<sup>653</sup>), o los delitos de peligro en general de SCHRODER<sup>654</sup> (*apud* VARGAS PINTO, Tatiana), o los delitos de peligro común que menciona GÓMEZ PAVÓN<sup>655</sup>.

Como se ha podido poner de manifiesto, los delitos de peligro abstracto se han tratado de corregir o completar ante los problemas y críticas que se les han formulado–sobre los que hablaremos en temas siguientes–, de ahí que ante el cambio de concepción también cambie su denominación. Por ello, se ha manifestado que a estos delitos, no se les ha concebido siempre de igual manera.

Por otra parte, hay que decir, ante los problemas que suscita el acudir a estos delitos de peligro abstracto, hay autores que los rechazan, o bien que se preocupan por su fundamentación material.

---

<sup>649</sup> *Ibid.* pp. 261-264. La autora maneja una serie de dificultades que presentaba la tesis tradicional de los delitos de peligro abstracto, entre ellas destaca que se pueda caer por parte del legislador en sancionar delitos de mera desobediencia, donde las conductas incluso sean absolutamente inocuas. Y que algunos han entendido a estos delitos como tipos de meras desobediencias, derivado de la idea tan arraigada que poseen, de que dicha infracción constituía por sí misma un mal.

<sup>650</sup> *Ibid.* p. 264.

<sup>651</sup> *Ibid.* p. 265.

<sup>652</sup> *Vid. Supra.* Tema 2.2.3 del Capítulo II, donde se desarrollaron los Delitos de peligro hipotético.

<sup>653</sup> *Vid.* TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro hipotético...” *Op. cit.* pp. 825-847.

<sup>654</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* pp. 266, 267.

<sup>655</sup> *Ibid.* p. 267.

En relación con estos supuestos se ha manifestado que existen dos vías, la primera consiste en dotar de significado propio a los delitos de peligro abstracto, para aumentando su «carga ofensiva», eliminar los problemas de inconstitucionalidad, es decir, dotar a estos delitos de un contenido material. El segundo se refiere a que en la doctrina, existe una insatisfacción ante estas clasificaciones de los delitos de peligro, porque aún no terminan de definirse con precisión; dicha insatisfacción se extiende al limitado binomio peligro concreto-peligro abstracto, por lo que se pugna por una nueva clasificación<sup>656</sup>.

### 3.2 CARACTERIZACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

Como mencionamos al inicio de este tema, cuando se definían a los delitos de peligro abstracto se hacía de forma negativa o por exclusión; primero con respecto de los delitos de lesión, luego con respecto de los delitos de peligro concreto.

Posteriormente se va reduciendo o ampliando su concepto, dependiendo de lo que era definido como delito de peligro concreto; así, los delitos de peligro abstracto dependían de la definición de los de peligro concreto, para poder ser conceptuados.

En tanto que las distinciones entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, parecieran tenerse por sentadas<sup>657</sup>, dicha distinción como lo apunta MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>658</sup> no resulta tan nítida o clara como pudiera pensarse, por un lado porque tal diferenciación nunca ha sido abordada de manera exhaustiva, y por otro, porque en la doctrina no existe un acuerdo unánime. Así, para algunos autores existen ciertas notas distintivas para los delitos de peligro abstracto, mismas que para otros no son fundamentales y pudieran también describir los delitos de peligro concreto.

Por ello, consideramos pertinente enumerar algunos criterios utilizados generalmente para delimitar a los delitos de peligro abstracto de los de peligro concreto, es decir, para caracterizar a los primeros, pudiendo con ello distinguirlos de los segundos.

La característica que parece ser la principal, es la denominada «ausencia de peligro en el tipo», que quiere decir que en los delitos de peligro abstracto no se menciona en la descripción típica, el peligro que ha de correrse para el bien jurídico, no se encuentra dentro de sus elementos. El tipo penal de los delitos de peligro abstracto se limita a describir una conducta o una acción peligrosa, porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de la conducta descrita<sup>659</sup>.

Con respecto a la anterior característica, se afirma que se traslada del juzgador al legislador la determinación del peligro, pues será el legislador quien defina en abstracto en el tipo, las notas que caracterizaran la peligrosidad de la acción, porque se supone que en esos casos el peligro se produce siempre. Así, la función de juzgador se reducirá o limitará en comprobar que la acción realizada posea las características descritas en el tipo penal y que en abstracto se consideran peligrosas. De manera que una vez realizada dicha

---

<sup>656</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. cit. pp. 167, 168.

<sup>657</sup> Vid. *Supra* el tema 2.3 del Capítulo II.

<sup>658</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos...* Op. cit. pp. 132-133.

<sup>659</sup> *Ibíd.*

comprobación por parte del juzgador, se impondrá la pena que amerite, sin que exista la obligación judicial de verificación del peligro, efectivo en la acción realizada<sup>660</sup>.

Teniendo esto último, otra de las características ligadas a los delitos de peligro abstracto, “la exclusión de la verificación judicial del peligro, en favor de la determinación en abstracto que realiza el legislador y que se entiende como natural consecuencia de la ausencia del peligro en la caracterización del tipo”<sup>661</sup>.

De la primera de las características mencionadas -para algunos autores-, se puede deducir cuál es el papel del peligro, en la construcción tradicional de los delitos de peligro abstracto, que no es otro más que la *ratio* de incriminación<sup>662</sup>, desde el momento en que no se precisa de ninguna afectación material al bien jurídico, o bien, expresado en otras palabras, el peligro constituye la razón o el motivo<sup>663</sup> que impulsa al legislador a la construcción de un tipo penal<sup>664</sup>, que no necesita la verificación efectiva del peligro por parte del juzgador.

Por otro lado, la segunda de las características, que nos establece la inexistencia de verificación efectiva del peligro, por parte del juzgador, parece que no a todos los autores convence, sobre todo porque iría de la mano de la presunción *iuris et de iure*, presunción que no todos aceptan en este tipo de delitos de peligro<sup>665</sup>.

Se trata de situaciones en las que el peligro es tan inherente a la descripción del tipo -lo que se afirma, es con base a un juicio generalizado fundado en la experiencia- que resulta presumido por el legislador *iuris et de iure*<sup>666</sup>.

Este problema que existe conforme a los delitos de peligro abstracto, se viene dando desde siempre en la doctrina, por cuanto hace a la presunción, ya que algunos autores establecen que en ellos encontramos una presunción *iuris tantum* -tesis sobre la que volveremos más adelante- y existen otros, quienes opinan que al no exigirse verificación del efectivo peligro de la conducta, estamos ante una presunción *iuris et de iure* -autores de los cuales ya hemos hecho referencia-.

---

<sup>660</sup> *Ibíd.*

<sup>661</sup> *Ibíd.* pp. 133,134.

<sup>662</sup> *Vid. Infra.* Sobre esta tesis se abundará más adelante.

<sup>663</sup> Sin embargo, en contra de la primera de las características y de ese criterio que pareciera ser uniforme, en cuanto a que el peligro es la *ratio* de incriminación, el motivo que impulsó al legislador para crear el tipo penal, existen otros autores entre ellos BUSTOS RAMÍREZ para quien la idea de peligro no es un concepto puramente normativo, sino que es un concepto que no puede separarse del concepto de valor, lo cual es fácil de verificar, en cuanto siempre el peligro lleva consigo el riesgo (y la amenaza) de un mal. Y esta verificación es importante, porque conduce al verdadero fundamento teleológico de la incriminación de los delitos de peligro: la prevención de males para bienes jurídicos dignos de tutela. *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ. *Control social... Op. cit.* p. 323.

<sup>664</sup> *Vid.* En el mismo sentido CEREZO MIR. “Los delitos de peligro...”. *Loc. cit.* Quien señala “el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”. De igual manera TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro hipotético...” *Op. cit.* p. 824, menciona que para la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto el peligro no es elemento constitutivo del delito sino mero motivo del legislador. *Vid.* Asimismo BARBERO SANTOS. “Contribución al estudio...” *Op. cit.* p. 489. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de... Loc. cit.*

<sup>665</sup> *Vid.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Ibid.* pp. 134,135.

<sup>666</sup> *Vid.* MALDONADO F. “Reflexiones sobre...” *Loc. cit.*

De igual manera señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ que no podemos encontrarnos bajo el supuesto de una presunción *iuris et de iure*, o al menos eso pareciera inferirse, aunque este tema no es lo suficientemente claro, por la duplicidad de criterios, o bien por la confusión que existe en la definición de esta clase de delitos de peligro abstracto, al que se identifica en ocasiones con la presunción de una acción peligrosa y en otros casos con la presunción de un resultado de peligro<sup>667</sup>.

Con respecto a este último tema se puede concluir, que ante la pregunta de si “en los delitos de peligro abstracto se presume la realización material que suele ser consecuencia de una previa acción peligrosa, o si en ellos lo que se presume es la peligrosidad misma de la acción. Por desgracia, parece ser ésta última la posibilidad más cercana al pensamiento clásico en torno a los delitos de peligro abstracto”<sup>668</sup>.

De entrada, coincido con lo anterior, ya que, en los delitos de peligro abstracto, como los de tráfico o seguridad vial, se presume de inicio la peligrosidad de la conducta desarrollada por el activo y contenida en la norma penal, como por ejemplo, la conducción bajo los influjos de bebidas alcohólicas o drogas.

En este tema, las bebidas o las drogas, deben tener la suficiencia o capacidad para influir negativamente en la conducción del activo, la norma penal, sin embargo, no está descrita de esa forma, pues el «influjo» al ser un concepto normativo, puede ser «influjo» que afecte la conciencia del activo o que no, a mi juicio el término «influjo», se refiere más a haber bebido o haber usado drogas, sin embargo, este tema lo veremos con mayor profundidad, haciendo un análisis del Código penal y de la jurisprudencia<sup>669</sup>.

Sin embargo, pese a las oposiciones que se mencionan *supra* líneas, desde las posturas más tradicionales o de las tesis clásicas, se sigue entendiendo que es suficiente la adecuación formal de la acción al tipo penal, para que se deduzcan las consecuencias jurídicas que el mismo tipo prevé<sup>670</sup>.

Por ello, la principal crítica y la más grave que se formula a los delitos de peligro abstracto, no es ni el plantear un “desprecio al principio del bien jurídico, al de ofensividad o materialidad, o al principio de proporcionalidad”<sup>671</sup>, sino el que la estructura de estos delitos va contra toda lógica penal, al establecer sanciones penales en tipos que sancionan la mera realización formal de las acciones típicas, sin someter ni siquiera la peligrosidad de la acción, a la necesaria verificación judicial.

De igual manera, se ha señalado que si se opta solo por la adecuación formal de la acción al tipo penal, nos encontraremos ante una presunción *iuris et de iure*, - característica de los delitos de peligro abstracto, según algunos autores sobre todo de la

---

<sup>667</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de...* Op. cit. p. 135.

<sup>668</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Ibid.* Coincido con la autora, ya que por más que se mencione que la concepción tradicional sobre los delitos de peligro abstracto, debe abandonarse, la verdad es que es la más acertada, sobre todo cuando se analizan estos delitos en los Códigos Penales, se observa en la tipificación que se hizo en ellos, que las conductas se conciben por el legislador, como peligrosas en sí mismas.

<sup>669</sup> Vid. *Infra*. Capítulo IV de este trabajo.

<sup>670</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ *Los delitos de...* Op. cit. pp. 136, 137.

<sup>671</sup> *Ibid.* p. 137.

postura clásica-, sin embargo, se considera que dicha presunción es solo una construcción jurisprudencial, puesto que en las leyes penales, no se prevé en ninguna parte<sup>672</sup>.

En atención a la crítica citada, que se les hace a los delitos de peligro abstracto, algunos defensores de la legitimidad de estos delitos, tratando de solventar la misma y consientes de los problemas que ha tenido esta técnica, se han pronunciado por la necesaria «prueba del peligro», que operara en ciertos supuestos. Por ejemplo, SCHRÖDER (*apud* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina) “afirma que en algunos casos la suposición jurídica no es irrefutable y que es tarea del tribunal efectuar la contraprueba de la peligrosidad en el caso individual y no aplicar el tipo cuando se pueda constatar que el hecho no ha conducido a ningún imaginable peligro para la vida de los hombres”<sup>673</sup>.

Ahora bien, cabe resaltar que las posturas que hasta ahora hemos expuesto, son sobre todo, las que corresponden a una concepción tradicional o clásica de los delitos de peligro abstracto, asumida por una gran parte de la doctrina; de acuerdo a esta postura, tal como lo hemos mencionado, la tarea del juzgador se reduce únicamente a constatar que la acción desplegada por el sujeto activo, corresponde con la acción descrita en el tipo penal.

Ya que, si hablamos de una constatación o verificación del peligro, entendemos que nos referimos a los delitos de peligro concreto, donde encontramos una verificación de la peligrosidad de la acción (entendida como el grado de probabilidad de que la acción cause un resultado de lesión). De igual manera se entiende, que la no verificación del peligro por parte del juzgador en los delitos de peligro abstracto, se refiere a la acción y no al resultado de peligro; ya que el juzgador con la conducta descrita en el tipo sólo impondrá una sanción, ya que en este tipo de delitos no se exige un resultado material, basta con la constatación de la conducta.

Por otro lado, existen autores quienes ven como una alternativa al anterior planteamiento, el que el juzgador pueda verificar en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad de la acción; sin embargo, como señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>674</sup>, esto traería como consecuencia, que se difuminarían los límites entre los delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto, así como a la desnaturalización de los delitos de peligro abstracto y la conversión de los mismos en delitos de peligro concreto, o bien, en delitos de peligro abstracto-concreto -como algunos autores los denominan-.

Respecto a este tema se puede concluir, de acuerdo a la corriente tradicional, que, en la configuración de los delitos de peligro abstracto, es el legislador quien da el primer paso, estableciendo en un tipo penal, sanciones para acciones meramente peligrosas y prescindiendo de la configuración de un resultado lesivo.

Por otro lado, también está la interpretación jurisprudencial y doctrinal –aunque no de forma unánime–, consagrando la presunción *iuris et de iure* de peligro, configurando así una técnica de tipificación en la que no cabe prueba en contrario y en la que no se requiere la verificación de la acción peligrosa<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ. *Control social... Op. Cit.* p. 329.

<sup>673</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de... Loc. Cit.*

<sup>674</sup> *Ibíd.*

<sup>675</sup> *Ibíd.*

### 3.3 PROBLEMAS SOBRE LA PRUEBA Y LA LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.

La técnica de los delitos de peligro abstracto, permite a los Tribunales salvar lo que en algunos casos puede ser un importante obstáculo, referente a la dificultad de la prueba de la relación causa-efecto, entre la conducta realizada y el daño sufrido, máxime en los casos de delitos contra el medio ambiente, como la contaminación generalizada, ya que al juzgador le basta con que se acredite en juicio, que la actividad ha ocasionado el riesgo, aunque no pueda imputársele con toda certeza la producción del daño<sup>676</sup>.

BRICOLA denominaba “«el escollo de la prueba del nexo causal»; en el entendido de que la opción por el peligro abstracto no se fundamenta tan sólo en un propósito de facilitar la prueba de los delitos, sino también en el elevado rango del bien expuesto a riesgo y su carácter supraindividual, lo que justificaría la anticipación de la tutela penal como única vía para ofrecer una auténtica protección”<sup>677</sup>.

ZUGALDÍA ESPINAR señala que “aunque la acción peligrosa –esto es, la acción que para el espectador objetivo *ex ante* tiene capacidad para producir un resultado lesivo– es elemento común a absolutamente todos los delitos (ya sean de lesión, de peligro abstracto o de peligro concreto) –, la estructura del tipo objetivo en los delitos de peligro abstracto y en los delitos de peligro concreto es diferente”<sup>678</sup>.

Con respecto a lo anterior, ZUGALDÍA ESPINAR hace la siguiente distinción:

- a) En los delitos de peligro abstracto la imputación al tipo objetivo requiere solamente comprobar la realización de una acción que, según la experiencia general, representa en sí misma un peligro para los bienes jurídicos, esto es, basta comprobar la peligrosidad general de la acción con abstracción del caso particular.
- b) En los delitos de peligro concreto, por el contrario, la imputación al tipo objetivo requiere comprobar que el bien jurídico protegido ha sufrido un riesgo real de lesión, que se ha encontrado realmente en peligro en el caso individual y que si no se ha producido la lesión ha sido sólo por casualidad.<sup>679</sup>

Por otra parte, se señala que el Tribunal Constitucional Español si bien ha confirmado la naturaleza del delito de peligro abstracto tipificado, de aptitud o de peligro hipotético del artículo 379.2 del CP, requerirá la comprobación ante el juez de que, en el caso concreto el conductor se encontraba afectado por las bebidas alcohólicas<sup>680</sup>.

---

<sup>676</sup> Vid. RODRIGUEZ ARIAS. *Los delitos relativos...* Loc. cit. Vid. FRIGOLS I BRINES, Eliseu. “La prueba en el delito medioambiental”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*. No. 12. Valencia, 2004, pp. 69 y ss., quien pone de manifiesto todos los problemas que existen en la práctica respecto a la prueba en los delitos medioambientales y señala “...la indeterminación del contenido de injusto del precepto hace que la opinión de los peritos, que debería ser de mera comprobación del delito, se convierta en constitutiva del mismo...” (p. 81).

<sup>677</sup> RODRÍGUEZ ARIAS. *Los delitos relativos...* Loc. cit.

<sup>678</sup> ZUGALDIA ESPINAR. “Delitos de acción. La tipicidad (III)”. *Op. cit.* p. 471.

<sup>679</sup> *Ibíd.*

<sup>680</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Segunda edición. Editorial Comares. Granada,

Toda vez que se considera que la concepción puramente formal de los delitos de peligro abstracto, según la cual, el riesgo se presume sin que haya de acreditarse en las circunstancias del caso concreto o, por otro lado, procede de una valoración previa del legislador, ajena a la tipicidad y no necesita la comprobación con la realidad del hecho acontecido, sería contraria a la Constitución en un doble sentido:

1. En cuanto a las presunciones *iuris et de iure* o *iuris tantum* de peligro, vacían las garantías probatorias del artículo 24.2 de la Constitución Española<sup>681</sup>.

---

2006. p. 21. El autor cita la Sentencia 148/1985 de 30 de octubre: “«La influencia de bebidas alcohólicas» constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor, se encontraba afectado por el alcohol”. *Vid.* Más adelante en el capítulo IV se abordará el Delito contra la seguridad vial, donde se revisarán otras jurisprudencias.

<sup>681</sup> *Ibid.* p. 22. Para lo cual se pone de ejemplo la Sentencia 111/1999 de 14 de Junio, de la cual se extraerán algunos fragmentos que considero los más importantes. La misma al respecto del principio de presunción de inocencia y de las presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum* señala: “II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: 2. El derecho a la presunción de inocencia «sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura» (STC 56/1982 [RTC 1982\56]), constituyendo «uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal» (SSTC 138/1992 [RTC 1992\138] y 133/1995 [RTC 1995\133]), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso (STC 41/1997 [RTC 1997\41], fundamento jurídico 5º). Entre otros contenidos, que hemos recordado en el ATC 214/1998, este derecho no permite una condena sin pruebas, lo que hace referencia a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio y supone que cuando el Estado ejercita el «ius puniendi» a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria.

La definición de la presunción de inocencia, que desde la perspectiva constitucional debe entenderse como «derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas» (STC 81/1998 [RTC 1998\81], fundamento jurídico 3º), implica que es la sentencia condenatoria la que debe expresar las pruebas de cargo que sustentan la declaración de responsabilidad jurídico-penal, que a su vez deben proceder de actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución y normalmente practicados en el acto del juicio oral, con todas las garantías. En relación con esta previa actividad probatoria, exigimos en un primer momento, a partir de la fundamental STC 31/1981, que fuera «mínima», después, desde la STC 109/1986 (RTC 1986\109), que resultase «suficiente», y últimamente hemos requerido que el fallo condenatorio se apoye en «verdaderos» actos de prueba.

3... Pero como quiera que se califique a este tipo delictivo, bien de peligro simplemente bien de peligro abstracto o remoto, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado sea con una presunción «*iuris tantum*» sea con una presunción «*iuris et de iure*». La primera modalidad de presunción «*iuris tantum*» no es admisible constitucionalmente ya que, como declaró la STC 105/1988 (RTC 1998\105) produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción «*iuris et de iure*», tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Si se aplica la doctrina que acabamos de expresar al presente caso, resulta que el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación de solamente uno de los elementos del delito -el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas- se presumieran realizados los restantes elementos del mismo. Pues el delito no se reduce -entre otras posibilidades típicas- al mero dato de la embriaguez del conductor, sino que exige los requisitos a los que ya se ha hecho referencia. Las SSTC 145/1985, 145/1987, 22/1988, 5/1989 [RTC 1989\5] y 222/1991 ya advirtieron que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Y la última de las resoluciones citadas

2. En cuanto la conformación de la infracción penal, como mera contravención formal de un estándar de conducta sería contraria, al principio de proporcionalidad, pues este tipo de delitos sin injusto material, debería quedar reservada al ámbito de lo administrativo<sup>682</sup>.

Sin embargo, también existen quienes señalan que cuestionar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en general, es erróneo, en todo caso se debe analizar cada norma en particular y predicar de ella su legalidad o ilegalidad<sup>683</sup>.

En razón de la complejidad de la sociedad actual, ya que, si se precisa de una intervención preventiva del Derecho penal, es necesaria también una intervención mediante los delitos de peligro abstracto, puesto que los delitos de «resultado» serían inútiles, en la búsqueda de esos objetivos. Aun cuando se cuestione que se atenta contra las garantías del Derecho penal, al sancionar conductas muy alejadas de aquello que pueda significar un «daño» para el objeto de protección<sup>684</sup>.

Si bien entiendo que la sociedad en la que vivimos, se pugna más por la seguridad, ante los riesgos y desafíos que se presentan a diario, sin embargo, no comparto la opinión del autor citado anteriormente, en cuanto a que podemos obviar o dejar de lado, que se atente contra ciertas garantías del Derecho penal, -como el de *ultima ratio*, el de proporcionalidad y el de lesividad-; con los delitos de peligro abstracto, aún y cuando el peligro este demasiado alejado del bien jurídico protegido, solamente para tener una intervención preventiva del Derecho penal.

Pues estamos olvidando que el Derecho tiene otras ramas, en las cuales se pueden tipificar, o ya se encuentran ahí, conductas que no necesariamente deben estar en el Derecho penal, dejar que los otros ámbitos del Derecho puedan ocuparse de esas conductas ilícitas, que no son lo suficientemente graves para pertenecer al Derecho penal, obedeciendo a la *ultima ratio*.

Aunado a que, en los delitos de peligro abstracto, son conductas que representan en algunas ocasiones, un peligro demasiado lejano para el bien jurídico protegido.

Por otra parte, concuerdo con el autor PARIONA ARANA, en cuanto a que el análisis de la legitimidad de las normas penales, tiene su punto de partida, en la correcta

---

matiza que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor sino que aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la ley exige, sería también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que, naturalmente, habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 24/1992 y 252/1994 [RTC 1994\252]).”

<sup>682</sup> *Ibid.* Vid. Lo cual parece deducirse de la Sentencia 2/2003 de 16 de enero. “Esta diferencia esencial (el carácter material del delito frente al carácter formal de la infracción administrativa) entre la infracción administrativa y el delito (...) sustenta la legitimidad constitucional de la diferente entidad de las sanciones previas para ambas, pues sólo así éstas pueden considerarse ajustadas a las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad de las sanciones”.

<sup>683</sup> Vid. PARIONA ARANA, Raúl. “El Derecho penal «moderno»”. En *Revista penal*. No. 20. Julio 2007. p. 160.

<sup>684</sup> *Ibid.*

comprensión de la tarea asignada al Derecho penal, en el ordenamiento social; ya que la función del Derecho penal, es y seguirá siendo, la protección de los bienes jurídicos. Por lo tanto, una intervención penal será legítima sólo si está dirigida, a su protección y si además ésta se adecua a los mandatos de racionalidad, proporcionalidad, necesidad y eficacia<sup>685</sup>.

Es por ello por lo que la teoría del bien jurídico, tiene una tarea trascendental en el establecimiento de los criterios que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales. Por ello la pertinencia de abordar este tema en el capítulo siguiente.

Así mismo, es importante resaltar que el legislador deberá tener límites, no es totalmente libre, estos límites, al *ius puniendi* del Estado, se desprenden de la teoría del bien jurídico. Ya que, en el plano metodológico, la premisa mayor radica, en la tarea del Derecho penal como objeto y límite de la intervención penal. Esta premisa, constituye el marco, bajo el cual debe ser buscado el criterio legitimador del Derecho penal<sup>686</sup>.

Por otra parte, se ha criticado la presunción de peligro contenida en los delitos de peligro abstracto. Como la puesta en peligro es muchas veces difícil de probar, el legislador verá siempre la existencia de peligro, en acciones sólo normalmente peligrosas y emplearía una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad del comportamiento, que no sería peligroso en concreto, sino sólo abstractamente. Por tanto, para aplicar el tipo penal, el juzgador tampoco necesitaría comprobar la puesta en peligro, incluso la prueba de la carencia de peligrosidad de la acción no excluiría la aplicación de la ley penal<sup>687</sup>.

En este sentido MALDONADO, señala que viene a vulnerarse el principio de culpabilidad, al presumir de derecho implícitamente *iure et de iure*, un elemento de imputación (al presumir en definitiva la responsabilidad). Toda vez que la afirmación de un peligro estadístico o general derivado de una conducta, no aporta necesariamente la concurrencia de éste en todos los casos en que ella se ejecute. De ahí que se afirme que, esta «validez general de peligro», sea más bien una afirmación de la «alta probabilidad de peligro», pero no de éste en sí mismo<sup>688</sup>.

Por lo que el autor estima, que se penalizaría entonces por ejecutar una conducta que, «puede generar peligro» para el bien jurídico, o más precisamente, que «probablemente» lo genere y no una conducta que «pone en peligro» al bien jurídico. Por tanto, es irrelevante la puesta en peligro real en estos casos, como fundamento de la imputación, mientras que parece que habilitan la imposición de una sanción, tanto en los casos en los que existe un peligro al bien jurídico, como en aquellos en los que no<sup>689</sup>.

Para solventar esta crítica, se ha dicho que los delitos de peligro abstracto, deben ser puestos en consonancia con el principio de culpabilidad, lo único que falta es la forma de hacerlo. “Algunos autores apelan a que los delitos de peligro abstracto representan «tipos de imprudencia sin resultado» o supuestos de «tentativas imprudentes». En el fondo, como todo el problema reside en la presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad

---

<sup>685</sup> *Ibid.* p. 161.

<sup>686</sup> *Ibid.*

<sup>687</sup> *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Op. cit.* pp. 474, 475.

<sup>688</sup> *Vid.* MALDONADO F. “Reflexiones... *Op. cit.* p. 31.

<sup>689</sup> *Ibid.*

de la acción, la objeción podría superarse sencillamente si se admitiera la prueba en contrario del peligro representado por la acción (que la acción típica es una acción peligrosa constituiría una presunción *iuris tantum*, no *iuris et de iure*)”<sup>690</sup>.

De esta forma podría excluirse la tipicidad en los casos en los que falte, sin más, la acción peligrosa misma. “Esta es una vía para «desformalizar» los delitos de peligro abstracto y otorgarles un contenido material: la acción peligrosa sería un elemento del tipo objetivo (sobre el que cabría prueba en contrario). Consecuentemente, a nivel de tipo subjetivo, el error sobre la misma sería relevante”<sup>691</sup>.

Sin embargo, considero que lo expresado por ZUGALDÍA ESPINAR, al señalar que, de admitir prueba en contrario del peligro representado por la acción, en los delitos de peligro abstracto, esto significaría remitirnos a los delitos de peligro concreto, o a los denominados por algunos autores delitos de peligro abstracto-concreto. Ya que, si el peligro pasa a ser un elemento objetivo del tipo, éste debe ser incluido en la descripción del tipo penal y, por tanto, ser comprobado para poder tener por acreditada la tipicidad.

Parte de esa solución, como se menciona, es permitir que estos delitos de peligro abstracto, pasen de una presunción *iure et de iure*, a una presunción *iuris tantum*, permitiendo con ello que en el caso concreto se acredite la ausencia de afectación o peligro para el bien jurídico. Lo cual al igual que ZUGALDÍA ESPINAR, no se acepta esta vía de solución, toda vez que se altera de manera ilegítima la carga de la prueba en el proceso penal, afectando paralelamente el principio *in dubio pro reo*, el principio de culpabilidad y la garantía de legalidad<sup>692</sup>.

### 3.4 PROBLEMAS FUNDAMENTALES.

Como ha podido quedar de manifiesto a lo largo de este capítulo, son muchas las críticas que se formulan a los delitos de peligro abstracto, las principales relacionadas con su contraposición con ciertos principios penales, como el de legalidad, ofensividad, culpabilidad, entre otros; asimismo, las críticas y principales oposiciones que encontramos, vienen también referidos a su menor entidad con respecto a otros delitos, su presunción general de peligro, proporcionalidad de la pena y falta de contenido en el injusto penal; temas a los que haremos referencia enseguida.

En ese sentido, se presenta para algunos como una figura de difícil justificación, frente a la vigencia del principio de protección de bienes jurídicos o de ofensividad. En cuanto a que basta la realización de la conducta descrita en el tipo, para que sea sancionada. “De allí que los problemas de legitimidad se mantengan en injustos que se satisfacen con un desvalor de acción concreto si se entiende que estos delitos se conforman con la mera suposición de peligro o genérica peligrosidad de la clase de comportamientos”<sup>693</sup>.

---

<sup>690</sup> ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Op. cit.* pp. 476, 477.

<sup>691</sup> *Ibid.*

<sup>692</sup> *Vid.* TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro...”. *Op. cit.* p. 827, MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares. Granada. 1997. p. 6, MALDONADO F. “Reflexiones... *Loc. cit.*

<sup>693</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 312.

Por otro lado, debe decirse que la inclusión de los delitos de peligro abstracto en diversas legislaciones, ha provocado un sinnúmero de discusiones, derivado de ello se han expresado las siguientes críticas desde diversos puntos de vista.

Las críticas más antiguas, devienen de las concepciones más clásicas, ya que una teoría entiende que los delitos de peligro abstracto sólo constituyen «ilícitos menores» que cabrían dentro de un rubro denominado «puras desobediencias» y que la sanción penal de las mismas como no contienen de ninguna manera una efectiva y real puesta en peligro de los bienes jurídicos, sería por tanto un extravío del legislador<sup>694</sup>. “Esta posición recogía un punto de vista clásico según el cual la infracción de una ley es ya un mal en sí misma; pero la ley, de cuya infracción no surgiera ningún otro mal que el de su propia infracción, sería ella misma un mal”<sup>695</sup>.

Por otro lado, se ha denunciado la desproporcionalidad de las penas, con las que se sancionan estos delitos de peligro abstracto, ya que la entidad del ilícito de estos delitos, no corresponde muchas veces con la gravedad de la pena con la que se los amenaza. Por ello resulta difícil explicar y justificar, que un hecho que sólo representa un peligro más o menos remoto para la salud individual, –como es el tráfico de drogas–, resulte en muchas ocasiones más severamente castigado, que la lesión misma del bien jurídico<sup>696</sup>.

Otro de los principales cuestionamientos que se les formulan a los delitos de peligro abstracto, radican fundamentalmente en su estructura o fundamentación de lo injusto penal.

Parte de estos cuestionamientos, -como mencionábamos *supra* líneas-, se plantean desde el plano de lo injusto penal. Ya que desde el momento en que puede faltar en el caso concreto, el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material<sup>697</sup>. No se considera suficiente para fundamentarlo, que la acción lleve consigo *generalmente*, el peligro para el bien jurídico. Se trataría, como ya ha quedado apuntado en párrafos precedentes, de una presunción *iuris et de iure*, irrefutable, de la existencia del peligro<sup>698</sup>.

Las críticas, como se ha manifestado en este trabajo, también aluden a la infracción de principios clásicos de atribución penal, como los de lesividad u ofensividad, culpabilidad<sup>699</sup>, mínima intervención, *ultima ratio* y legalidad. Alguna de estas críticas las hemos señalado en párrafos anteriores y las seguiremos puntualizando.

---

<sup>694</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Op. cit.* pp. 474, 475.

<sup>695</sup> *Ibid.* Obviamente esta crítica no es compartida por muchos autores, entre ellos por el propio ZUGALDÍA ESPINAR, quien señala que los delitos de peligro abstracto que sanciona el Derecho penal, serán aquellas que implican siempre una acción peligrosa *ex ante*, lo cual puede vincularse con posibilidades objetivas de lesión de un bien jurídico. Además, porque considera que los delitos de peligro abstracto encuentran su justificación en la necesidad de garantizar la protección eficaz e inmediata de los bienes jurídicos esenciales, por lo que el fin de protección de bien jurídico como exigencia del Derecho penal preventivo, considera, que se encontraría satisfecho.

<sup>696</sup> *Ibid.*

<sup>697</sup> *Vid. Infra.* Sobre este tema volveremos más adelante en el punto 3.5.5 del Capítulo II.

<sup>698</sup> *Vid. CEREZO MIR.* “Los delitos... *Op. cit.* p. 62.

<sup>699</sup> *Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 247-250. Señala que el principio de culpabilidad implica cuestiones diferentes: 1) infracción del principio de lesividad por falta del desvalor de resultado y de un desvalor objetivo de la acción; 2) violación del principio de responsabilidad subjetiva; 3)

De igual manera señala FEIJOO SÁNCHEZ, que la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente, para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero no así para fundamentar la intervención del Derecho penal, con penas que sancionen a un ciudadano concreto<sup>700</sup>.

Así, será la ausencia de peligro efectivo en los delitos de peligro abstracto, lo que afecte al principio de culpabilidad y hace que entren en contraposición con el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos-penales<sup>701</sup>. Ya que será precisamente la falta de lesividad o de una real afectación al bien jurídico-penal, lo que hace que se conciba una pugna con el principio de culpabilidad y con los principios mencionados *supra* líneas<sup>702</sup>.

Al respecto, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, señala que para dar coherencia al principio de legalidad y evitar que el legislador convirtiera cualquiera actividad que quiera reprimir en delito, sería necesario reconocer de manera conjunta el principio de ofensividad y desde esta perspectiva, no cabría duda de que la presunción de la afectación de un bien jurídico, que los delitos de peligro abstracto implican, es incompatible con el principio del bien jurídico<sup>703</sup>. Así, el principio de ofensividad se convierte en un límite garantista del poder legislativo, desde un sentido doctrinal y constitucional.

Por otro lado, para algunos autores no se explica la real intervención del Derecho penal en esta clase de situaciones, donde el bien jurídico no es puesto en peligro ni afectado de algún modo; por ello se dice que también infringe los principio de *ultima ratio*, mínima intervención y fragmentariedad<sup>704</sup>.

Por otra parte, BARBERO SANTOS<sup>705</sup> en el mismo sentido señala, que es necesaria la comprobación de si la conducta (por sí o a través del objeto sobre el que recae), era idónea para ocasionar el peligro que la ley pretende evitar, ya que si no lo fuese su castigo violaría el principio de legalidad. Ya que si la acción es inidónea o el peligro no subsiste, no puede hablarse de una conducta peligrosa y no podrá considerarse al agente autor de una infracción de puesta en peligro<sup>706</sup>.

---

violación propia del principio de culpabilidad en el sentido de imputar un peligro general o supuesto, y; 4) vulneración del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*.

<sup>700</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* p. 320. Así mismo, el autor señala, que en esta línea un sector doctrinal considera, que los delitos de peligro abstracto contradicen el principio de culpabilidad.

<sup>701</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 324.

<sup>702</sup> Vid. CEREZO MIR. “Los delitos... *Op. cit.* p. 63. De opinión diferente, señala que sí existe una relación entre los delitos de peligro abstracto y el principio de lesividad. Ya que el contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se cifra en el desvalor de la acción. En la configuración de los tipos se mantiene la referencia a los bienes jurídicos. Se castigan ciertas conductas porque generalmente ponen en peligro el bien jurídico, manteniéndose así una conexión, aunque de menor entidad, con el principio de lesividad.

<sup>703</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro... Op. cit.* p. 153.

<sup>704</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Loc. cit.*

<sup>705</sup> Vid. BARBERO SANTOS. “Contribuciones... *Op. cit.* pp. 492, 493.

<sup>706</sup> Vid. CEREZO MIR. “Los delitos... *Op. cit.* pp. 62, 63. En contra de esta opinión señala que estos delitos no plantean problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, ya que el legislador describe la acción prohibida de un modo preciso. Como es el caso del delito de conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

Así, desde esa perspectiva entendemos que se requeriría de la comprobación de la existencia de un resultado peligroso, pues de lo contrario, afirman algunos autores, no sólo se estaría contraviniendo el principio de ofensividad, sino también el principio de presunción de inocencia; en este sentido PÉREZ ÁLVAREZ (*apud* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina) “ha planteado la contradicción que los delitos de peligro abstracto suponen respecto al principio de presunción de inocencia, cuya incidencia debe ser efectiva en el sistema penal de garantías. Siempre que se reconozca y asuma la eficacia en nuestro sistema del principio de ofensividad, habría ciertamente que afirmar, que el desprecio por la comprobación de la realidad del peligro equivaldría a un ataque respecto al artículo 24 de nuestra Constitución.”<sup>707</sup>. Coincido con lo señalado, toda vez que, si el sistema penal asume y reconoce el principio de ofensividad, y se niega la comprobación del peligro en los delitos de peligro abstracto, ciertamente se estará en contra del principio de presunción de inocencia.

Por otro lado, se afirma que la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sólo es cuestionable desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*<sup>708</sup>.

Sin embargo, pese a las críticas que se les formulan a estos delitos de peligro abstracto, y a los intentos dogmáticos de dotarlos de contenido material, éstos siguen coexistiendo con sus nociones e hipótesis más tradicionales y cuestionables<sup>709</sup>.

Por ello es por lo que algunos autores como VARGAS PINTO, propugnan que un delito de peligro abstracto que se conciba o configure así, debe desaparecer del orden penal y reservarse a otras ramas del Derecho, como ilícitos de otra índole<sup>710</sup>. En lo cual coincido con la autora, pues como lo ha mencionado, existen otras ramas del derecho que pueden tutelar las conductas descritas en varios de los delitos de peligro abstracto.

En este sentido, se cita a la llamada escuela de Frankfurt, que entiende que el Derecho penal no es el lugar adecuado para contemplar este tipo de comportamientos, pues es incapaz de solucionar sus problemas y enfrentar sus causas<sup>711</sup>.

Pese a estas opiniones, existen algunas otras que son partidarias de su admisión, aunque sólo en casos excepcionales, siempre que existan especiales necesidades político-criminales para ello<sup>712</sup>.

## OPINIÓN.

En el sentido expuesto hasta ahora, se puede concluir que existen autores que rechazan la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto, en dos supuestos: cuando se presume la peligrosidad del resultado, pero también para aquellos casos cuando se considera suficiente la verificación de la peligrosidad de la acción; esto, porque

---

<sup>707</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos... Op. cit.* p. 154.

<sup>708</sup> Vid. CERESO MIR. “Los delitos de... *Op. cit.* p. 65.

<sup>709</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 326, 327.

<sup>710</sup> *Ibid.* p. 326.

<sup>711</sup> *Ibid.* p. 327.

<sup>712</sup> *Ibid.*

consideran que precisamente la peligrosidad de la acción y la afección al bien jurídico no son sinónimos y que el principio de ofensividad requiere que haya una verdadera afectación al bien jurídico.

De lo anterior se puede resumir, que las nociones que se tienen del peligro abstracto y que precisamente se objetan, no pueden coexistir dentro de un Derecho penal que conserve sus exigencias fundamentales de imputación. Ya que como se ha mencionado, el punto central del problema de estos delitos, se puede reducir en el castigo de comportamientos que ni siquiera son peligrosos en concreto y que no existe la posibilidad de demostrar dicha peligrosidad.

Por otro lado, en cuanto al problema de la prueba en los delitos de peligro abstracto, si bien hemos establecido, que existen dos posturas respecto a si se admite en ellos la prueba en contra a la presunción de peligrosidad de la conducta, establecida por el legislador en el tipo, posturas de la presunción *iuris et de iure* (no se admite prueba en contrario) y la presunción *iuris tantum* (admite la prueba en contra).

Respecto a este problema, como se expuso, hay un sector importante que señala que como están redactados los delitos de peligro abstracto en los Códigos penales, pareciera que no es posible ofrecer una prueba en contrario; toda vez que el legislador, de inicio estableció que esas conductas sean consideradas peligrosas, sin que sea necesaria una comprobación por parte del juzgador, solamente una verificación de que se ha dado la conducta descrita en el tipo penal, para aplicar una sanción, sin hacer la necesaria comprobación de la puesta en peligro para el bien jurídico, en el caso concreto.

Si bien es una postura la que nos habla de la presunción *iuris et de iure* en los delitos de peligro abstracto, no es aceptada por la mayoría de la doctrina penal, ya que propugnan a que en estos delitos deben ser aceptadas las pruebas en contra.

Con respecto a estas posturas, considero que si bien en algunos delitos de peligro abstracto, la redacción pareciera establecer que no es posible aportar alguna prueba para desvirtuar que, en el caso concreto, que no existió la puesta en peligro para un bien jurídico, (como es el caso de los delitos de portación de arma de fuego, donde quien porta un arma de fuego ya está cometiendo un delito de peligro abstracto).

Sin embargo, aún y cuando existan delitos de peligro abstracto, en los cuales la descripción típica, pareciera indicar que no es posible admitir una prueba en contra; en todos los delitos de peligro abstracto, debe admitirse la aportación de la prueba en contrario, toda vez que de no hacerlo, se estaría en mi opinión, afectando el principio de presunción de inocencia del acusado, ya que de no aceptarle o no valorarle las pruebas que aportara, estaríamos aceptando que los delitos de peligro abstracto, son delitos formales, donde sólo basta con que se cometa la conducta descrita en el tipo penal, para que el juzgador determine la sanción a imponer, sin valorar ni comprobar si en el caso concreto se puso en peligro el bien jurídico protegido.

Y como lo señale en párrafos precedentes, si los delitos de peligro abstracto se conciben como delitos meramente formales, donde no exista la prueba en contra a la presunción de peligrosidad de la conducta -establecida por el legislador en el tipo-, estaríamos ante delitos que no pueden coexistir dentro de un Derecho penal que conserve sus exigencias fundamentales de imputación. Toda vez que con estos delitos se puede

imponer sanciones a comportamientos, que no representan un peligro al bien jurídico protegido en el caso concreto.

### **3.6 PROPUESTAS DOGMÁTICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.**

El hecho de limitar la libertad de acción, en consideración a una eventual amenaza de ciertos intereses, a través de la penalización de comportamientos, que no muestran siempre la evidencia de su peligrosidad -como hemos señalado-, causa tensiones con el postulado de que sólo deben ser punibles hechos materialmente desvalorados, lo que presenta sin duda problemas de legitimación<sup>713</sup>.

Los principales problemas que presentan estos delitos de peligro abstracto, derivan de la interpretación que se ha hecho habitual y dominante, ya que en estos delitos la peligrosidad típica, como atributo de cierta clase de conductas y no necesariamente de la acción individual, es no solo motivo para su incriminación, sino también el dato en el que se quiere fundamentar la afirmación de la adecuación típica y del carácter del injusto del hecho<sup>714</sup>.

Como se ha visto, según esta concepción tradicional de los delitos de peligro abstracto, se considera suficiente la coincidencia formal de la conducta del autor, con la descripción legal para afirmar la presencia del tipo objetivo, entendiéndose que la tipicidad y el propio injusto objetivo del hecho en el caso concreto, van únicamente anudados a la constatación de la puesta en práctica de la conducta descrita en el tipo<sup>715</sup>.

Considera MENDOZA BUERGO, que al aparecer la idea de peligro sólo como «motivo o razón» de incriminación, no se le adjudica ningún papel en la conformación del contenido de injusto, del concreto comportamiento que se le imputa al autor. Y que por tanto, la afirmación de la peligrosidad en general de una clase de acciones no permite, por sí sola, la afirmación de la peligrosidad de la concreta conducta<sup>716</sup>.

Por otro lado, señala la misma autora –atendiendo a los postulados de cierto sector doctrinal–, que alega la necesidad de garantizar la seguridad en el disfrute de los bienes o la seguridad cognitiva, junto con la afirmación de que lo decisivo en el delito, es la desautorización de la norma, la falta de fidelidad al Derecho y no la lesividad de la conducta para los bienes jurídicos, no sólo no resulta convincente, sino que además no puede prescindir en ninguno de los dos casos de una referencia, en última instancia, a la integridad de los bienes o intereses, que trasciende la mera garantía de un determinado complejo normativo<sup>717</sup>.

La situación anterior la comparto, al defender la protección del bien jurídico como fin último del Derecho penal y por tanto exigir una afectación o perturbación efectiva o

---

<sup>713</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, Blanca. “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”. En *Revista de Derecho penal y Criminología*. 2002. p.40.

<sup>714</sup> *Ibid.*

<sup>715</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>716</sup> *Ibid.* pp. 42, 43.

<sup>717</sup> *Ibid.* pp. 44, 45.

por lo menos probable del bien jurídico, con las conductas descritas en los tipos penales (que realmente haya una lesión o puesta en peligro).

Después de ver los problemas que presentan y las críticas que se les formulan a los delitos de peligro abstracto, la doctrina ha intentado resolver dichos cuestionamientos, no sólo a través de opciones de reforma político criminal, sino también proponiendo otras teorías dogmáticas que, sin embargo, para muchos no acaban a satisfacer ni solventar los inconvenientes que presenta la renuncia a los delitos de peligro abstracto<sup>718</sup>.

En seguida comentaremos primero, las teorías tradicionales y después trataremos solamente los planteamientos más importantes, o bien los que parecieran en cierta medida, satisfacer a sectores diversos de la doctrina<sup>719</sup>.

### *3.5.1 Las teorías de la presunción del peligro y del peligro como motivo del legislador.*

Una de las teorías clásicas en el tratamiento de punición de los delitos de peligro abstracto, que aún para muchos no ha sido superada, pero que quizá, señala MENDOZA BUERGO, ya no sea la más dominante en la actualidad, es la teoría de la presunción del peligro<sup>720</sup>.

Esta teoría de la presunción del peligro, llega a las mismas conclusiones de la teoría de la peligrosidad general como motivo del legislador; se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa. Ello se opera a través de una presunción de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el tipo, implica la producción de un peligro, o al menos, en otras versiones, la peligrosidad de la propia acción típica<sup>721</sup>.

Se sostiene que el legislador en estos delitos busca «castigar la peligrosidad misma de la conducta», sin entrar a evaluar la capacidad de lesión o la real puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados<sup>722</sup>.

Considerándose por tanto este tipo de delitos como de mera actividad, dejándose de lado la probabilidad de ocurrencia de un resultado catastrófico, puesto que la conducta punible en este caso consiste en el simple desarrollo de una acción típicamente peligrosa<sup>723</sup>.

Según la versión tradicional de esta teoría de la presunción del peligro, la presunción legal sería *iuris et de iure*, puesto que no se admitiría prueba alguna en el sentido, de que no hubo peligro en el caso concreto<sup>724</sup>.

---

<sup>718</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* p. 321.

<sup>719</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos... Op. cit.* pp. 89 y ss. y “La configuración del injusto... *Op. cit.* pp. 39-82. La autora hace un análisis más extenso y profundo de estas propuestas dogmáticas.

<sup>720</sup> *Ibid.* “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”. p. 45.

<sup>721</sup> *Ibid.* pp. 45, 46.

<sup>722</sup> Vid. HENAO CARDONA, Luis Felipe/ BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Introducción al Derecho Penal de la Sociedad Postindustrial*. Biblioteca Jurídica DIKE. Colombia, 2006. p. 67.

<sup>723</sup> *Ibid.*

<sup>724</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...”. *Loc. cit.*

Esta teoría se afirma por algunos autores que es la más extendida sobre la fundamentación del castigo de los delitos de peligro abstracto, y es la denominada teoría de la peligrosidad general o peligrosidad como motivo del legislador que, como ya se ha mencionado, quiere basar el castigo de los mismos con referencia a la relevancia lesiva general, de la clase de acción descrita en el tipo<sup>725</sup>.

Y como hemos señalado, parte de la idea de que el legislador al formular estos preceptos y tomar como base la peligrosidad típica o general de cierta clase de conductas, no incluye en la formulación típica la característica del peligro ni como resultado, ni como elemento integrante de la acción típica a comprobar por el Juez<sup>726</sup>.

Con ello, la relevancia general de la lesión se eleva no ya, a razón o motivo de la prohibición, sino que va más allá, alegando que el dato de la peligrosidad de la acción no está incluido expresamente en el tipo, con lo que se abre paso a la consideración de que la tipicidad y el propio injusto del hecho, van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que la concreta conducta tenga o no capacidad alguna para ser en sí misma peligrosa<sup>727</sup>.

Y cabe mencionar sobre la no muy acertada labor legislativa, que se corre el riesgo de que con ello puede crearse una legislación meramente simbólica, lo cual acarrea en muchas ocasiones la ineficacia de dichas normas.

Como mencionamos al inicio de este tema, a partir de estas posturas tradicionales y sobre todo partiendo de las críticas que se les han formulado, se han elaborado diferentes planteamientos doctrinales que buscan aportar soluciones diversas, a los problemas ya señalados en temas anteriores. Posturas que enseguida se abordan.

### 3.5.2 El peligro abstracto como presunción *iuris tantum*.

---

<sup>725</sup> *Ibíd.* p. 47.

<sup>726</sup> *Ibíd.* En este sentido cobra relevancia lo manifestado por ROIG TORRES, quien señala que “las reformas legislativas implementadas en los últimos años en el Ordenamiento Punitivo se caracterizan por una relajación en el plano garantístico”. Y menciona los siguientes factores:

1. En primer lugar la progresiva espiritualización del objeto de tutela, abundando en los Códigos penales, los bienes jurídicos de carácter colectivo o difuso, con perfiles no definidos suficientemente.

2. Un incremento de los delitos de peligro abstracto, que a pesar de representar un adelantamiento de las barreras de protección, el principal riesgo está en la deficiente técnica de tipificación del injusto, que tiende a cualificarlos.

3. Así como el recurso creciente a los términos normativos y las constantes remisiones a otras disposiciones extrapenales, con vulneración de las exigencias que devienen del principio de legalidad.

4. Y por último, el aumento de los tipos omisivos mediante los cuales se impone a los ciudadanos la obligación de realizar determinadas acciones tendientes, no sólo a combatir los riesgos creados por el uso de las nuevas tecnologías, sino también al logro de la finalidad de homogenización económico-social asumida por el Estado como propia. Lo que explica que el ámbito de la omisión, no sólo se haya ampliado a los delitos del tráfico rodado o a la seguridad del trabajo, sino también a los campos de materia tributaria. *Vid.* ROIG TORRES, Margarita. “Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho Punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal.” En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. 2004. Pp. 240, 241. Si bien la autora en su artículo comenta sobre las últimas reformas al Código Penal Español, mismo que data de 2004, considero que su opinión y los factores vertidos sobre la deficiente actividad legislativa, tiene aplicación para muchos países, en especial en México y que son circunstancias que siguen sucediendo.

<sup>727</sup> MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto... *Op. cit.* pp. 47, 48.

En esta propuesta varios autores acuden a la exigencia implícita en estos delitos de la prueba de que el peligro para terceros no estaba excluido, entendiendo que en estos delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro (como resultado o como predicado de la acción)<sup>728</sup>.

Autores de esta postura es SCHRÖDER, en una teoría ya iniciada por RABL, quienes pugnan por “aceptar la prueba en contrario de la falta de peligrosidad para excluir la tipicidad de la conducta. Los delitos de peligro abstracto serían así entendidos como «delitos de presunción refutable de peligro»<sup>729</sup>.

Pese a que para muchos ésta sería la propuesta que solventaría muchas críticas, se le han formulado varios cuestionamientos, al señalar que esta construcción plantea un dilema: “si el procesado corre con la carga de la prueba se infringe el principio *in dubio pro reo*”<sup>730</sup>.

De acuerdo a este argumento, algunos “autores del delito se verán absueltos por probar la imposibilidad de lesión que otros serán condenados por no poder probar dicha imposibilidad. Si para solventar esta cuestión se exige que sea la parte acusadora o juzgadora la que corra con la carga de la prueba, tal como lo sostiene SCHRÖDER, se estaría introduciendo como requisito típico una concreción de la peligrosidad contraria a la finalidad de la norma”<sup>731</sup>.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la parte acusadora ha tenido esa carga, al probar que se desarrolló una conducta generalmente peligrosa, lo que constituye una prueba indiciaria de peligrosidad de esta.

Otra crítica para estos delitos de peligro abstracto, va encaminada a señalar que son manifestaciones contrarias a la Constitución y que vulneran el principio de culpabilidad, puesto que tienen como la base para la imputación de la conducta delictiva, un tipo de responsabilidad objetiva, sin embargo, esta crítica se ve solventada al manifestar -dentro la teoría en comento-, que la presunción de responsabilidad objetiva es legal y no de derecho, lo que significa entonces es que deben admitir prueba en contrario<sup>732</sup>.

Por otro lado, con esa postura, parte de la doctrina opina que, se estarían convirtiendo los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, pretendiendo entonces como solución del problema, que se evalúe y pruebe la aptitud y capacidad general de la conducta, sin causar detrimento para algún bien jurídico protegido<sup>733</sup>.

En síntesis, lo que este tipo de consideraciones plantea, es la idea de que una modalidad de la conducta puede ser estadísticamente peligrosa, pero ello no significa que

---

<sup>728</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Loc. cit.* Vid. ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos de acción... *Loc. cit.*”

<sup>729</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Ibid.*”

<sup>730</sup> *Ibid.*

<sup>731</sup> *Ibid.* pp. 321, 322.

<sup>732</sup> Vid. HENAO CARDONA/ BALMACEDA HOYOS. *Introducción al Derecho... Op. cit.* p. 68.

<sup>733</sup> *Ibid.*

se trate de una conducta peligrosa en todos los casos, sino que depende de las circunstancias concurrentes en el caso concreto<sup>734</sup>.

### 3.5.3 *El peligro abstracto como «tentativa de delito imprudente» o como tipificación de una infracción del deber de cuidado sin resultado.*

Existe dentro de estas tesis, la postura llamada equiparación «formal» a la imprudencia, la cual centra el injusto de los delitos de peligro abstracto en el desvalor de acción, estableciendo una conexión entre el injusto de estos delitos y la imprudencia, adoptando un punto de partida que autores como MENDOZA BUERGO, estiman correcto<sup>735</sup>.

Se ha señalado que “el planteamiento moderno de esta idea tiene su origen en la interpretación, propuesta en un principio por RUDOLPHI, de proceder a una «reducción teleológica» para limitar el ámbito de aplicación de estos delitos y dotarlos de un contenido de injusto que evidencie la relación de la acción punible con el bien jurídico. De acuerdo a su parecer, tal contenido de injusto estaría constituido por el desvalor de acción que se plasmaría en una actuación al menos *imprudente* respecto a la puesta en peligro o la lesión del bien, produciéndose así ya la referencia expresa a la imprudencia, aunque de un modo todavía poco claro y sin equiparar expresamente el injusto del delito de peligro abstracto con el de la imprudencia”<sup>736</sup>.

En ese sentido, este tipo de tesis pretende encontrar un punto de anclaje para fundamentar el contenido material del injusto específicamente de los delitos de peligro abstracto, identificando éste con el injusto del delito imprudente<sup>737</sup>.

Y lo consideran al delito de peligro abstracto, equiparable con los delitos imprudentes, precisamente porque encuentran que hay una infracción del deber de cuidado en estos delitos. Bastando por tanto una infracción del deber de cuidado para que se configure completamente el delito de peligro en comento<sup>738</sup>.

Por otro lado, existen autores como BREHM, HORN “más influenciados por la teoría personal del injusto, y consiguientemente más preocupados por la infracción de la norma de conducta, han considerado que no se debía considerar típica la conducta cuando el autor ha adoptado medidas de cuidado o de seguridad complementarias para evitar peligros para bienes jurídicos ajenos”<sup>739</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en la medida en la que el autor se comporte con el cuidado objetivamente debido, no realizaría el tipo de peligro. Es decir, los delitos imprudentes de resultado y de peligro abstracto, tendrían como fundamento la misma

---

<sup>734</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* p. 322.

<sup>735</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Op. cit.* pp. 53, 54.

<sup>736</sup> *Ibíd.* p. 54.

<sup>737</sup> *Ibíd.*

<sup>738</sup> Vid. HENAO CARDONA/ BALMACEDA HOYOS. *Introducción...* *Op. cit.* p. 67.

<sup>739</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* pp. 322-324. También citados por MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Op. cit.* pp. 54-56. Sin embargo, la misma autora menciona otros autores que si bien se pronuncian sobre este tipo de tesis, adicionan algunos otros elementos, como es el caso de SCHÜNEMANN quien parte de la distinción de diversos subgrupos de delitos de peligro abstracto, reconduciendo algunos a la imprudencia, aunque exigiendo en ese caso la infracción del deber *subjetivo de cuidado*.

norma y los mismos deberes de cuidado. Por ello se afirma que, si no se infringe la norma de cuidado con la vida o la salud de otras personas, no es posible afirmar materialmente la existencia de un injusto de peligro abstracto, aunque finalmente estén presentes en el hecho todos los elementos típicos. Con base a ello, sólo será penado el que no adopte las precauciones necesarias para evitar muertes o lesiones<sup>740</sup>.

De acuerdo a estos autores (BREHM, HORN), “aunque se infrinjan ciertas reglas estándar de seguridad, faltaría un injusto material si se añaden otras condiciones de seguridad, que pueden preservar de lesiones los bienes jurídicos individuales”<sup>741</sup>.

Sin embargo, a esta interpretación teleológica, se le objeta que tampoco compagina muy bien con la intención técnica de los delitos de peligro abstracto, cuyo objetivo es estandarizar al máximo ciertas conductas<sup>742</sup>.

En esta misma línea de pensamiento SCHÜNEMANN, “parte de la distinción de diversos subgrupos de delitos de peligro abstracto, reconduciendo algunos a la imprudencia, aunque exigiendo en ese caso la infracción del deber *subjetivo de cuidado*, en la medida en que entiende que la caracterización propia de los delitos de peligro abstracto, es lo que podría designarse como una «tentativa» imprudente, es decir, la de quien actúa sin asegurarse desde su perspectiva que cumple con las precauciones necesarias, para excluir toda posibilidad de daño”<sup>743</sup>.

Pese a ello, se estima que este tipo de entendimiento de los delitos de peligro abstracto, más que una propuesta de interpretación restrictiva de los mismos, supone anticipar aún más las fronteras de la punibilidad hasta el punto de proponer de *lege ferenda*, la punición general de la figura de la «tentativa imprudente», incluso cuando objetivamente no fuese idónea por ser conforme al deber objetivo de cuidado, lo cual a todas luces, resulta desmesurado, tanto por razones dogmáticas como político-criminales<sup>744</sup>.

Otra de las objeciones que se le formulan a esta postura, se refiere a que desde un punto de vista material, de los delitos de peligro abstracto no se deriva un deber de cuidado con bienes jurídicos individuales, sino el deber directo e inmediato de evitar determinados comportamientos, que el legislador (por su peligrosidad estadística) ha definido como hechos típicos. Aunque un comportamiento no pueda declararse como una infracción del deber de cuidado, puede ser un hecho típico si está descrito como tal en una ley penal y existe un deber de no realizar nunca ese comportamiento, sea cual sea el contexto o las circunstancias concurrentes<sup>745</sup>.

En el mismo sentido, se señala que, en los delitos de peligro abstracto, se realiza la conducta típica, cuando el autor abarca con su dolo los elementos típicos. En ese momento infringe la norma de conducta. No existe un requisito normativo adicional de cuidado, con respecto a una eventual lesión del que dependa la responsabilidad penal. Por tanto, los delitos de peligro abstracto no deben entenderse, como delitos imprudentes de

---

<sup>740</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ. *Ibid.*

<sup>741</sup> *Ibid.*

<sup>742</sup> *Ibid.* p. 325.

<sup>743</sup> MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Op. cit.* p. 56.

<sup>744</sup> Cfr. MENDOZA BUERGO. *Ibid.* pp. 56, 57.

<sup>745</sup> *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva...” *Loc. cit.*

resultado cortado -porque implicaría desdibujar su carácter doloso-. La denominada peligrosidad *ex ante* de los delitos de peligro abstracto, no es más que la realización dolosa de los elementos que configuran el tipo objetivo<sup>746</sup>.

En este sentido FEIJOO SÁNCHEZ señala, que es metodológicamente erróneo, por tanto, cualquier intento de reconstruir el injusto de los delitos de peligro, a partir de la tradicional dogmática de los delitos de lesión, sea intentando buscar similares elementos objetivos o unas características personales comunes<sup>747</sup>.

### 3.5.4 La seguridad como bien jurídico. La transformación de los delitos de peligro en delitos de lesión.

El antecedente de esta postura y de otras opiniones respecto a la seguridad como bien jurídico, nace precisamente del sentimiento de inseguridad en la que vivimos, que hace surgir una demanda social de control esencialmente penal, a la que el Estado por diversos motivos, no le da la solución más lógica y pareciera en algunos momentos, incapaz de frenar dichas expresiones de inseguridad. Así mismo, estos sentimientos de inseguridad, fueron clave para el nacimiento del Derecho penal del riesgo<sup>748</sup>.

Esta postura inicia con el planteamiento de que “si el peligro o el riesgo es sinónimo de inseguridad o privación de condiciones de seguridad, los delitos de peligro se pueden definir también como delitos contra la seguridad de esos bienes que se ponen en peligro”<sup>749</sup>.

Quien desarrolla y profundiza sobre algunas ideas ya planteadas por BINDING, es KINDHÄUSER, que considera que materialmente los delitos de peligro abstracto, “consisten en la abstracción de la seguridad como bien jurídico protegido o finalidad tuitiva de la norma. Este autor directamente ha definido los delitos de peligro abstracto como «injusto de la inseguridad»”<sup>750</sup>.

La seguridad como finalidad de la norma es entendida desde este punto de vista, como una posibilidad de disposición sin peligro o sin preocupaciones de los bienes. Se trataría de un bien jurídico de naturaleza normativa, que tendría en cuenta las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes, en cada ámbito social o en el orden social en su conjunto<sup>751</sup>.

---

<sup>746</sup> *Ibid.* Por otro lado, se afirma que los delitos de peligro permiten intervenir al Derecho penal, en ámbitos en los que sólo podían intervenir tradicionalmente, los tipos de resultado lesivo imprudentes, con todas las limitaciones que ello implicaba. Y precisamente una de las cosas que pretenden los delitos de peligro, es evitar que la tipicidad de la conducta dependa de las previsiones, cálculos o cuidados del autor con respecto al resultado o de la azarosa producción o no de éste.

<sup>747</sup> *Ibid.*

<sup>748</sup> Vid. HENAO CARDONA/ BALMACEDA HOYOS. *Introducción...* *Op. cit.* p. 144. Vid. Sobre el Derecho penal del riesgo, al mismo autor en las páginas 144-154. Vid. *Supra*. Sobre la sociedad del riesgo Tema 2.c. del Capítulo II.

<sup>749</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva...” *Op. cit.* p. 326. Vid. También MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Op. cit.* p. 49.

<sup>750</sup> FEIJOO SÁNCHEZ. *Ibid.* pp. 326, 327. Y considera que con esa propuesta se afectó decisivamente a toda la abundante discusión sobre los delitos de peligro abstracto.

<sup>751</sup> *Ibid.*

Por otro lado, el objeto de protección sería, según KINDHÄUSER, “la posibilidad para una persona razonable de disponer de forma segura de bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de bienes. Los delitos de peligro abstracto quedan así definidos, como delitos que tipifican una lesión *sui generis*”<sup>752</sup>.

De igual forma, se afirma que este enfoque supone concebir el peligro como perturbación específica y propia, que no se define como estado previo a la lesión, sino que es *en sí mismo un verdadero menoscabo o lesión de la seguridad* en la existencia del bien o en la tranquila disposición sobre el mismo<sup>753</sup>.

Y tal como lo señalamos *supra* líneas, los delitos de peligro abstracto representan otra forma de daño *sui generis*, con una lesividad propia e independiente, que no se define como estado previo a la lesión, sino que supone afectar a la posibilidad de disponer de los bienes de forma segura. Por lo tanto, junto a la protección de la integridad de los bienes jurídicos hay que proteger también, la garantía de la posibilidad de una disposición segura sobre los mismos bienes<sup>754</sup>.

En síntesis se puede decir que, esta postura “trata de fijar la específica lesividad del comportamiento tipificado en un delito de peligro abstracto sobre la base de entender que se produce una efectiva puesta en peligro, concebida como un *injusto de resultado* que no supone un peligro concreto, sino el menoscabo de *una concepción de protección tipificada* a través del establecimiento de *estándares de seguridad*, cuya existencia es necesaria para una disposición racional de los bienes”<sup>755</sup>.

Si bien se ha señalado que esta tesis presenta una aparente ventaja, por proponer una idea que parece dotar de una lesividad o dañosidad específica, a todo comportamiento coincidente con la conducta descrita en el tipo, acaba mostrando en un examen más detenido y más allá de la primera impresión favorable, un balance más discutible, como enseguida veremos<sup>756</sup>.

Así, a esta postura dogmática también se le ha formulado algunas críticas como son las siguientes.

Se afirma que esta postura sólo cambio de perspectiva, pero no resolvió el fondo de los problemas de los delitos de peligro abstracto. Ello es así, porque KINDHÄUSER no tiene suficientemente en cuenta que en última estancia lo que se quiere proteger son bienes jurídicos como la vida, la salud o el medio ambiente, pero variando la técnica de protección; es decir, lo que caracteriza a los delitos de peligro abstracto, no es que tengan un objeto de protección distinto que otros tipos penales, sino que la estructura típica es diferente.

De igual manera se dice que este autor se equivocó al tratar reducidamente la teoría de los delitos de peligro abstracto, como una cuestión referida al bien jurídico protegido y no como una cuestión de cómo se protegen ámbitos de organización que se

---

<sup>752</sup> *Ibid.* pp. 327, 328.

<sup>753</sup> *Vid.* MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Loc. cit.*

<sup>754</sup> *Ibid.* pp. 49, 50.

<sup>755</sup> *Ibid.*

<sup>756</sup> *Ibid.* p. 51.

tutelan de otra manera, mediante los delitos de resultado lesivo o los delitos de peligro concreto<sup>757</sup>.

Otra de las críticas que se le hace a esta postura, es la generalización que pretende evitarse y se reprocha a otras fundamentaciones, se produce también en ésta; toda vez que “el injusto se agota en la mera contradicción con patrones de seguridad previamente establecidos con carácter general; la seguridad se entiende lesionada automáticamente por la realización de una conducta también en la medida en que pertenece a una determinada clase de comportamiento definido previamente como perturbador *per se*, entendiendo además que tal confianza en la seguridad es defraudada aunque nadie esté haciendo uso de la facultad de disposición del bien jurídico correspondiente y aunque no presente caracteres que permitan afirmar su capacidad para afectar de forma efectiva a la seguridad de un bien”<sup>758</sup>.

### 3.5.5 Perspectivas dogmáticas de un concepto material de injusto penal<sup>759</sup>.

Ahora bien, una vez que hemos abordado brevemente conceptos como el de injusto, antijuridicidad y peligro; debemos decir que una vez que hemos hecho referencia a las posturas anteriores, denominadas formales, aparecen otras consideradas por algunos –entre ellos MENDOZA BUERGO–, con más posibilidades de llegar a una solución que posibilite una punición dentro de los límites consecuentes; estas posturas han sido denominadas como materiales, las cuales consideran necesario para afirmar el injusto

---

<sup>757</sup> Vid. FEIJOO SÁNCHEZ. “Seguridad colectiva... *Op. cit.* pp. 328, 329.

<sup>758</sup> MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Loc. cit.*

<sup>759</sup> Sobre el injusto penal, ya que en ocasiones este término se ve como equivalente o sinónimo de antijuridicidad. Al respecto se ha señalado que la antijuridicidad “es el predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico”. Mientras que el injusto “es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma” Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, 2013. p. 82.

La antijuridicidad por tanto, será una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, mientras que como ya se ha señalado, el injusto es la conducta típica ya calificada como antijurídica y esta calificación de antijurídica se da cuando después de analizarse, se observa que no existen causas de justificación.

En ese sentido, cuando en el derecho penal se emplea la expresión de «tipo de injusto», se hace para calificar el comportamiento típicamente relevante, sobre el que ha de recaer, precisamente el juicio de antijuridicidad.

típico de los delitos de peligro abstracto, más allá de la peligrosidad general del comportamiento, que éste muestre una peligrosidad *ex ante*<sup>760</sup> en el caso individual<sup>761</sup>.

Siguiendo la misma línea, se encuentran las propuestas que consideran que la peligrosidad de la acción o desvalor de peligrosidad, es elemento constitutivo del injusto, o aquellas que entienden que este planteamiento es aplicable sólo a un grupo de tipos de delito abstracto y es deseable de *lege ferenda* para toda la categoría, pero no es predicable de *lege lata* de todos los tipos que podemos calificar de delitos de peligro abstracto en sentido amplio<sup>762</sup>.

Recapitulando se puede decir que, la exigencia de una peligrosidad *ex ante* de la concreta conducta como característica de cierto grupo de tipos –como los de aptitud o idoneidad, de peligro hipotético o de peligrosidad concreta– a los que se les ha encuadrado dentro de los delitos de peligro abstracto, se ha planteado como elemento que bien puede agregarse legislativamente a los delitos de peligro abstracto puros, para así enriquecerlos, transformándolos y eliminando en una perspectiva de *lege ferenda*, el delito de peligro abstracto puro, como técnica de tipificación de conductas penalmente relevantes, o bien, como criterio que puede exigirse interpretativamente de todo delito de peligro abstracto

---

<sup>760</sup> Al respecto de esta postura, es cierto que, en cualquier tipo penal, debe aparecer la conducta *ex ante*, como idónea para realizar el tipo, sobre lo cual haremos los siguientes comentarios.

En los delitos de resultado separado (como el homicidio) el desvalor de resultado presupone que aquél, pueda imputarse a una conducta peligrosa como resultado de la misma. Y para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión, es necesario la utilización de un punto de vista *ex ante*. Vid. MIR PUIG. *Derecho penal... Op. cit.* p. 177. En este sentido, señala que el desvalor de resultado se enjuicia *ex post*, mientras que el desvalor de la conducta se enjuicia *ex ante*. De igual manera, mientras que el desvalor de resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar, -como lo es la lesión o puesta en peligro típica indeseable- se deba a una conducta suficientemente peligrosa para el espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable.

Por ello el desvalor de resultado (a valorar *ex post*), presupone también el desvalor de la conducta (a valorar *ex ante*). El desvalor de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que el hombre medio puede advertir, al momento en que se desarrolla la conducta, es decir *ex ante*. El desvalor de la conducta, será en este sentido, desvalor intersubjetivo *ex ante*.

Por otro lado, en los delitos de mera actividad (como el allanamiento de morada), el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa, pero también en estos tipos, deberá aparecer la conducta *ex ante*, como idónea para realizar el tipo. Sólo entonces habrá sido evitable y por lo tanto desfavorable desde la perspectiva intersubjetiva de lo exigible a un hombre medio.

En concordancia a lo manifestado hasta ahora, el juicio de peligro será pues, un juicio *ex ante* que se emite por un hombre medio –en este caso el juzgador- en el momento en que se realizó la acción.

Ahora bien, para establecer si la acción realizada era peligrosa para el bien jurídico –es decir, si es probable que produjera su lesión- es necesario que el juzgador conociera primero la situación del hecho, la realización de la acción (conocimiento ontológico), pero además, debe conocer las leyes de la naturaleza, las reglas de la experiencia, la estadística, forma de realización y circunstancias que puedan producir la lesión de dicho bien jurídico (conocimiento nomológico). Vid. MUÑOZ CONDE. *Teoría General del Delito. Op. cit.* p. 84.

Es por ello que considero que, como lo expone MENDOZA BUERGO, en los delitos de peligro abstracto, también debe exigirse una peligrosidad *ex ante* en el caso individual, y no solamente que *ex ante* la conducta descrita en el tipo, sea idónea para realizarlo y así poner en peligro el bien jurídico protegido, dotándose así precisamente de contenido material al injusto.

<sup>761</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” *Op. cit.* p. 64.

<sup>762</sup> *Ibid.* pp. 64, 65.

para eliminar la punición de supuestos carentes de peligrosidad en una consideración *ex ante*<sup>763</sup>.

Sin embargo, también hay opiniones en contra de esta interpretación, las que señalan que va muy lejos y significa una transformación de *lege lata* de todos los tipos de peligro abstracto en delitos de aptitud, lo cual para algunos puede ser cierto, aunque el entendimiento habitual de los delitos de peligro abstracto, no deja de ser una interpretación doctrinal y jurisprudencial de los mismos<sup>764</sup>.

Con base a lo anterior, se considera que los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de necesaria lesividad de la conducta, unidos al carácter fragmentario<sup>765</sup> y de *ultima ratio* del Derecho penal, implican la adopción de un concepto material de delito y, con ello, de tipo de injusto<sup>766</sup>.

De igual manera, para hacer compatible la anticipación de la tutela penal a fases previas a la lesión, con aquellos principios y los conceptos dogmáticos señalados, debe constar la gravedad de la conducta, en cuanto medio capaz de conllevar amenazas serias para los bienes jurídicos protegidos<sup>767</sup>.

Así, de acuerdo a estas perspectivas, la creación de delitos de peligro abstracto y su interpretación tradicional produce tensiones con el pleno respeto de un concepto material de delito y de injusto y constituye, en ese sentido, una técnica de tipificación problemática de delimitación de lo punible<sup>768</sup>.

Por ello se propone que la peligrosidad de la conducta, constituya un elemento imprescindible del injusto y sólo debe afirmarse éste, cuando la conducta además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya una acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido<sup>769</sup>.

Conforme a lo que propone MENDOZA BUERGO, respecto a que la peligrosidad de la conducta sea verificada *ex ante* en el caso concreto, para verificarse que objetivamente se ponga en peligro el bien jurídico del delito, dotándose así de un contenido material al injusto y entendiendo que el injusto está formado por los elementos

---

<sup>763</sup> *Ibid.* p. 66. En relación a esta postura, que supone reinterpretar en clave teleológica estos delitos de peligro abstracto puro, buscan una solución coherente y sostenible desde los postulados dogmáticos y de justificación de la intervención penal, acorde con el modelo de Derecho penal constitucional avanzado de un Estado de Derecho. Por otro lado, partiendo de lo que señalábamos en el párrafo, en un Estado de Derecho se debe partir de principios que enmarcan la identidad del Derecho penal y que justifican la intervención punitiva, servirán no sólo como delimitadores de sus fronteras legítimas, sino que también influirán en la propia construcción e interpretación de las categorías dogmáticas de los distintos elementos del delito. Para limitar en la medida de lo posible los excesos, teniendo en cuenta principalmente el principio de intervención mínima y la antijuridicidad material.

<sup>764</sup> *Ibid.*

<sup>765</sup> *Vid.* SOLA RECHE, Esteban. “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVII. Fascículo I. 1994, p. 176. En este sentido afirma sobre el carácter fragmentario del Derecho penal, que se debe evitar sancionar todas las conductas tendentes a la lesión de bienes jurídico-penales, limitándose sólo a los más peligrosos, y con más razón deben dejar de castigarse conductas que no son ni peligrosas, que no alcanzan el mínimo de gravedad exigible para que sean sancionadas con pena.

<sup>766</sup> *Vid.* MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto... *Loc. cit.*”

<sup>767</sup> *Ibid.*

<sup>768</sup> *Ibid.*

<sup>769</sup> *Ibid.* p. 70.

objetivos y subjetivos descritos en el precepto legal<sup>770</sup>, tal peligrosidad de la conducta (desvalor de la conducta) debe poner en peligro al bien jurídico (desvalor de resultado), para poder legitimar a los delitos de peligro abstracto.

De acuerdo a lo anterior, sólo cabrá adelantar la tutela penal de forma legítima, al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico<sup>771</sup>, es decir, que podamos comprobar objetivamente dicha afectación.

Por ello, si para justificar el recurso a la pena como *ultima ratio*, debe ser un comportamiento materialmente desvalorado por su peligrosidad real, para intereses de máxima entidad, se propone evitar la nueva creación, así como la interpretación de los tipos de peligro abstracto ya existentes, como delitos de peligro conformados según el modelo de peligro abstracto puro<sup>772</sup>.

De igual manera, desde una perspectiva de *lege ferenda*, para autores como MENDOZA BUERGO, resulta preferible la configuración legislativa de los tipos de peligro abstracto como delitos de aptitud o idoneidad, o de peligrosidad concreta o, en definitiva, de acción concretamente peligrosa<sup>773</sup>.

Si bien hemos señalado que estas propuestas son de *lege ferenda*, hay que decir que con respecto a los tipos ya presentes en el Código penal, formulados legislativamente como delitos de peligro abstracto «puro», se afirma que resulta necesaria una configuración dogmática que los haga compatibles con el concepto de injusto mantenido, de manera que se pueda proceder al castigo de las conductas descritas en ellos, sólo

---

<sup>770</sup> Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel (Director), ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. p. 69. Señala que el tipo de injusto, para BELING, está formado no por el conjunto de todos los elementos que integran un delito, sino tan sólo por los elementos descritos en el precepto legal reduciendo con posterioridad su concepto de *Tatbestand* (tipo de delito) al núcleo central de sus elementos objetivos y convirtiéndolo en un mero tipo rector, descriptor de un hecho externo.

Sin embargo, el mismo BELING distinguió el *Tatbestand* del *delict Typus*, tipo o figura del delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, encerrando la conducta antijurídica y la culpable, a diferencia del *Tatbestand*, que es una mera abstracción conceptual, es decir, una realidad que tiene su existencia en la Ley.

Según los anteriores conceptos de tipicidad, el tipo en el homicidio sería “la muerte de un hombre ejecutado por otro hombre” mientras que en el *delicks typus*, sería la “muerte antijurídica y culpable de un hombre”. Ahora en la actualidad, la tipicidad es concebida como aglutinadora de elementos objetivos, como de elementos subjetivos, encontrando así sistemáticas en las que se analiza tanto el tipo objetivo, como el tipo subjetivo.

<sup>771</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto... *Op. cit.* pp. 70, 71.

<sup>772</sup> *Ibid.* En ese sentido, la limitación de la libertad de acción en consideración a otros bienes, a través de la elección del modelo de peligro abstracto, no resulta legitimable de modo general, sino sólo en la medida en que se observen determinados límites.

<sup>773</sup> *Ibid.* pp. 71, 72. Ahora bien, para valorar individualmente si la conducta es típicamente relevante y materialmente antinormativa, MENDOZA BUERGO propone la utilización de ciertos criterios de la teoría de la imputación objetiva, al considerar que constituye una teoría de tipo objetivo y no primariamente una cuestión de imputación de resultados, asimismo, porque constituye la construcción que actualmente se encuentra en mejores condiciones para fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos. Por lo que la propuesta de la posible aplicación de algunos criterios de imputación objetiva a la categoría de delitos de peligro abstracto, reconoce la autora, supone plantear una reconstrucción interpretativa de tal categoría, sobre la base de la significación de la teoría de la imputación como punto de referencia o fundamento de la reelaboración teórica del sistema.

cuando pueda afirmarse la idoneidad o capacidad *ex ante* del comportamiento concreto, para la producción del menoscabo que se quiere evitar.

Para ello es necesaria la exigencia y comprobación de una determinada relevancia típica de la conducta, constatando que es objetiva y materialmente antinormativa y no únicamente formalmente coincidente con la acción descrita en el tipo, para lo cual habrá que valorar individualmente si la conducta es efectivamente arriesgada y supone una vulneración del fin de protección de la norma<sup>774</sup>.

Ya que el Derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no debe sancionar toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas afectaciones que son consecuencia de acciones especialmente intolerables<sup>775</sup>.

Y es que precisamente, como lo abordamos en el primer capítulo de este trabajo, la imputación objetiva tiene una relación y cercanía con el concepto de peligro, para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción, en relación con la producción de un determinado resultado, pues solo la acción que considerada *ex ante* es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo, siempre y cuando suponga la creación de un riesgo no permitido o el incremento de un riesgo permitido<sup>776</sup>.

Así, de acuerdo con la propuesta de MENDOZA BUERGO, se considera que se debe “seleccionar y eliminar, ya en el ámbito objetivo, ciertas constelaciones de casos porque no presentan suficientes elementos de peligro, o porque no se ha creado un peligro relevante penalmente de forma desaprobada”<sup>777</sup>.

De ahí que la exigencia de una peligrosidad efectiva *ex ante* apreciable de la conducta, se puede concebir como la creación de una real posibilidad de lesión —o de peligro concreto—, que constituye una parte independiente de la fundamentación del injusto, junto con el desvalor de acción y que se denomina «desvalor de peligrosidad»<sup>778</sup>.

Y ese «desvalor de peligrosidad», debe ser concebido como algo perteneciente al desvalor de la acción, como cualidad que ha de presentar la propia conducta, como riesgo real que va unido a la realización de la conducta, lo cual supone comprobar que, en el caso concreto, efectivamente se da la característica de constituir un peligro jurídicamente desaprobado para ser una conducta típica<sup>779</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, son igual de importantes en la configuración de la antijuridicidad, y por tanto del contenido material de injusto<sup>780</sup>, ya que están entrelazados y son

---

<sup>774</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Teoría General...* Op. cit. p. 86. *Ibid.*

<sup>775</sup> *Ibid.*

<sup>776</sup> *Ibid.* p. 84.

<sup>777</sup> MENDOZA BUERGO. “La configuración del injusto...” Op. cit. p. 75.

<sup>778</sup> *Ibid.*

<sup>779</sup> *Ibid.*

<sup>780</sup> Por otra parte, para tener por constituido el tipo de injusto objetivo de un delito de peligro abstracto, de acuerdo a esta tesis, será necesario constatar que la conducta concreta realizada, se presenta como una actuación peligrosa por suponer un riesgo real típicamente relevante con base a un juicio *ex ante*. Y ello requerirá la comprobación de la capacidad real *ex ante* de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien

inimaginables separados. Pues el valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado<sup>781</sup>.

Debemos entender entonces que lo que propone MENDOZA BUERGO, “supone la evaluación del *peligro de producción de un resultado* –de peligro concreto o de lesión– y no la comprobación *ex post* de la producción de un resultado de peligro”<sup>782</sup>.

### OPINIÓN.

Tomando en cuenta lo anteriormente vertido, se puede decir que según la propuesta de esta autora, el recurso legítimo a esta técnica legislativa de protección anticipada de bienes jurídicos, debe tener su base y justificación en la naturaleza y peculiaridades del bien jurídico protegido y en las especiales características de los comportamientos que se pretenden someter a la pena y no, en una flexibilización o incluso eliminación de los requisitos generales de constitución e imputación de un injusto criminal.

Siguiendo ese sentido, la punición de los delitos de peligro abstracto interpretados puramente como delitos formales de mera desobediencia, estarían muy cerca de la incompatibilidad con los principios informadores y limitadores del sistema penal del Estado de Derecho que nos rige.

Precisamente ante delitos de peligro abstracto «puros» -como se les ha llamado-, referidos a bienes jurídico colectivos, se busca prevenir un peligro en general, afectando solamente indirectamente bienes jurídicos individuales, lo cual crítica MENDOZA BUERGO, y ante ello hace las propuestas planteadas en este tema, puesto que muchas veces no se les dota de un contenido material al injusto, al ni siquiera ponerse en peligro el bien jurídico.

Así mismo, se ha señalado que este tipo de delitos de peligro abstracto, generan una enorme expansión del derecho penal, lo cual se critica, pues con ella se pierde muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a un determinado bien jurídico protegido, y también quedan difuminados los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos.

Siendo precisamente la propuesta en este tema, el dotar de un contenido material de injusto a los delitos de peligro abstracto, significando ello, que el bien jurídico efectivamente sea puesto en peligro, situación que deberá examinarse *ex ante* en cada caso concreto; para conferirles legitimidad.

El bien jurídico es entonces el referente para determinar si efectivamente se le puso en peligro y así poder legitimar a los delitos de peligro, es por ello, que, en siguiente capítulo, abordaremos de manera concisa, el bien jurídico, porque sabemos de antemano que es un tema nuclear de cualquier trabajo de investigación.

---

jurídico, lo cual representa algo más que exigir la mera peligrosidad general de la clase de acción. *Ibíd.* p. 76.

<sup>781</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Teoría General...* Op. cit. pp. 85, 86.

<sup>782</sup> *Ibíd.*

Por ello en el primer y en el presente capítulo se desarrollaron temas como el del concepto de peligro, de los delitos de peligro y la diferenciación entre ellos, quedó clara la importancia que tiene el bien jurídico en cada uno de ellos. En el concepto de peligro, para que éste sea penalmente relevante debe estar siempre referido al bien jurídico, por otro lado, la distinción fundamental entre los delitos de lesión y de peligro radica en el grado de afectación al bien jurídico; así mismo, una de las principales diferencias entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, radica en la proximidad a la lesión del bien jurídico.

De ahí la trascendencia de tratar lo relativo al bien jurídico, sin embargo, al no ser el tema central de este trabajo sólo se abordará en el capítulo siguiente, de manera somera y encaminada a los bienes jurídicos supraindividuales, por ser estos los bienes jurídicos generalmente protegidos por los delitos de peligro abstracto.

## CAPITULO III

### LA RELEVANCIA DE LA CONSIDERACIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

#### 1. EL BIEN JURÍDICO PENAL.

##### 1.1. Preliminares.

En el presente capítulo se busca hacer una breve referencia sobre el concepto de bien jurídico, pero primordialmente se abordará lo relativo a los bienes jurídicos colectivos, su protección y perturbación.

La teoría del bien jurídico y su concepción, ha sido abordada por múltiples autores desde distintos puntos de vista, lo cual la convierte en uno de los temas más debatidos por la doctrina, por lo cual, dicha polémica en torno a este no es nueva.

Así mismo, conviene establecer desde el inicio el dogma que ha sido a través de los años incuestionado: *el Derecho penal protege bienes jurídicos*<sup>783</sup>.

---

<sup>783</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN. *Derecho penal. Parte General. Op. cit.* pp. 77, 78. También cabe señalar conforme a estos autores, que, si bien la protección de los bienes jurídicos justifica la intervención del Derecho penal, éste no será un criterio suficiente, pues es necesario además el criterio de *merecimiento de pena*, es decir, de un juicio que se realice para determinar si un comportamiento concreto que afecta a un determinado bien jurídico, debe -por la gravedad del ataque, por la propia importancia del bien jurídico, etc.-, ser penalmente sancionado.

Así, se ha dado cierto consenso en determinar que la protección penal sólo es imprescindible en aquellas situaciones necesarias para mantener el orden social y sólo frente a los ataques más graves, que no se puedan tutelar o proteger por otros medios que no sean los penales. Lo anterior, expresa el contenido del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, que se deriva de la especial gravedad y que se vincula con el principio del *estado de necesidad*. Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto...* *Op. cit.* p. 68. Vid. ORTEGO COSTALES, José, en AAVV. "Bien jurídico: lesión y peligro". En *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1982. pp. 427, 428. Asimismo, este último autor señala que el legislador decidirá los bienes que han de ser defendidos penalmente en cada momento histórico, mismos que estarán sometidos a ciertas normas de Derecho natural, ética, de justicia, etc. Estando por tanto el legislador sujeto a la situación cultural, política y social imperante. Así como a varios principios como el de *ultima ratio*, el de protección del bien jurídico, el de fragmentariedad, entre muchos otros.

En este tenor, y retomando el principio de intervención mínima del Derecho penal referido supra líneas, cabe señalar que de él surgen dos subprincipios: el de carácter *fragmentario* del Derecho penal, que limita al Estado por cuanto éste a actuar sólo ante los ataques más intolerables a los presupuestos necesarios para el mantenimiento del orden social y el de *subsidiariedad*, que tiene al Derecho penal como el último recurso frente a la desorganización social una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social o de control social. Vid. DIEZ RIPOLLES, José Luis. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista". En *Jueces para la democracia*. No. 30 (1997) p. 12 y ss. Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN. *Derecho penal. Parte General. Op. cit.* p. 77. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO.

Dos temas fundamentales han abordado la dogmática penal en relación con el bien jurídico. El primero de ellos concierne a determinar qué es el bien jurídico (cuál es su sustrato material), si se trata de derechos, intereses, bienes, valores o estados. El segundo de ellos, relativo a delimitar las funciones que debe cumplir el bien jurídico en el Derecho penal, para qué sirve y cuál es su misión. En este trabajo abordaremos muy brevemente lo relativo a la primera de las interrogantes, y de igual manera solo enunciaremos las tareas o funciones que debe cumplir el bien jurídico en el Derecho penal, toda vez que no es el tema central de esta investigación<sup>784</sup>.

El primero de los temas, se trata de explicar desde dos posturas, una que basa la concepción del delito en la lesión del bien (otorgándole un papel esencial) y otra que tiende a vaciar el contenido de éste<sup>785</sup>.

Así también, con respecto a la segunda de las cuestiones referidas supra líneas, le otorgan la función al bien jurídico de ser garantía y límite de la punición<sup>786</sup>. La función de garantía, y el interés en la misma dependerá de la definición que se mantenga de bien jurídico, sus contenidos y contornos<sup>787</sup>.

---

“Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIII. Fascículo I. 1990. pp. 9 y ss.

El carácter fragmentario del Derecho penal también se expresa en los siguientes términos: ante toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, éste sólo se ocupa de una parte o un fragmento, que será el de mayor importancia.

Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?” En *Cuadernos de Política Criminal*. No. 93 (2007). Asimismo, concibe que el derecho penal cumple una función social, cifrada en la protección de bienes jurídicos, denominación que alude a aquellos bienes y valores personales y sociales, imprescindibles para el desarrollo de la vida comunitaria del ser humano en sociedad. p. 20. Vid. RODAS MONSALVE, Julio César. *Protección Penal y Medio Ambiente*. PPU. Barcelona, 1993. p. 18.

<sup>784</sup> Vid. FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004. pp. 6 y ss. Dentro de las funciones del bien jurídico en el Derecho penal, hace referencia a cuatro; la función crítica o de garantía; la de legitimación material de la norma; la función teleológica o dogmática, y por último una función sistemática. Vid. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”. En *Revista Penal*. No. 18. Ed. La Ley. Praxis. Barcelona, 2006. pp. 5,6.

<sup>785</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp.60 y ss.

<sup>786</sup> Nos referiremos brevemente a estas funciones de los bienes jurídicos –toda vez que no es el propósito del presente trabajo agotar el tema–. Así, diremos que la función de crítica o de garantía tiende a limitar el *ius puniendi* estatal. Desde esa perspectiva el bien jurídico penal permitiría indicar, ante cada ley penal, qué es lo que se protege a través de la pena y por qué se lo protege penalmente, lo cual habilita una amplia revisión crítica sobre la efectiva necesidad e idoneidad de la intervención penal. Es ésta la función axiológica del concepto de bien jurídico, relacionada íntimamente con la naturaleza valorativa del Derecho penal. En segundo lugar, el bien jurídico cumple una función de legitimación material de la norma, la cual necesita ser justificada racionalmente en el contexto de un Estado democrático de derecho. Dicha legitimación se obtendría cuando el ejercicio crítico demuestra el fundamento real de la punibilidad, esto es, la auténtica necesidad de intervenir en la tutela de un bien jurídico a través de la conminación penal. En tercer lugar, el bien jurídico cumple una función teleológica o dogmática en el Derecho penal, en tanto ha de ser empleado como criterio de interpretación de los tipos penales –pues para algunos autores como JESCHECK constituye el concepto central del tipo–. Finalmente le compete una función sistemática, que viene a servir como elemento de aglutinación, clasificación y jerarquización de los diferentes tipos delictivos diseñando la estructura y ordenamiento temático de la Parte especial del Derecho penal. Por tanto, se utiliza para clasificar grupos de figuras delictivas conforme a la homogeneidad del bien jurídico tutelado de acuerdo a un criterio universal, utilizado en los Códigos penales. Vid. FERNANDEZ. *Bien jurídico sistema...Op. Cit.* pp. 7, 8, 9.

<sup>787</sup> Vid. MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.* pp. 166-170.

En este sentido señala MIR PUIG, que aparte de la función de límite del legislador- a la que nos referimos supra líneas-, el bien jurídico posee importantes funciones dogmáticas como las siguientes. La función sistemática, que se refiere a que el Código penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito o falta, para su clasificación en los libros II y III. Mientras que la función de guía de interpretación, entiende que una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación (teleológica) podrá excluir el tipo respectivo, las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico. Y en cuanto a la función de criterio de medición de la pena, se refiere a que la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho, así, dentro del margen del arbitrio judicial que la ley concede, ello servirá de base a la concreta determinación de la pena<sup>788</sup>.

Por otro lado, volviendo al primero de los cuestionamientos –concerniente a determinar qué es el bien jurídico–, se han desarrollado múltiples concepciones sobre el bien jurídico y su contenido, desde aquellas que le otorgan un contenido esencialmente personalista, es decir, vinculada estrechamente con el individuo, y hasta las que ven un Derecho penal más alejado de la protección de los bienes jurídico-penales individuales; su definición suele ser igualmente diversa, en especial según la concepción de la misión del Derecho penal<sup>789</sup>.

En este mismo sentido se ha señalado que la teoría del bien jurídico se mueve entre dos posturas, la primera mantiene que el bien jurídico, tal como se conceptualiza y se ha estructurado, no puede seguir sosteniéndose, optando por el abandono del mismo y proponiendo la búsqueda de otros criterios de selección de conductas punibles; por otro lado, están los que siguen defendiendo el mantenimiento del concepto, como única vía de limitación a la capacidad selectiva del legislador<sup>790</sup>.

Si bien se señaló que el debate sobre el concepto de bien jurídico no es nuevo, la crisis del concepto y la disolución de éste, para algunos autores, es consecuencia de la creciente aparición en la jurisprudencia y doctrina, de nuevos bienes jurídicos universales, es decir, de bienes jurídicos supraindividuales. Así, se señala que el concepto de bien jurídico ha entrado en crisis debido a la ampliación constante del círculo de los bienes jurídicos universales, y observándose al mismo tiempo, un proceso de creciente «espiritualización» de los bienes jurídicos<sup>791</sup>.

La ampliación de los bienes jurídico-penales, en especial de los bienes jurídicos colectivos o también denominados supraindividuales, obedece según se ha señalado, a que en la actualidad se presenta al Derecho penal como la solución de los problemas y

---

<sup>788</sup> *Ibíd.*

<sup>789</sup> Si se adopta como misión del Derecho penal, el ser un “conjunto de normas garantes de la paz social – debe proteger los intereses o valores más importantes para la constitución y conservación de la convivencia social”, se entenderá como bien jurídico esos intereses o valores. Los cuales recibirán la calificación de bien jurídico-penal, cuando se les brinde la protección penal. Sin embargo, aunque dicha concepción pareciera sencilla, esta es demasiado amplia, lo cual resulta muy complicado a la hora de la interpretación. *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...Op. cit.* p. 60.

<sup>790</sup> *Vid.* MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro y sus técnicas... Op. cit.* p. 10.

<sup>791</sup> *Vid.* HIRSCH, Hans Joachim, en AAVV. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”. En *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid, 2001. pp. 371, 372, 381 y ss.

los riesgos que existen en las sociedades industrializadas, caracterizada ésta como «sociedad de riesgos»<sup>792</sup>, ante la cual -como quedó establecido en apartados anteriores-, los ciudadanos exigen mayor protección hacia sus intereses y mayores penas para los responsables de la comisión de delitos.

## 1.2. Concepto de bien jurídico.

Ahora, si bien es cierto que existe cierto consenso sobre la finalidad limitadora del bien jurídico<sup>793</sup>, es decir, sobre las funciones crítica o de garantía y de legitimación material, a las que hace referencia FERNANDEZ<sup>794</sup>; también es cierto como se mencionaba, sobre el concepto del bien jurídico no existe tal aceptación o consenso, ya que la discrepancia que hay sobre el mismo, ha dado lugar a que existan posicionamientos totalmente diversos sobre el contenido del mismo y las consecuencias que implica la idea del bien jurídico como límite de la intervención penal.

Acerca de lo que significa el bien jurídico<sup>795</sup>, debemos comprender que en casi siglo y medio de la evolución dogmática, existan múltiples teorías, que como algunos autores refieren, hay «para todos los gustos». Así desde el último tercio del siglo XIX, se destacaron dos vertientes principales: una de carácter formal, propuesta por BINDING, y otra de carácter material defendida por VON LISZT. Sobre estas posturas formalistas y substantivistas se formularon infinidad de doctrinas<sup>796</sup>. El conocer las diversas doctrinas existentes sobre el bien jurídico, nos muestra la variedad de contenidos que se le ha dado al mismo, así mismo, como se ha referido “la reseña de las diversas doctrinas es meramente orientadora”<sup>797</sup>.

Por lo que hace al concepto de bien jurídico, existe una corriente que se dice hoy en día mayoritaria, que vincula la teoría del delito con los fines del ordenamiento jurídico

---

<sup>792</sup> Vid. *Supra*. Sobre la Sociedad del Riesgo, en el Tema 2c del Capítulo II, de este trabajo.

<sup>793</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”. En *Estudios Penales y Criminológicos*. No. XIV (1991). p. 205. Si bien reconoce el carácter limitador del bien jurídico, sin embargo, considera este autor que dicho concepto no es suficiente para decidir cuándo es necesaria la protección del Derecho penal, pues no todo bien jurídico requiere la tutela penal; en ese sentido no todo bien jurídico será un bien jurídico-penal.

<sup>794</sup> Vid. *Supra* nota 786, sobre las funciones del bien jurídico.

<sup>795</sup> Se ha señalado a BIRNBAUM, como la primera referencia en la literatura penal sobre el bien jurídico, pues subrayó la distinción entre la lesión del derecho y la lesión del bien, asimismo acuñó el concepto de «bien», en el sentido de «objeto protegido» por la norma penal, posteriormente en el devenir histórico de la Dogmática penal, se empleó de manera más precisa el término «bien jurídico» para designar el objeto de tutela jurídico-penal. Vid. POLAINO NAVARRETE. “Protección de bienes jurídicos...” *Op. cit.* pp. 20 y ss.

Después de ello las preocupaciones dogmáticas se centraron en saber cuál era el contenido de ese bien, sin embargo, se estima que esta búsqueda no ha terminado, ya que se considera que la dogmática se encuentra ante la imposibilidad de comprender con los solos instrumentos del Derecho positivo, el alcance y contenido del concepto de bien jurídico. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Tercera edición. Editorial Thomson Reuters. Navarra, 2009. p. 271. Vid. ABANTO VASQUEZ. “Acerca de la teoría...” *Op. cit.* p. 3. Vid. RODAS MONSALVE. *Protección Penal...* *Op. cit.* pp. 20-22, quien señala que hubo formulaciones posteriores que formalizaron el concepto de bien jurídico, lo oscurecieron o lo relegaron, hasta que con VON LISZT se originó un concepto trascendente o político-criminal del bien jurídico. Ya que VON LISZT sentó las bases de un concepto de bien jurídico cuyo núcleo material es independiente del derecho vigente y conforme a ello, idóneo para establecer los límites al legislador.

<sup>796</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE. “Protección de bienes jurídicos...” *Ibid.* p. 23 y ss.

<sup>797</sup> *Ibid.*

y del Estado, así como con la Política criminal; dentro de esta opinión de la doctrina, QUINTERO OLIVARES<sup>798</sup> distingue dos tendencias:

- a) La de aquellos autores que propugnan por un “*concepto material de bien jurídico de corte estrictamente sociológico o social*, arrancando de bases teóricas conectadas con el funcionalismo, el interaccionismo simbólico, o bien con posturas críticas conectadas con el conjunto del sistema social”.
- b) La segunda se relaciona con los autores “que colocan *la definición del bien jurídico en una instancia formalizada (la Constitución que expresa los valores y los fines del orden jurídico)*”. Así la Constitución se convierte en la referencia del marco mínimo de los bienes jurídicos a tutelar por el Derecho penal.

Tratando de ver las bondades de ambas opiniones y de unir las, QUINTERO OLIVARES señala que “el bien jurídico debe ser analizado como un concepto de raíz sociológica o social, ubicado en el sistema social y confrontado dinámicamente con el mismo; pero, a su vez, la teoría del bien jurídico no debe obviar la escala de valores que ha sido recogida en la Constitución, porque la norma fundamental constituye una premisa político criminal de gran trascendencia para la modelación del sistema penal”<sup>799</sup>.

Por otra parte, algunos autores señalan sobre las nociones del bien jurídico, que inicialmente se hablaba de una concepción formal de bien jurídico, el cual estaba desprovisto de toda significación material, se le concebía como pura desobediencia a las prescripciones legales y por tanto se identificaba con el fin contenido en la norma. Posteriormente fue concebido como instrumento de tutela, con lo cual aparecen las concepciones materiales que identificaban al bien jurídico con derecho subjetivo, interés, valor o estado<sup>800</sup>.

---

<sup>798</sup> QUINTERO OLIVARES. *Parte General... Op. cit.* p. 276. Las cursivas son del texto original.

<sup>799</sup> *Ibid.*

<sup>800</sup> *Vid.* ORTS BERENGUER ENRIQUE/ GONZÁLEZ CUSSAC JOSÉ L. *Compendio de Derecho...* p. 151.

Hoy en día se habla de nuevas formulaciones, que suelen distinguirse en dos vertientes. Por un lado, las concepciones teleológico-formales, nacidas dentro de la corriente funcionalista, donde el concepto de bien jurídico se identifica con los fines de tutela de funciones y expectativas sociales contenidas en la norma, pues en base a tales funciones se concibe al Derecho penal; se entiende por tanto al bien jurídico como el aseguramiento de las expectativas normativas, despojándolo de las funciones de tutela y límite que se le daba desde una concepción liberal. Por otro lado, las concepciones materiales al ser elaboradas desde la perspectiva de un Estado social de Derecho, rescatan la función de límite del bien jurídico. También refieren otras corrientes como las teleológicas-materiales, las constitucionalistas y las procedimentales. *Ibid.*

Y hay quien prefiere una diferenciación relativa al desempeño por el bien jurídico de una función preferentemente política y otra dogmática, la primera desarrollada en el momento legislativo y la segunda se desenvuelve en el momento judicial de interpretación y aplicación de la ley. *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. “Función y límites...” *Loc. cit. Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal... Op. cit.* pp. 19, 20. Este último autor destaca que el concepto de bien jurídico puede abordarse desde dos perspectivas: a) desde un punto de vista metodológico-positivista, de pretensiones esencialmente sistematizadoras o, b) desde una perspectiva trascendente político-criminal, que pretende erigirlo en criterio válido para la determinación del concepto.

La función del bien jurídico en el plano legislativo, estará enfocada a obligar al Estado a proteger ciertos intereses (bienes jurídicos) mediante normas y de impedir que tutele determinados otros intereses (carentes de trascendencia e importancia para ser considerados bienes jurídicos), trazando de esta forma un cierto límite al poder punitivo del Estado. Esta función también abarca una adecuada política criminal en la selección de los comportamientos criminalizables, toda vez que corresponde a una labor previa y simultánea a la creación de las leyes penales. La segunda de las funciones del bien jurídico, la dogmática, nace una vez que se ha seleccionado el bien jurídico que deberá ser protegido por la ley penal; está última, que expresa

En este punto, y después de abordar muy brevemente algunos aspectos de las funciones del bien jurídico, se puede elaborar una concepción básica ya aceptada del bien jurídico, desde una idea de valor como “todo aquello que posee un valor para el ser humano, que significa, que importa o que es necesario para su vida individual o colectiva”<sup>801</sup>. Con un enfoque más jurídico se da la siguiente definición, será bien jurídico “todo valor de la vida humana protegido por el Derecho”<sup>802</sup>.

Por otro lado, siguiendo las posturas personalistas del bien jurídico, en las que el fin primordial es la persona, pero no dejan de reconocer el carácter social del mismo, el bien jurídico ha sido concebido como “aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización y desarrollo de su personalidad en la vida social”<sup>803</sup>. En este marco, el Derecho penal sólo intervendrá para proteger la convivencia humana, porque sólo en una convivencia pacífica la persona podrá autorrealizarse y desarrollarse, y sólo intervendrá en los casos de ataques más graves para dicha convivencia pacífica.

FERNANDEZ señala, que el bien jurídico sólo puede estar conformado por un valor de relación social que sirva para la autorrealización del hombre, habilitando su adecuada participación social y simultáneamente, es también una condición indispensable del desarrollo social<sup>804</sup>; resalta por un lado el que el bien jurídico esté en función a la autorrealización del hombre y por otro, la importancia que tiene el mismo también para el desarrollo social, situaciones que se adoptan en las posturas personalistas del bien jurídico, lo cual significa que un concepto personalista del bien jurídico, no tiene problema en abarcar tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos.

En esta línea de pensamiento NAQUIRA<sup>805</sup> define bien jurídico penal como “todo bien, estado de cosas o unidad funcional social, de carácter ideal, proveniente de la persona o del orden social comunitario que, por estimarse valioso e indispensable para el digno, justo y responsable desarrollo del individuo o de la colectividad en democracia y libertad, ésta jurídico-penalmente protegido”.

Dentro del concepto que nos ofrecen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, de bien jurídico destacan los presupuestos existenciales e instrumentales mínimos a los que denominan «bienes jurídicos individuales», en cuanto afectan directamente a la persona

---

el comportamiento delictivo, la realidad social que recoge, su concreta ubicación y en ocasiones la rúbrica donde se ubica la norma incriminatoria; permite al intérprete deducir o inferir cuál es el interés jurídico que ha pretendido proteger la norma. Sin embargo, ahí no acabará la función del intérprete de la ley penal, toda vez que tendrá que determinar qué elemento del tipo está vinculado directamente con el bien jurídico y con la forma de expresión de la conducta que busca mantener sin lesión ni menoscabo al bien jurídico. Tal elemento será el resultado típico, entendido como ataque al bien jurídico, es decir, el intérprete y aplicador de la ley, deberá comprobar el resultado típico, entendido como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal...* *Ibíd.* pp. 17-20.

<sup>801</sup> ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC. *Compendio de Derecho Penal. Loc. cit.*

<sup>802</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal. Parte General.* Quinta edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1999. p. 318.

<sup>803</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN. *Derecho Penal. Parte General... Op. cit.* p. 59.

<sup>804</sup> *Vid.* FERNANDEZ, G. *Bien jurídico y sistema del delito... Op. cit.* pp. 292 y ss. Con base en lo anterior ofrece una definición de bien jurídico como “un valor de relación social, necesariamente conformado por alguno de los derechos humanos fundamentales, reconocidos a la persona o a los pueblos por el derecho internacional” p. 292.

<sup>805</sup> NAQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho penal. Teoría del delito.* McGraw-Hill. Santiago, 1998. V.1. Citado por VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 90.

individual. Por otro lado, se encuentran los «bienes jurídicos colectivos», que afectarán más a la sociedad como tal, es decir, al sistema que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Asimismo resaltan que tal distinción no debe entenderse como una concepción dualista del bien jurídico, en la que se contrapongan los bienes jurídicos individuales a los bienes jurídicos colectivos, sobre todo, desde una concepción personalista del bien jurídico, donde sólo serán legítimos los bienes colectivos o universales, en la medida que sirvan al desarrollo personal del individuo<sup>806</sup>.

A manera de síntesis, podemos detectar dos puntos centrales en el tema, el primero es la dificultad que aún existe para tener un concepto exacto de bien jurídico y poseer criterios de limitación para el mismo. Por ello se ha señalado que en la actualidad sólo se propone un concepto de bien jurídico con un mínimo de contenido, que se refiera a algo, constituyendo ese algo, los valores e intereses sociales o reales<sup>807</sup>. Y el segundo nos muestra que el concepto de bien jurídico es todavía una pieza fundamental en el Derecho penal, pues éste último aún tiene como función la protección de los bienes jurídicos; asimismo, siguen siendo un componente importante en la fundamentación del injusto penal<sup>808</sup>.

Después de referirnos al bien jurídico, establecer la distinción entre bien jurídico y bien jurídico-penal es esencial, en el sentido en que se afirma que no se deben proteger penalmente todos los bienes jurídicos, sino únicamente, aquellos valorados como esenciales para el desarrollo del individuo en sociedad y solamente respecto de los ataques más graves; por aplicación de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y necesidad de la intervención penal<sup>809</sup>. En este sentido se señala que el reconocimiento de un bien jurídico no implica necesariamente protegerlo penalmente, pues esto último, será una elección político-criminal que dependerá de la coyuntura histórica, sobre qué bienes y qué relaciones sociales interesa proteger penalmente<sup>810</sup>.

En este mismo sentido, MIR PUIG afirma que para que un bien jurídico pueda considerarse además un bien jurídico-penal, debe reunir dos requisitos o cumplir con dos exigencias: debe tener suficiente importancia y necesidad de protección por el Derecho penal<sup>811</sup>.

Este último requisito se vincula con el principio de necesidad de la intervención del Derecho penal, pues el Estado sólo podrá intervenir en la medida en la que se encuentre un bien jurídico comprometido, el que será fundamento de los delitos y de las penas. En este sentido el bien jurídico, ha servido para identificar y distinguir los distintos tipos penales<sup>812</sup>, cumpliendo las funciones de garantía, legitimación y la teleológica o dogmática<sup>813</sup>.

---

<sup>806</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte General. Op. cit.* p. 61.

<sup>807</sup> Vid. ABANTO VASQUEZ. “Acerca de la teoría...” *Op. cit.* p. 5.

<sup>808</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE. “Protección de bienes jurídicos...” *Op. cit.* pp. 37,38. Vid. ABANTO VASQUEZ. “Acerca de la teoría...” *Ibid.* pp.15 y ss.

<sup>809</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y.... Op. cit.* pp. 194, 195. Vid. RODAS MONSALVE. *Protección penal... Op. cit.* p. 27.

<sup>810</sup> Vid. MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro... Op. cit.* p. 28.

<sup>811</sup> Vid. MIR PUIG. “Bien jurídico y bien jurídico-penal...” *Op. cit.* pp. 208 y ss.

<sup>812</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto ... Op. cit.* pp. 76-78.

<sup>813</sup> Vid. *Supra* nota 786 sobre las funciones de los bienes jurídicos.

### 1.3 Consideraciones generales sobre la afectación del bien jurídico.

Tomando en cuenta la función protectora de bienes jurídicos que se le confiere al Derecho penal, toda conducta punible debe afectar a un bien de relevancia penal. La afectación al bien jurídico puede ser diversa, según estemos ante delitos de lesión o delitos de peligro. Así, los delitos de lesión suponen la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico, por otro lado, en los delitos de peligro, lo que los caracteriza es la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido<sup>814</sup>.

En los delitos de lesión, el menoscabo efectivo al bien jurídico, posee un sentido normativo, por lo que pueden presentarse casos con resultado material o ideal, lo que supone que el deterioro real del bien jurídico en sentido jurídico penal, está vinculado a la producción de una consecuencia más allá de la conducta misma. En los delitos de peligro, el delito se consuma en el momento anterior al menoscabo efectivo del bien jurídico penal, en que sólo existe un riesgo para el mismo, es por ello que en estos delitos, se habla de un adelantamiento de las barreras de protección, ya que hacen intervenir al poder punitivo del Estado en momentos previos a la afectación efectiva del bien jurídico<sup>815</sup>.

En los delitos de peligro, el delito se consuma en un momento anterior al menoscabo o afectación efectiva del bien jurídico, donde sólo se pone en riesgo a éste. Por ello, en estos delitos se suele hablar de un adelantamiento de las barreras de protección, adelantada para los bienes jurídicos<sup>816</sup>.

Se afirma que los delitos de peligro tienen un carácter preventivo, en tanto que todo bien lesionado, necesariamente ha sido puesto en peligro en momentos precedentes. En este sentido, se acepta que los distintos estadios o etapas, por lo que puede atravesar la situación de peligro, son indicativos de la proximidad a la afectación al bien jurídico protegido<sup>817</sup>. Con base a este punto de vista, se hace la diferenciación mayormente aceptada, entre delitos de lesión y los delitos de peligro.

De igual manera, sirve de base para la distinción entre los delitos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto<sup>818</sup>.

## 2. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

---

<sup>814</sup> Vid. MATA Y MARTÍN. Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios... Op. Cit.* p. 49.

<sup>815</sup> *Ibíd.*

<sup>816</sup> *Ibíd.* pp.48, 49.

<sup>817</sup> *Ibíd.* pp. 49, 50.

<sup>818</sup> Vid. *Supra*. Como ya quedo establecido en el capítulo II de este trabajo, en los delitos de peligro abstracto, al no requerir la verificación del peligro para el caso concreto, se habla de que el injusto se agota en un puro desvalor de acción, con exclusión radical del desvalor de resultado. Sin embargo, la doctrina penal exige la presencia de un desvalor, al menos de carácter potencial, de resultado en los comportamientos constitutivos de un hecho punible no lesivo para el bien jurídico. Con esta exigencia se vincula el desvalor de acción, al introducir la posibilidad de la lesión, pero también no se deja de afectar al desvalor de resultado, al no excluirlo al menos hipotéticamente.

Lo primero que debemos mencionar sobre los bienes jurídicos colectivos, es que existen varios términos para denominarlos, se les ha llamado «universales» o «supraindividuales».

Para algunos autores una u otra denominación no revista mayor trascendencia, sin embargo, para este trabajo y en concordancia con algunos autores, nos referiremos a ellos como bienes jurídicos colectivos<sup>819</sup>.

Sobre que es un bien jurídico colectivo HEFENDEHL refiere que “dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas. A aquéllos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad- los denominaremos bienes jurídicos colectivos o universales”<sup>820</sup>.

De igual manera se señala, que más que su denominación, lo que se busca es determinar en qué consiste un bien de esta clase y cuáles de ellos se han de tutelar penalmente. Asimismo, se ha destacado que en general lo propio de esta clase de bienes es que comparten la titularidad de los mismos una generalidad de personas<sup>821</sup>.

Por otro lado, se ha afirmado que la trascendencia actual de la teoría del bien jurídico se debe en gran medida a la importancia tanto legislativa como técnica, que ha supuesto la asunción de la categoría de los bienes jurídicos colectivos.

Asimismo, el hecho de que las concepciones del bien jurídico como se vio en temas preliminares, se encuentre dividida, entre los que optan por dejar de lado esta concepción y buscar nuevos métodos y criterios limitadores y aquellos que buscan continuar con la concepción liberal del bien jurídico, precisamente estas últimas concepciones para MENDEZ RODRIGUEZ, han provocado entre otras cosas, el difícil acomodo de un concepto de bien jurídico cuyos intereses son eminentemente colectivos y no exclusivamente individuales<sup>822</sup>.

Si bien se ha referido, que el incremento en el recurrir a este tipo de bienes jurídicos colectivos, proviene de las sociedades postindustriales que ante los avances y

---

<sup>819</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Ed. Comares. Granada 2003. pp. 193, 194. Sobre los términos para denominar a los bienes jurídicos colectivos, señala que éste es el más correcto, porque no introduce denotaciones desacertadas que, si están presentes, en otros términos.

Por ejemplo, en la expresión «universal», que por el significado de intemporalidad y de inmutabilidad no es conciliable con el carácter novedoso y exento de tradición histórica, de buena parte de esos bienes jurídicos. En cuanto el término «supraindividual», se pudiera entender que está por encima del individuo, lo cual no es un significado deseable.

Es por ello que el adjetivo «colectivos» es el más correcto, ya que denota la cualidad de ser «perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos».

<sup>820</sup> HEFENDEHL, Roland. “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.” En *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*. RECPC 04-14 (2002). Traducción de Eduardo Salazar Ortuño. 2002. p. 3.

<sup>821</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto... Op. Cit.* pp. 103, 104. Señala que lo que los caracteriza es la especial «situación» en la que se encuentra el individuo. “Lo fundamental para estos bienes es la posición que ocupan los sujetos respecto de una determinada situación, pues comparten también las aspiraciones de protección. En este sentido, cabe decir que ellos tienen las mismas expectativas de conservación”.

<sup>822</sup> Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro y ... Op. cit.* pp. 30 y ss.

nuevas necesidades sociales, se busca una mayor protección; resulta imprescindible preguntarse si ante un concepto de bien jurídico que se consolidó en la protección de intereses individuales, y del que no se logró un criterio delimitador uniforme, será capaz de ejercer una función crítica y garantista respecto a intereses colectivos, mucho más propensos a manipulación e ideologización<sup>823</sup>.

Sin embargo, tampoco se debe aceptar que se conciban bienes jurídicos colectivos demasiado abstractos o alejados en demasía de la persona, pues ésta y sus intereses deben seguir siendo la guía de la creación de esos bienes. En este sentido me parece muy importante la cita de HASSEMER al señalar: “quien acepte los bienes jurídicos colectivos de forma amplia, corre el peligro de aceptar el Derecho penal, no como la última sino como la *primia* o la *sola ratio* de la protección de los bienes jurídicos colectivos”<sup>824</sup>.

Lo anterior se entiende tomando la posición de HASSEMER, con respecto a los bienes jurídicos colectivos, al señalar que el Derecho penal debe limitarse a proteger bienes individuales, sin que ello quiera decir que rechaza de plano los bienes jurídicos colectivos, sino lo que busca es que se delimite el marco en el que procede su protección, siempre que sirvan al desarrollo de la persona<sup>825</sup>.

En ese sentido el Derecho penal se reduce, al reducirse los bienes jurídicos a los bienes jurídicos personales. Toda vez que la concepción personal del bien jurídico establece un marco referencial claro (la persona humana), limitando la función del legislador penal, al evitar los excesos. Sin embargo, con lo anterior no se quiere decir que se rechacen los bienes jurídicos colectivos, sino que se delimita el marco en el que se procede su protección: que estén en función de la persona, es decir, que siempre sirvan al desarrollo de la persona<sup>826</sup>.

De igual forma se afirma que los bienes jurídicos colectivos revisten la categoría de esenciales, en cuanto a que están ligados a las necesidades básicas de los individuos<sup>827</sup>.

Lo anterior está relacionado, con la concepción que se tiene de bien jurídico, como posibilitador de la satisfacción de las necesidades humanas<sup>828</sup>. En esa tesitura, se divide a las necesidades en tres clases: existenciales, propiamente humanas y radicales. Las

---

<sup>823</sup> *Ibíd.* p. 31. Vid. RODAS MONSALVE. *Protección penal y... Op. cit.* p. 21. En este mismo sentido señala que los ciudadanos exigen del Estado una mayor protección frente a las complejidades de las actuales sociedades industrializadas que generan una cantidad creciente de riesgos.

<sup>824</sup> HASSEMER. *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*. Ejemplar dactilografiado. 1988. Citado por MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro y sus técnicas... Ibíd.*

<sup>825</sup> HASSEMER. “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”. Traducción por Ziffer, en *Doctrina penal*, no. 46/47, 1989. Citado por ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios*. Ediciones Universidad de Valladolid. Valladolid, 2014. p. 91.

<sup>826</sup> *Ibíd.*

<sup>827</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”. *Pena y Estado*. Número 1, 1991. pp. 102, 103.

<sup>828</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”. En la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. No. 63. Otoño 1981. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981. pp. 136, 137. En el mismo sentido, el autor menciona que POLAINO NAVARRETE, M. (en su libro *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, p. 31.), resalta que la «necesidad» por su carácter no abstracto y su relación con la idea de valor, puede ser el criterio de definición del bien jurídico. Entendiendo como bien, en sentido jurídico-penal, aquello que es susceptible de satisfacer una necesidad humana.

primeras se refieren a necesidades constantes y universales que marcan el mínimo vital; las segundas “se distinguen por el hecho de que en los deseos, en las intenciones dirigidas hacia sus objetos, el impulso natural no desarrolla ningún papel”, se caracterizan por su carácter cualitativo y por tanto su satisfacción no consiste en la acumulación aritmética de objetos útiles. Y por último las necesidades radicales, serán aquellas que nacen en la sociedad basadas en relaciones de subordinación, sin embargo, no pueden ser satisfechas en ese tipo de sociedad, por el contrario, su satisfacción solo es posible a través de la superación de esa sociedad concreta -es decir, su satisfacción supone la desaparición de la subordinación-. Dentro de esa tesitura, al Derecho penal solo le competirá la defensa frente a los ataques más graves de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales.<sup>829</sup>

Esta concepción personal del bien jurídico conduce a una particular comprensión de los bienes jurídicos colectivos. Pues no se trata de reducir el bien jurídico a una condición instrumental, intermedio o medial para la protección de un bien jurídico personal -como pudiera ser la vida o salud de las personas-, sino que el bien jurídico colectivo, en cuanto tal, se redefine a la luz de los intereses de la persona, dejando fuera del Derecho penal, a aquellas conductas que no afecten a dicha dimensión personal<sup>830</sup>.

Sin embargo, esta concepción de los bienes jurídicos colectivos en los términos mencionados supra líneas, permite que, desde una concepción personal del bien jurídico, se pueda propugnar por excluir del Derecho penal a los delitos económicos, tributarios, sobre el tráfico de armas, etc., por considerar que no cuentan con ese referente personal.

Por lo que debemos decir que debe tomarse con cautela y cierta medida, esta concepción personal del bien jurídico, ya que no podemos negar que un referente individual debe hallarse en todo bien jurídico colectivo, pero no debemos radicalizar ni exagerar esta interpretación.

## 2.1 La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

De inicio cabe señalar que para que el Derecho penal intervenga en un conflicto o perturbación entre particulares, debe existir un interés público, y no solo la protección de un colectivo sin más -ya que los intereses colectivos no se consideran en forma aislada, por sí mismos- o de una determinada institución o su funcionamiento, es necesaria para dicha protección que ésta se oriente a la tutela de situaciones especialmente relevantes

---

<sup>829</sup> *Ibid.* pp. 137, 138, 139. Las necesidades existenciales son por ejemplo la alimentación, las relaciones sociales y sexuales, la actividad, etc., necesidades que si no son satisfechas, no se puede conservar el hombre, como ser natural. Por otro lado, de las necesidades propiamente humanas, tenemos como ejemplo, las actividades culturales, el juego en los adultos, la reflexión, la amistad, el amor, la realización en sí en la objetivación. Por último, de las necesidades radicales, encontramos como ejemplo, la necesidad de que los hombres decidan por sí mismos sobre la evolución de la sociedad, acerca de su contenido, dirección y valores; la necesidad de la igualdad entre los hombres en las relaciones personales y la necesidad de la abolición de la dominación social; la abolición de la guerra y el rearme bélico; que se acabe la miseria y que se busque detener la catástrofe ecológica. Por ello se dice que ninguna de estas necesidades radicales puede ser satisfecha en una sociedad basada en la subordinación y la dependencia.

<sup>830</sup> *Vid.* ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico penal y... Op. cit.* p. 92.

para la convivencia social y el desarrollo personal, de esa manera no se desvincula el interés colectivo de la persona y sus propios intereses<sup>831</sup>.

Por otro lado, debe mencionarse que las principales críticas que se dan o se formulan en relación a la conservación del principio de protección de bienes jurídicos, se realizan en torno a los bienes jurídicos de carácter colectivo, debido a su falta de materialidad e indeterminación. Las críticas se plantean principalmente desde el respeto al principio de ofensividad y de su función de límite de la intervención punitiva. El problema se agrava con la amplitud de estos bienes o su creación artificial, lo que conlleva que se pierda de vista la idea de qué bien se ha de respetar, pues será posteriormente cuando se busque aquello que supuestamente se protege<sup>832</sup>.

Pese a las críticas que se les formulan, estos bienes cobran cada vez mayor importancia, en la medida que son la respuesta a la sociedad en que se vive llena de adelantos tecnológicos que desembocan en una sociedad con mayores riesgos para la población; lo que ocasiona que se creen cada día más bienes jurídicos colectivos sin referencia a bienes jurídicos individuales, como la administración pública y la seguridad de tráfico, de ahí que existan autores que nos hablen de una expansión del Derecho penal<sup>833</sup>.

Por otro lado, se discute no solo su desvinculación cada vez mayor con bienes jurídicos de carácter individual, sino también la posibilidad real de afectar estos bienes colectivos, así como la modalidad de dicha afectación. Sobre todo la perturbación se dificulta si se conservan criterios materiales-físicos de destrucción del bien jurídico, pues aún desde una perspectiva jurídico-valorativa resulta difícil visualizar la lesión de esta clase de bienes jurídicos<sup>834</sup>, sin embargo si no se admite que quepa ésta, hablar de peligro es sencillamente un sinsentido<sup>835</sup>.

Ahora bien, cabe decir, que las críticas y cuestionamientos que se les hacen a este tipo de bienes jurídicos en la actualidad, no son nuevos para la doctrina penal. Pues estos bienes jurídico-penales colectivos, han sido tutelados desde hace varios años en distintos ordenamientos penales, lo que sucede es que hoy en día han surgido nuevos tipos penales que se alejan de los tradicionales y que tienden a relacionarse con nuevas funciones del Estado<sup>836</sup>.

Por otra parte, se afirma que la calificación de los delitos de peligro como un adelantamiento de la barrera de protección del Derecho penal, por un amplio sector de la doctrina, se debe a la resistencia que se tiene en aceptar la legitimidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos, por lo que ese mismo sector de la doctrina estima que esos delitos solo estarán legitimados, cuando su función sea la protección mediata de los bienes jurídicos individuales<sup>837</sup>.

---

<sup>831</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. p. 103.

<sup>832</sup> *Ibid.* pp. 99, 100.

<sup>833</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. Ed. B de F. Argentina, 2011. pp. 11-33. Expone el autor algunas causas de la expansión del Derecho penal, poniendo de relieve que obedece en parte, a la aparición de nuevos bienes jurídicos.

<sup>834</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto...* Op. Cit. pp. 100, 101.

<sup>835</sup> Vid. GUARDIOLA GARCÍA. *La realización arbitraria del propio derecho*. Op. Cit. pp. 224, 225.

<sup>836</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro abstracto...* Op. Cit. pp. 101, 102.

<sup>837</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro -...* Op. Cit. p. 183.

Sin embargo, CORCOY BIDASOLO estima que las críticas serán válidas si se defienden determinados conceptos de bien jurídico-penal, sobre todo si se toma una postura del bien jurídico exclusivamente referido a valores<sup>838</sup>. Pues se ha señalado que el bien jurídico colectivo por carecer de sustrato material, pierde su función garantista cuando se entiende «como una realidad valorada positivamente», de igual manera se crítica que pierden la referencia a la protección de intereses fundamentales para la vida social de la persona<sup>839</sup>.

Ahora bien, como solución a los problemas que plantean los bienes jurídicos colectivos, se ha señalado que tanto los aplicadores del derecho como los legisladores deben de esforzarse, por ejemplo estos últimos en “crear tipos que sean suficientemente concretos, sin caer en una técnica legislativa casuística, pudiendo, o debiendo, recurrir en estos sectores de actividad, que son objeto de protección también en otros ámbitos del ordenamiento jurídico”<sup>840</sup>.

En este mismo sentido, se afirma que la protección de estos bienes jurídicos colectivos, debe asumirse con mucha cautela, ya que generalmente se asocian a los delitos de peligro abstracto, lo cual supone un adelantamiento de la intervención punitiva, que solo podría justificarse en casos muy excepcionales. Todo ello va encaminado a evitar que respecto a la protección de bienes jurídicos colectivos, el Derecho penal, se convierta en *prima ratio* del control.<sup>841</sup>

## 2.2. Naturaleza de los bienes jurídicos colectivos.

“Todos los bienes jurídico-penales supraindividuales tienen en común que no son derechos o intereses que recaigan en una persona sino que son derechos o intereses de una colectividad. La titularidad de estos derechos no es personal sino compartida por todos los ciudadanos o, al menos por una colectividad de personas.”<sup>842</sup> La consecuencia de esa titularidad compartida, significa que nadie en particular, puede disponer de esos bienes jurídicos, así como tampoco las instituciones públicas o poderes, ni tratándose de delitos contra la Administración de justicia o pública.

En relación con lo anterior, se señala que la característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto –pues como se mencionaba supra líneas son derechos o intereses que no recaen en una persona sino en una colectividad–, lo que a su vez se traduce en la posibilidad de aprovechamiento

---

<sup>838</sup> *Ibid.* pp. 183, 184.

<sup>839</sup> *Ibid.* p. 184.

<sup>840</sup> Así mismo, señala que “en el CP. de 1995, se encuentran innumerables casos de esta técnica legislativa casuística que provoca problemas de interpretación, de concurso y de lagunas de punibilidad, cuando se pretende lo contrario. Los delitos contra el medio ambiente y los delitos contra la salud de los consumidores son uno de los mejores ejemplos de esta técnica que pretendiendo abarcar todos los posibles casos que se pueden producir lo único que se crea es confusión por no existir ninguna lógica ni análisis de cuál es la diferencia entre unos y otros delitos en atención al contenido de antijuridicidad material. Esta falta de sistemática llega hasta el punto de que, en algunos casos, provoca que sea discutible cuál es el bien jurídico-penal que se pretende proteger”. *Ibid.* pp. 198, 199.

<sup>841</sup> *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal... Op. cit.* p. 31.

<sup>842</sup> *Ibid.* pp. 204, 205.

por todos, sin que ello signifique que el aprovechamiento individual obstaculice o impida el aprovechamiento de otros<sup>843</sup>.

Así, el Derecho penal sólo justificará su intervención cuando el comportamiento del agente que ha infringido la norma penal, sea de tal entidad o gravedad, que exija la intervención del Derecho penal, y afecte a la vida social. Con esta nueva orientación de los bienes jurídicos colectivos siempre con referente individual, se pretende eliminar la responsabilidad penal derivada de infracciones formales, donde no se pruebe la existencia de una efectiva afectación de la convivencia social<sup>844</sup>.

La concepción e interpretación de los bienes jurídicos colectivos, como protección de intereses o derechos colectivos con referente individual, trae como consecuencia que la calificación de un hecho como punible siempre, cualquiera que sea el delito se debe interpretar el tipo teleológicamente en atención a estos fines y nunca formalmente. Se trata de negar la posibilidad de interpretar determinados delitos como delitos de mera desobediencia<sup>845</sup>.

Así, SOTO NAVARRO defiende una concepción restringida de los bienes jurídicos colectivos, basada sobre el criterio básico de la función o utilidad del bien para la sociedad en su conjunto, lo cual le sirve como fundamento para distinguir bienes jurídicos individuales, de los colectivos. Igualmente señala que el contenido de esta función no puede determinarse con carácter general que “habrá de hacerse en atención a cada ámbito concreto, lo que dará pie a una propuesta de sistematización de bienes jurídicos colectivos en base a su distinta utilidad”.<sup>846</sup>

Por otra parte, los delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos, tienen en común que no producen “un resultado material, en sentido estricto, aun cuando..., la

---

<sup>843</sup> Vid. SOTO NAVARRO, Susana. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVIII, Fascículo III. 2005. p. 887. Vid. De la misma autora *La protección penal... Op. cit.* p. 244. En la que destaca como característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros. Consiguientemente, y como lo veremos en el tema siguiente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición.

<sup>844</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Ibid.* pp. 194 y ss.

<sup>845</sup> En base a ello se ha señalado que cualquiera de los tipos que la doctrina ha calificado como delito de mera desobediencia o de infracción de un deber están dotados de antijuridicidad material y lesividad si se interpretan los elementos típicos no formalmente sino teleológicamente, en atención al bien jurídico protegido.

Se pone como ejemplo el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el cual puede concebirse formalmente en el sentido de que la conducta del conductor será típica, siempre que este supere el índice de alcohol en sangre legal; o bien, por otro lado, puede exigirse una interpretación material del tipo, y requerir junto a la superación del índice de alcohol en la sangre, por parte del conductor, que exista conducción efectiva en la vía pública y que el conductor tenga sus condiciones físicas y psíquicas efectivamente alteradas por el alcohol u otras sustancias estupefacientes. Considerando que esta última interpretación se ajusta mejor al tipo penal, donde se requiere que haya conducción y que esta se produzca estando el sujeto afectado en su capacidad de conducir, por la ingesta de alguna de las bebidas o sustancias mencionadas. Vid. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro... Op. cit.* pp. 205, 206.

<sup>846</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Op. cit.* 232, 194 y ss.

afectación del objeto del delito puede cumplir una función análoga, esencialmente de seguridad jurídica, que la que se atribuye al resultado de lesión”<sup>847</sup>.

Sobre la función que tienen los bienes jurídicos colectivos, se ha señalado que “sirven a la persona a través de proteger su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto partícipe de esa sociedad y a través de la protección de determinadas colectividades que, por su naturaleza o su concreta situación en el entramado social, se consideran más débiles”<sup>848</sup>.

En relación con la «función o utilidad» del bien para la sociedad en su conjunto, se señala que precisamente es el fondo de la cuestión, llenar de contenido la misma. Por lo cual al mismo tiempo se plantea, es sí no puede considerarse también colectivo, de genuina titularidad compartida, aquel interés que originalmente era individual, sin embargo, se elevó sobre los intereses individuales de los miembros de un grupo o colectivo, adquiriendo perfiles propios y cumpliendo una «función o utilidad» social. Pregunta que si se contesta afirmativamente, se señala que, obligaría a sostener una concepción del bien jurídico colectivo, más amplia que la mencionada concepción restrictiva<sup>849</sup>.

Por otro lado, cabe señalar que sobre la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos se ha discutido si se trata de nuevos bienes jurídicos o bien, si simplemente son una nueva forma de protección de los bienes jurídicos individuales. En este sentido MENDEZ RODRIGUEZ recoge que “no se trata en general de nuevos bienes jurídicos, sino de nuevas formas de protección de bienes jurídicos individuales ante las formas cada vez más sofisticadas de ofensa”<sup>850</sup>.

Por otro lado, se ha concebido al bien jurídico colectivo como complementario del individual, lo cual significa reconocer que el Estado tiene una orientación personalista, según la cual sólo se justifica la protección de intereses colectivos, como forma de protección de la relación social básica que sólo puede ser individual. En este sentido la definición del bien jurídico colectivo como complementario del individual, cobra pleno sentido, sin que lo anterior signifique que los delitos que se configuren para protegerlos, hayan de ponerse en relación a éstos para definir su estructura<sup>851</sup>.

En el mismo sentido se afirma que, los bienes jurídicos individuales no son los únicos bienes existentes, ni los únicos objetos de protección penal, y que los colectivos no son solo formas de protección de éstos ante la sofisticación de las formas de ataque. Así, se reconoce que sólo si se acepta que los mismos poseen sustantividad propia, se puede afirmar que la titularidad de la misma es colectiva; “si no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual”<sup>852</sup>.

---

<sup>847</sup> CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro...* Op. cit. p. 206.

<sup>848</sup> *Ibid.* p. 208.

<sup>849</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico penal...* Op. cit. p. 312.

<sup>850</sup> MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. cit. p. 31.

<sup>851</sup> *Ibid.* p. 32. Vid. RODAS MONSALVE. *Protección penal...* Op. cit. p. 29. También de esta postura, opina que los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los individuales, son asimismo, bienes autónomos respecto de los cuales es necesario precisar un contenido material propio.

<sup>852</sup> *Ibid.* pp. 33, 34.

Si bien hemos abordado varias concepciones de bienes jurídicos colectivos, lo que podemos ver común en todas las concepciones, es la referencia que se encuentra presente en todos los bienes jurídicos colectivos, hacia los intereses individuales, sin que por decir lo anterior, dichos bienes pierdan su autonomía o su carácter colectivo. Toda vez que la referencia final a intereses individuales, no tiene que conducir a una concepción personal pura o restringida del bien jurídico, ni a una concepción restringida de los bienes jurídicos colectivos<sup>853</sup>.

La concepción personal del bien jurídico, que quiere hacer de los intereses de la persona un límite a las intervenciones del legislador, para así, evitar posibles excesos, no significa un rechazo de los bienes jurídicos colectivos, sino más bien, se refiere a una exigencia para que los bienes jurídicos colectivos, sirvan para al desarrollo de la persona o se funcionalicen desde la persona<sup>854</sup>.

Para dejar de lado lo que algunos autores llaman una concepción restringida de los bienes jurídicos colectivos, se habla de los delitos de peligro abstracto en sentido amplio, desde el cual “tienen siempre en último término un referente individual, al margen de que surjan con independencia de los bienes jurídicos individuales (como los clásicos bienes jurídicos supraindividuales relativos al correcto funcionamiento de la Administración Pública o de la Administración de Justicia), de que se hallen a caballo entre unos y otros (la fe pública, el medio ambiente o determinados delitos socioeconómicos), de que partan de bienes jurídicos individuales de los que se desconectan alcanzando perfiles propios (como los relativos a la salud pública, al tráfico vial o determinados delitos socioeconómicos) o de que sean bienes jurídicos individuales reconfigurados al ser referidos a un colectivo y transformarse en bienes jurídicos colectivos (como por ejemplo puede suceder con el honor)”<sup>855</sup>.

### 2.3 Características de los bienes jurídicos colectivos.

#### H) Titularidad compartida.

En el tema anterior, establecimos algunas notas sobre la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos, ahora destacaremos algunas características, sin extendernos demasiado por no ser el tema central de este trabajo.

La primera característica que se afirma como propia de los bienes jurídicos colectivos, es la titularidad compartida, por el conjunto de la sociedad y a partir de ella, se puede diferenciar de los bienes jurídicos individuales<sup>856</sup>.

Se considera desde otra perspectiva, una característica negativa, de no ser detentados individualmente, es decir, el de afectar su protección a una generalidad de personas<sup>857</sup>.

---

<sup>853</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico penal...* Op. cit. p. 322.

<sup>854</sup> *Ibid.*

<sup>855</sup> *Ibid.*

<sup>856</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 194.

<sup>857</sup> Vid. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000. p. 97.

Colectivo, se ha señalado, que es el bien jurídico que es de titularidad colectiva. Sin embargo, aunque la titularidad compartida se considera el rasgo esencial constitutivo de los bienes jurídicos colectivos, ésta ha sido rechazada en ocasiones, aun reconociendo que es la característica de los mismos<sup>858</sup>.

El rechazo a establecer la titularidad compartida como característica esencial de los bienes jurídicos colectivos, parte de que se señala que la titularidad compartida tan sólo representa una consecuencia, pero no el fundamento o rasgo constitutivo de los bienes jurídicos colectivos<sup>859</sup>.

Con respecto a lo anterior, se considera que existe una primera restricción para los bienes jurídicos colectivos, en tanto que hay bienes jurídicos individuales que pueden pertenecer a una pluralidad de personas asociadas, como el honor o el patrimonio, y que con ello no se habla de una automática calificación como bien jurídico colectivo, pues la calificación depende de “un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”.<sup>860</sup> Con ello no pueden considerarse tales bienes jurídicos originariamente individuales, pero si pueden predicarse de una colectividad o grupo de personas.<sup>861</sup>

En este sentido se señala, que el criterio fundamentador de la diferencia entre los bienes jurídicos colectivos y los de naturaleza individual, reside en su función o utilidad para la sociedad en su conjunto. Ya que la función social de los bienes jurídicos colectivos permite conceptualizarlos de forma autónoma, lo que no significa que se desvinculen por completo de los bienes jurídicos individuales, ya que la protección de unos y otros, obedece a un mismo fin, el cual es legitimador del Derecho penal, que consiste en la remoción de obstáculos más graves para el libre desarrollo del individuo en sociedad. Por ello se afirma que todo bien jurídico, sea cual fuere su naturaleza, ha de mantener una referencia última al individuo, ya que este es el real destinatario de la protección jurídico penal<sup>862</sup>.

Así, se entiende que todos los miembros de un colectivo compartan un mismo interés en la conservación y respeto de una determinada situación. Pues no se trata de una suma de bienes individuales, sino de una única situación en la que todos o una generalidad de personas se encuentran y que ha de respetarse en interés de todos. Por ello, en estos bienes jurídicos no existe un único titular -como se ha señalado-, y en el mismo sentido no existe una única víctima individual, sino que todos pueden serlo, mientras que sujeto pasivo del delito puede serlo cualquiera.

A partir de lo anterior, se puede señalar que “todas aquellas situaciones que comparten una generalidad o colectivo de personas –sea determinada o indeterminada– serán bienes supraindividuales o colectivos y tendrán calidad penal si su desprotección afecta gravemente las condiciones que se han de respetar para la convivencia y desarrollo

---

<sup>858</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico ... Op. cit.* pp. 310, 311.

<sup>859</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Loc. cit.*

<sup>860</sup> *Ibíd.*

<sup>861</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico... Op. cit.* p. 311. La autora cita el ejemplo del honor de un grupo o colectividad, que seguiría siendo un bien jurídico individual y, consecuentemente, no diferente de la suma del honor de los individuos que integran el grupo.

<sup>862</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Op. cit.* pp. 231, 232.

de ese grupo dentro del respectivo ámbito, que es objeto de tutela”<sup>863</sup>. En este sentido hay que decir, que para que se considere bien jurídico colectivo, no sólo debe reunir los elementos anteriormente señalados, sino que deberá además contar con la selección del legislador para que entre dentro de la tutela penal.

#### I) Indisponibilidad.

La segunda característica es la indisponibilidad de los bienes jurídicos colectivos y, en consecuencia, la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de esos bienes. Esta última consecuencia de la característica mencionada, parte del acuerdo de la doctrina, de que solo es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal cuando se trate de bienes que por su naturaleza, sean inherentes y exclusivos de la persona individual, por tanto no operaría cuando la titularidad del bien recaiga sobre el conjunto de la sociedad<sup>864</sup>.

Quien también ha abordado el carácter indisponible de los bienes jurídicos colectivos es HEFENDEHL desde otra perspectiva, con una vertiente positiva de esta característica; “define este rasgo como posibilidad de *aprovechamiento por todos*, sin que nadie pueda ser excluido... y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.”<sup>865</sup>

Resumiendo esta característica, se infiere que la disponibilidad de un bien jurídico no depende, de quién sea su titular, sino de la naturaleza y, sobre todo, de la función que desempeñe<sup>866</sup>.

#### J) Indivisibilidad.

Una tercera característica de los bienes jurídicos colectivos, la introduce HEFENDEHL, a través del criterio de la no distributividad, según la cual un bien será “*colectivo cuando*

---

<sup>863</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. pp. 106, 107.

<sup>864</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 196. La autora expone que el acuerdo doctrinal sólo opera en el caso de la imposibilidad de disponer unilateralmente, es decir, por parte de uno solo de los cotitulares de un bien jurídico colectivo. Pero que las posturas varían, ante el hipotético consentimiento de todos los cotitulares en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en cuestión. Las respuestas varían, según sea el portador una pluralidad indeterminada de personas o un colectivo determinado. En el primer supuesto anteriormente señalado, es donde cabría hablar propiamente de bienes jurídicos colectivos, pues se entiende que el bien jurídico es indisponible por no poder comprobarse el consentimiento de todos los cotitulares. Sin embargo, este argumento no convence a todos, pues señalan que se puede acudir a las vías de expresión de la voluntad colectiva. En el segundo supuesto, cuando se trate de un titular colectivo determinado, si deberá otorgársele relevancia al consentimiento, siempre y cuando concurra el de todos los cotitulares.

La misma autora señala que es más acertado el argumento que señala que en los «delitos contra la comunidad», la voluntad colectiva se manifiesta por medio de la ley, por lo que no es admisible un consentimiento comunitario en el caso concreto, respecto de una conducta que infrinja la ley, en cuanto que ello implicaría la sustitución del principio de legalidad por el de oportunidad.

<sup>865</sup> HEFENDEHL, R. *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*. Ejemplar manuscrito, publicación en Heymanns Verlag. Citado por SOTO NAVARRO. *Ibid.* p. 198. La autora señala que en su opinión el aprovechamiento individual no comporta, la capacidad de libre disposición sobre el bien jurídico, puesto que, de no ser así, no se cumplirían ninguna de las condiciones señaladas por el autor citado.

<sup>866</sup> *Ibid.*

*sea conceptual, fáctica y jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirles de forma individual en tanto porciones*<sup>867</sup>.

Tal característica se estima que introduce una nueva valoración, muy vinculada a la indisponibilidad, sin embargo, esta tercera característica es única de los bienes jurídicos colectivos, ya que se considera que mientras que el carácter indisponible también se puede encontrar en ciertos bienes jurídicos individuales, la característica de indivisibilidad sólo la poseen los bienes jurídicos colectivos<sup>868</sup>.

Respecto a la anterior característica, se estima se establecería una segunda restricción<sup>869</sup>, cuando se considera que no serían de tal carácter, aquellos que sean divisibles en intereses individuales. Como sucede con los delitos contra la salud pública, contra la seguridad vial, contra los derechos de los trabajadores, etc<sup>870</sup>.

En ese sentido bienes jurídicos colectivos sólo serían los que no fueran divisibles, es decir, los que aluden a “estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social, como son la Administración de Justicia, la Administración pública, la Seguridad Social, el orden socio-económico o del medio ambiente”<sup>871</sup>.

#### K) Naturaleza conflictual.

Un aspecto como característica, que también hay que destacar es la naturaleza conflictual de un importante número de bienes jurídicos colectivos, en especial los de nueva generación. Ya que los bienes jurídicos colectivos, se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias, que no pueden ser suprimidas, solamente controladas.<sup>872</sup>

Lo anterior traerá como consecuencia un nuevo paradigma en la estructura de la norma penal, la cual ha de ponderar el alcance y los límites del interés digno de la tutela penal, de modo que su protección sea compatible con el mantenimiento de otros intereses legítimos que no puedan ser plenamente sacrificados<sup>873</sup>.

#### L) En atención a los intereses protegidos.

Con respecto a este criterio de caracterización, los bienes jurídicos colectivos aparecen como una categoría intermedia entre los bienes jurídicos individuales y los públicos o institucionales<sup>874</sup>.

---

<sup>867</sup> *Ibíd.* pp. 198, 199. Las cursivas son del texto.

<sup>868</sup> *Ibíd.*

<sup>869</sup> *Vid. Supra* Tema 2.3 A), del Capítulo III. Sobre la primera restricción que abordamos, en la característica relativa a la Titularidad compartida, donde quedo establecido que la calificación de bien jurídico colectivo, depende de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales.

<sup>870</sup> *Vid. SOTO NAVARRO. La protección penal... Op. cit.* pp. 200 y ss.

<sup>871</sup> *Ibíd.* pp. 244, 245.

<sup>872</sup> *Ibíd.* pp. 213, 214. Se afirma que tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido económico y provocan, a su vez, intereses de diversa índole, legítimos todos en su ámbito, pero en clara colisión.

<sup>873</sup> *Ibíd.*

<sup>874</sup> *Vid. SANTANA VEGA. La protección penal... Op. cit.* p. 100.

Desde una concepción amplia y tomando en cuenta este criterio, los bienes jurídicos colectivos se pueden concebir como todos aquellos que no se limitan a una persona determinada, por lo que dentro de esa categoría se pueden incluir tanto los bienes jurídicos colectivos en estricto sentido, como los públicos e institucionales<sup>875</sup>.

Sin embargo, si partimos de una concepción más restringida, los bienes jurídicos colectivos se van a diferenciar tanto de los bienes jurídicos individuales, como de los públicos (también denominados institucionales o generales), en atención al ámbito de afectación de la lesión o puesta en peligro de los mismos. Ya que mientras los bienes jurídico-penales públicos afectarían al conjunto de la Sociedad-Estado (seguridad interior, Administración de Justicia), los colectivos se mantienen dentro de un nivel de sectorización de intereses determinados, por su referencia a la pluralidad más o menos determinada de sujetos<sup>876</sup>.

Por otro lado, no debemos olvidar en este punto, lo expuesto en la primera de las características, donde señalamos que no bastaba la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio -en vez del individuo aisladamente considerado-; para considerarlo un bien jurídico colectivo de forma automática, si no que dependía de la función o utilidad que cumplan los bienes jurídicos colectivos, con respecto a los individuales<sup>877</sup>.

M) En atención a los sujetos pasivos.

Se considera que la protección de los bienes jurídicos colectivos trae aparejada la consecuencia de una neutralización de la víctima, incluso, hasta se le hace desaparecer. Pues se afirma que en esta clase de bienes jurídicos colectivos, pareciera como si no existieran los sujetos pasivos del delito, lo cual se intenta explicar a través de la argumentación de que están «difuminados», borrando así a la víctima del mapa de la reacción penal<sup>878</sup>.

Dicha caracterización se hace en relación con los bienes jurídicos individuales, donde existen posibilidades de contraste mediante la referencia al individuo concreto, cuyo bien jurídico ha sido lesionado o puesto en peligro<sup>879</sup>.

Sin embargo, se considera que dicho referente, se vuelve borroso o desaparece tratándose de los bienes jurídicos colectivos, ya que éstos son “*desindividualizados*” debido al proceso de abstracción del que son producto. Se convierten en instrumentos a través de los que se funcionaliza exclusivamente la relación de poder prestablecido, sin tener en cuenta más referente que sí mismos, perdiendo así su utilidad para el conjunto social y entrando en la vía del simbolismo<sup>880</sup>.

---

<sup>875</sup> *Ibíd.*

<sup>876</sup> *Ibíd.*

<sup>877</sup> *Vid. Supra* tema 2.3 A) del Capítulo III, sobre la Titularidad compartida.

<sup>878</sup> *Vid. SANTANA VEGA. La protección penal... Op. cit.* p. 101.

<sup>879</sup> *Ibíd.* p. 102.

<sup>880</sup> *Ibíd.*

En el marco de delitos de tráfico de drogas, económicos o contra el medio ambiente, se afirma que la legislación contempla lesiones sin víctimas o lesiones con víctimas «diluidas»<sup>881</sup>.

Por otro lado, CORCOY BIDASOLO señala que al tener el Derecho penal una función de solución de conflictos entre autor y víctima, no debe olvidarse que en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, la víctima son todos los ciudadanos menos los autores<sup>882</sup>.

En contra de esta cualidad, considero que no podemos afirmar que este criterio caracterice a los bienes jurídicos colectivos, sobre todo porque siempre se toma como referente a los bienes jurídicos individuales, donde es fácil verificar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, de un sujeto pasivo determinado. No queriendo ello decir, que en los bienes jurídicos colectivos no existan sujetos pasivos, más bien, y como ya lo señalamos en la primera característica, se trata de una colectividad la sujeta a protección penal y por ello, esa colectividad será el sujeto pasivo, aunque no sea determinable individualmente.

N) En atención a la acción delictiva.

Este criterio consiste, en que las conductas configuradas como delictivas, para la protección de bienes jurídicos colectivos, están caracterizadas por ser, en su mayoría, conductas de protección jurídico penal anticipada<sup>883</sup>.

En este sentido, se afirma que el reconocimiento que hace el Derecho penal para proteger bienes jurídicos colectivos, traería como consecuencia la introducción de delitos de peligro en su vertiente de peligro abstracto<sup>884</sup>.

Ya que se considera casi como única fuente de protección para los bienes jurídicos colectivos, los delitos de peligro, partiendo de que debido a la sociedad de riesgo<sup>885</sup> en la que vivimos, nos ha llevado a aceptar la introducción de bienes jurídicos colectivos, y no sólo eso, sino también que su protección se vea acompañada, del adelantamiento de las barreras de intervención del Derecho penal<sup>886</sup>.

Y se recurre a los delitos de peligro, porque los frenos del resultado desaparecen, ya que éste se diluye, siendo sustituido por la estandarización de las conductas en ámbitos de la vida (salud pública, medio ambiente, tráfico rodado, etc.), en donde el nivel técnico

---

<sup>881</sup> La autora señala que HASSEMER explica que esto tiene como consecuencia que el Derecho penal pueda difícilmente ser explicado cada vez más mediante el dualismo autor-víctima.

Así, se considera que una de las características del Derecho penal moderno, es excluir a la víctima del Derecho penal material, a través de sustituir causación de resultado por causación de peligro, delitos de resultado por delitos de peligro, bienes jurídicos individuales por bienes jurídicos universales. *Ibíd.*

<sup>882</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 193.

<sup>883</sup> *Vid.* SANTANA VEGA. *La protección penal... Op. cit.*

<sup>884</sup> *Ibíd.* p. 103.

<sup>885</sup> *Vid. Supra.* En el capítulo II, se abordó el tema relativo a la sociedad de riesgo, Tema 2.c.

<sup>886</sup> *Cfr.* SANTANA VEGA. *La protección penal... Loc. cit.* Abundando sobre esta característica, afirma la autora que, en los bienes jurídicos colectivos, es donde mejor se ve la evolución, en sentido expansivo, del concepto penal de acción y la progresiva evaporización del resultado.

o la experiencia acumulada permiten castigar conductas sin la necesidad de un resultado<sup>887</sup>.

Comparto en principio esta cualidad de los bienes jurídicos colectivos, en cuanto a que para su protección se recurre exclusivamente a los delitos de peligro abstracto, precisamente porque a través de ellos se puede adelantar las barreras de protección del Derecho penal, y de esta forma evitar una perturbación que implique una lesión o puesta en peligro, que signifique un daño irremediable para dicho bien<sup>888</sup>.

Como síntesis de las características que hemos visto hasta ahora, cabe señalar que, con respecto a las dos primeras, no hay un consenso, en que le sean propias a los bienes jurídicos colectivos, ya que tanto la titularidad compartida como la indisponibilidad, no son características exclusivas de estos bienes jurídicos, toda vez que también pueden predicarse, en algunos bienes jurídicos individuales. El que si se considera como un rasgo único y un auténtico criterio diferenciador, es el de indivisibilidad<sup>889</sup>.

Respecto del cuarto rasgo señalado, relativo a la naturaleza conflictual, debe decirse que se distingue de los tres anteriores, en cuanto que no es aplicable a todos los bienes jurídicos colectivos. Pero si le aplica a un importante número de bienes jurídicos colectivos denominados de nueva generación. Este rasgo, como lo mencionamos, representara un cambio en la configuración del bien jurídico por parte del legislador, ya que le exige hacer una ponderación, en la cual ceda parcialmente la tutela de interés digno de protección penal, a favor de otros intereses legítimos<sup>890</sup>.

#### 2.4. Autonomía del bien jurídico colectivo.

Como se ha afirmado, el optar por una combinación de intereses, no significa negar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y reconducirlos siempre a bienes individuales ni viceversa, -dicha concepción se ha clasificado como una postura monista-<sup>891</sup>.

En este sentido se entiende que no hay impedimento para calificar de bienes jurídico-penales tanto intereses individuales como colectivos<sup>892</sup>.

Ahora bien, los bienes colectivos se considerarán en tanto que posibiliten la vida y desarrollo del individuo en sociedad. Por ello se afirma que existe una conexión o relación entre los bienes jurídico individuales y los bienes jurídicos colectivos, ya que los primeros han de presentar aspectos de relevancia social (interés social), para que el Derecho penal pueda intervenir, tal como se señaló supra líneas; asimismo, los bienes

---

<sup>887</sup> *Ibíd.*

<sup>888</sup> Sin embargo, lo que no comparto es el señalar que se recurre a los delitos de peligro, porque éstos carecen de resultado, ya que como quedo establecido en el capítulo II de este trabajo, considero que todo delito tiene un resultado, abarcando el resultado no solo a la lesión, sino también al peligro.

<sup>889</sup> *Vid. SOTO NAVARRO. La protección penal... Op. cit. pp. 227, 228.*

<sup>890</sup> *Ibíd. p. 229.* La ponderación que se refiere a los bienes jurídicos colectivos debe realizarse en el ámbito de la tipicidad, es decir, desde la creación de la ley y no en el de su aplicación en el caso concreto.

<sup>891</sup> La teoría dualista por su lado, afirma que existen “dos intereses o titularidades que concurren en forma independiente o paralela, sin que exista entre ellos alguna conexión o común denominador que las una”. *Vid. VARGAS PINTO. Delitos de peligro... Op. cit. pp. 107,108.*

<sup>892</sup> *Ibíd. p. 113.*

jurídicos colectivos, como se mencionó, deben posibilitar la vida y desarrollo de la persona, para que sean relevantes para el Derecho penal<sup>893</sup>.

Sin embargo, como se ha mencionado, el afirmar que la protección de los bienes colectivos tiende a dirigirse a los bienes individuales, y que los primeros no pueden «construirse» sin referirse o contemplar a los segundos, no quiere decir que los bienes colectivos dependan de los bienes individuales, algunos autores más bien hablan de una relación de complemento entre ambos que de una subordinación<sup>894</sup>.

Con los argumentos anteriores, también CORCOY BIDASOLO señala que los bienes jurídicos colectivos desde una perspectiva de tipicidad penal, no tienen por qué estar relacionados mediata o inmediatamente con los bienes jurídico-penales individuales; sin embargo, expresar que los bienes jurídico-penales colectivos son autónomos, no excluye que como «intereses predominantes en la sociedad», solo podrán ser calificados como tales y en consecuencia la intervención para su protección estará legitimada, cuando éstos sirvan para el desarrollo personal de cada individuo que la conforma<sup>895</sup>.

También CUESTA PASTOR considera que existen nuevos bienes jurídicos (refiriéndose a los colectivos) con autonomía con respecto a los «tradicionales», son intereses de la sociedad que “carecen de un referente individual determinado, es decir, si se lesiona uno de ellos no se lesiona necesariamente ningún bien jurídico personal”<sup>896</sup>. Así, los bienes jurídicos colectivos constituyen el medio a través del cual se posibilitan determinadas condiciones, que van a asegurar la subsistencia de los bienes personales; pese a esto, el referente colectivo es el esencial, el que otorga al bien jurídico su razón de ser y su identidad<sup>897</sup>.

Sin embargo, también debe señalarse que existen autores que no admiten la autonomía de estos bienes, tal es el caso de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, para quien los “bienes colectivos se definen en relación con los bienes individuales, por lo que no son intereses autónomos. De suerte que su protección es anticipada respecto de la de los bienes individuales.”<sup>898</sup>

---

<sup>893</sup> *Ibíd.* pp. 113-115.

<sup>894</sup> *Ibíd.* pp. 114, 115. *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal... Loc. cit.*

<sup>895</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO, M. “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo”. En *Derecho penal del siglo XXI*. Santiago Mir Puig (Dir.). Cuadernos de Derecho Judicial. No. VIII. Madrid, 2007. p. 374. *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal... Loc. cit.* También se decanta por la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, de los cuales solo cabe precisar un contenido material propio.

<sup>896</sup> CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo. Tensión entre la política criminal y teoría del bien jurídico*. Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 87-89. Asimismo, señala que, dentro de los bienes jurídicos colectivos, existen unos nuevos bienes jurídicos más modernos o de nueva generación, que se caracterizan porque no poseen referente individual, es decir, que no se encuentran ligados a un bien jurídico individual, mismos que reciben la denominación en sentido estricto, de <<bienes jurídicos difusos>>. pp. 90, 91.

<sup>897</sup> *Ibíd.*

<sup>898</sup> VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 116, 117. VARGAS PINTO, todavía citando a la autora SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, señala que se trata de una complementariedad entre ambas clases de bienes la cual «es decisiva en la configuración del tipo penal». Y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, menciona que se trata de tipos de lesión para el bien colectivo y de peligro para el bien individual complementado, dejando claro que «de algún modo» que la referencia e interrelación entre esos bienes se produce en el tipo, es decir, al describir el comportamiento por el legislador, por lo que sólo se trata de una conexión legal. Esta autora adelanta lo que retomaremos en uno de los temas finales de este trabajo, los bienes jurídicos intermedios y los delitos de lesión-peligro. *Vid. Infra* tema 4, del Capítulo III de este trabajo.

En el mismo sentido CERREZO MIR en contra de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos señala que si se optara por aceptar tal situación nos llevaría a ver a los delitos de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, no como delitos de peligro abstracto, sino de lesión del bien jurídico de la seguridad del tráfico. Considera de igual manera que, “la razón de la imposibilidad de desconectar los bienes jurídicos colectivos de los bienes jurídicos individuales a cuya protección sirven, es que la lesión del bien jurídico colectivo, por sí sola, por ejemplo la infracción de las normas de tráfico o que protegen la salud pública, no revestirá gravedad suficiente para constituir un ilícito penal” y “ sólo la referencia última a los bienes jurídicos individuales otorga la infracción de las normas de tráfico, o de las normas que protegen la salud pública, de un contenido material de injusto de suficiente gravedad para constituir un ilícito penal”.<sup>899</sup>

La trascendencia de admitir o negar la autonomía de los bienes colectivos, se observará a la hora de determinar la modalidad de la tutela penal. Así, si la doctrina acepta la autonomía de los bienes colectivos, se tiende a admitir también la lesión de estos bienes<sup>900</sup>. Por otro lado, si se considera –aunque no se comparte por todos- la dependencia de los bienes individuales, la tutela penal se dirige a ellos aunque no son los directamente protegidos, de allí que en estos casos se acuda a tipos de peligro, específicamente de peligro abstracto<sup>901</sup>. En otras palabras, se ha señalado que el aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, evita que se infrinja el principio de lesividad, ya que estaríamos ante la posibilidad de verificar una lesión al bien jurídico colectivo<sup>902</sup>.

La relación de los bienes colectivos con los delitos de peligro, se da porque precisamente con estos últimos se trata de tutelar bienes individuales de forma mediata, es decir, indirectamente se protegen éstos, ya que los que se protegen directa e inmediatamente son los bienes colectivos. Con los delitos de peligro el bien jurídico individual no es necesario que se lesione, sino que se ponga en peligro «potencialmente» o en abstracto, por ello es por lo que se señala que con esta clase de delitos se adelantan las barreras de protección penal, incluso que existen supuestos en los que es tan lejana la referencia a bienes individuales, que éstos no se pueden afectar<sup>903</sup>.

Hasta ahora se ha señalado que entre los bienes colectivos y los bienes individuales existe una relación, hasta cierto punto, de necesidad; asimismo, que algunos

---

<sup>899</sup> CERREZO MIR. “Los delitos de peligro... *Op. cit.* p. 58.

<sup>900</sup> Incluso autores como BUSTOS RAMIREZ, aceptan su puesta en peligro concreto, por lo que señala que con esta concepción ya no es necesario acudir a la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto. *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* p. 116. *Vid.* ABANTO VASQUEZ. “Acerca de la teoría...” *Op. cit.* p. 18. *Vid. Infra* tema 4 del Capítulo III. Este tema también está relacionado con los bienes jurídicos intermedios y los delitos de lesión-peligro o peligro-lesión.

<sup>901</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos...* *Ibid.* p. 117. La misma autora sostiene que esta postura no tiene claridad respecto a la técnica concebida, y de igual manera, que, conforme a esa concepción de los delitos de peligro abstracto, lleva a considerar al bien jurídico-penal, como *ratio legis*, criterio de interpretación o puede llevar a presumir su afectación. *Vid.* ABANTO VASQUEZ. “Acerca de la teoría...” *Ibid.*

<sup>902</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. “Protección de bienes...” *Op. cit.* pp. 382 y ss. *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal...* *Op. cit.* pp. 29, 30. En este sentido, señala que concebir a los bienes jurídicos colectivos como complementarios de los individuales, trae como consecuencia vetar el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes, que las empleadas en la defensa de los que constituyen la base del sistema, y que de la misma manera obliga a una menor entidad de las sanciones punitivas.

<sup>903</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* p. 118. *Vid.* También el tema 4 del capítulo III, sobre los Bienes jurídicos intermedios.

autores discrepan a la hora de determinar si la relación es de complemento o bien de subordinación; pero lo que no se debe perder de vista es que, si se elimina el referente personal del bien, no se le estaría dotando de contenido suficiente para justificar la intervención penal. Lo mismo sucedería en el caso de que los bienes individuales carecieran de interés social.<sup>904</sup>

## 2.5. Clases de bienes jurídicos colectivos.

En este tema se debe iniciar aclarando que, si bien no existe una clasificación evidente de bienes colectivos, sí existe una cierta sistematización de ellos, la cual es diversa según los autores que la formulan.

Así BUSTOS RAMÍREZ<sup>905</sup> intenta hacer una sistematización que él denomina «moderna» de los bienes jurídicos y los divide en dos clases, -considerando la más importante para este trabajo, el inciso b) de esta clasificación-:

- a) Los bienes jurídicos que se refieren a las bases y condiciones de subsistencia del sistema, los cuales están constituidos por la persona y su dignidad; es decir, están directamente en relación con la persona, por lo que tendrán un carácter microsociales, en sí se refiere a los *bienes jurídicos individuales*.
- b) Los segundos se refieren al funcionamiento del sistema, es decir, a los procesos o funciones que éste ha de cumplir, para que puedan quedar aseguradas materialmente las bases y condiciones de este. Tratándose por tanto de relaciones macrosociales, de la persona con otros. Dentro de esta categoría se distinguen tres subcategorías: por un lado, se encontrarían los *bienes jurídicos institucionales*, relacionados con instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, que establecen vías o procedimientos organizativo-conceptuales para asegurar los bienes jurídicos personales. Por otro, están los *bienes jurídicos colectivos* propiamente como tales, que se relacionan con la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, el objetivo de la intervención estatal será la participación de todos en el proceso económico-social. Y por último los *bienes jurídicos de control*, que apuntan a la organización del apartado estatal para el cumplimiento de sus funciones.

El mismo autor subraya que la importancia de esta ordenación de bienes, radica en ser un criterio limitador de la intervención punitiva estatal, y orientador de las barreras que debe respetar el legislador; asimismo resalta que los límites irán de menor a mayor, según sea la categoría del bien jurídico, siendo las menores restricciones para los bienes jurídicos individuales y mayores tratándose de los bienes referidos al funcionamiento del sistema<sup>906</sup>.

---

<sup>904</sup> *Ibíd.* p. 120.

<sup>905</sup> *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ. *Control Social y Sistema Penal ... Op. cit.* pp. 199, 200.

<sup>906</sup> *Ibíd.* *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal...* *Op. cit.* p. 30. Sobre la clasificación propuesta por BUSTOS señala que el propósito de la misma “es modular la intensidad de la posible protección punitiva que, en una política criminal racional será intensa frente a bienes personales esenciales, mientras que se debe decrecer respecto de los restantes” para que con ello se evite desvirtuar el principio de mínima intervención.

Para VARGAS PINTO<sup>907</sup>, la segunda clasificación realizada por BUSTOS RAMÍREZ, referida al funcionamiento del sistema, pretende agrupar en forma general los bienes jurídico-penales colectivos.

Asimismo, varios autores destacan la necesidad de delimitar los contornos de cada bien colectivo, porque con ello se evitaría la ambigüedad que muchas veces los caracterizan.

Por otro lado, CARBONELL MATEU propone una clasificación que, para él, resulta más acorde con la función de tutela del Derecho penal y la titularidad del bien jurídico-penal. Así habla de bienes de titularidad colectiva, cuya tutela será necesaria para el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo en la sociedad. Se caracterizan por no poder cuantificarse la parte de titularidad que cada individuo tiene sobre el bien jurídico, por ello se afirma que el carácter supraindividual es más notorio en esta clase de bien jurídico<sup>908</sup>.

Existiendo también dentro de esta clasificación, bienes de titularidad supraindividual cuyo mantenimiento resulta necesario para asegurar la supervivencia colectiva. En esta categoría hace una subdivisión entre bienes supraindividuales de carácter político y bienes supraindividuales de supervivencia colectiva. Entiende que los de carácter político resultan necesarios para hacer posible unas condiciones mínimas de convivencia, mientras que los segundos son indispensables para que se produzca la mera existencia de la colectividad. La diferencia fundamental entre unos y otros, es que los delitos contra bienes de carácter político dificultan una determinada organización de la sociedad, mientras que los delitos contra los bienes de supervivencia colectiva, atacan la mera existencia de la sociedad.<sup>909</sup>

VARGAS PINTO sin embargo considera, que esta última clase de bienes de titularidad supraindividual, se encuentra dentro de los bienes de titularidad colectiva. Así mismo, señala que las clasificaciones de este estilo y en general todas aquellas que separen bienes colectivos institucionales (o puros), de bienes colectivos de referente personal<sup>910</sup>, “se presta para confusiones posteriores respecto de los delitos de peligro abstracto: la necesidad de vincularlos directamente con bienes individuales o de crear «bienes intermedios<sup>911</sup>»”.

---

<sup>907</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 131.

<sup>908</sup> Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, en AA.VV. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”. En *Intereses difusos y Derecho Penal*. Javier Boix Reig (Dir.). Consejo del Poder Judicial. No. XXXVI. Madrid, 1994. pp. 17-18. Se pone de ejemplo en esta clase de bienes jurídicos de titularidad colectiva, el erario público o el medio ambiente, sin cuya preservación será evidente la imposibilidad de que se desarrollen las opciones individuales de los ciudadanos.

<sup>909</sup> *Ibid.* pp. 18, 19. Dentro de los bienes supraindividuales de carácter político encontramos, la organización democrática del Estado, el funcionamiento de las instituciones, etc., señalando que constituyen una nueva categoría de intereses llamados difusos. Respecto de los cuales su titularidad supraindividual de los mismos no ha supuesto tradicionalmente ningún obstáculo para su reconocimiento. Así mismo, se afirma que estos bienes de carácter político deben obtener la tutela penal mínima necesaria para su supervivencia, sin invadir excesivamente la libertad de los ciudadanos.

Por otra parte, respecto de los bienes jurídicos supraindividuales de supervivencia colectiva, cuando son atacados, dicho ataque incide directamente en los ciudadanos e imposibilitan la vida comunitaria. Y el ejemplo más claro de este tipo de bienes jurídicos, es el terrorismo.

<sup>910</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* pp. 133, 134.

<sup>911</sup> Los bienes jurídicos intermedios, son entendidos como una «especial técnica legislativa», o como “una espacial forma de protección de bienes colectivos, pero que se vincula a la tutela de otros bienes jurídico-

Otra propuesta de sistematización nos la presenta SOTO NAVARRO, quien ya no adopta un criterio relativo a la titularidad de los bienes jurídicos colectivos, sino que la basa en las funciones sociales que desempeñan estos, así desde tal enfoque los divide en dos grupos: por un lado aquellos bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social; por otro lado, están aquellos que se encuentran referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado y del Estado en su conjunto, en su concreta configuración constitucional, como presupuesto necesario para que se hagan efectivas aquellas prestaciones sociales<sup>912</sup>.

Por último, mencionaremos la propuesta de DOVAL PAIS, quien destaca dos clases de bienes jurídicos, los tradicionales que a su vez se dividen en públicos, individuales y colectivos; y por otro lado se encuentran los bienes jurídicos modernos o de nueva generación, que están integrados por objetos de naturaleza difusa (como por ejemplo el orden económico, la ordenación del territorio o el medio ambiente) y estos objetos se encuentran desligados de los bienes individuales, constituyéndose en bienes jurídicos colectivos autónomos<sup>913</sup>.

Después de haber abordado algunas de estas «clasificaciones» o sistematizaciones, cabe señalar que existen más en las que no profundizaremos en este trabajo, toda vez que estimamos, se presentaron las más importantes.

### 3. PERTURBACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

Uno de los principios más importantes del Derecho penal, el principio de lesividad, establece la necesidad de que el delito constituya una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en otras palabras, significa que las conductas típicas tengan una mínima capacidad ofensiva, es decir, que al menos pongan en peligro potencial al bien jurídico. Es por ello, que se hace necesario que el tipo penal proteja un auténtico bien jurídico, cuya naturaleza o importancia haya sido contrastada previamente, para evitar que se le otorgue la categoría de bien jurídico a cualquier interés o directriz de carácter estatal<sup>914</sup>.

El principio de ofensividad por otra parte, no se agota con la protección de un auténtico bien jurídico, pues para dar cumplimiento al mismo, es necesario exigir que éste sea realmente afectado y que en el caso concreto, la afectación sea producto de la acción del autor del hecho<sup>915</sup>.

---

penales (bienes con un sustrato, supuestamente, menos abstracto o bienes individuales.)” VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Ibíd.* pp. 122-128. *Vid. Infra.* Tema 4 del capítulo III, sobre los bienes jurídicos intermedios.

<sup>912</sup> *Vid.* SOTO NAVARRO. “Concreción y lesión... *Op. cit.* pp. 888-889.

<sup>913</sup> *Vid.* DOVAL PAIS. “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”. En *Intereses difusos y Derecho Penal*. Javier Boix Reig (Dir.). Consejo del Poder Judicial. No. XXXVI. Madrid, 1994. pp. 27, 28.

<sup>914</sup> *Vid.* MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro...* *Op. cit.* pp. 35, 36. *Vid.* RODAS MONSALVE. *Protección penal...* *Op. Cit.* p. 31.

<sup>915</sup> *Vid.* MENDEZ RODRIGUEZ. *Los delitos de peligro...* *Ibíd.* pp. 35-39. Con base en lo anterior, se puede afirmar que el bien jurídico, “sintetiza la resolución de un conflicto social y al resolver este conflicto de forma normativa permite el ejercicio de la libertad y de la convivencia pacífica en el seno de la comunidad social, dando sentido, de esta forma, a la función que el derecho debe cumplir en un Estado democrático, cuya orientación prioritaria deber ser, en todo caso, el individuo”.

Por otro lado, como ha quedado de manifiesto, si no se definen en una forma concreta y determinada los bienes jurídicos colectivos, traerá como consecuencia diversos problemas relacionados con su perturbación y la forma en que se tutelan. Como el que no se tenga clara la forma o clase de afectación que pueden sufrir. Aunque si bien, se ha reconocido que el mero hecho de tratarse de objetos que no son materiales-físicos, no significa que no puedan ser afectados<sup>916</sup>.

Dichas dificultades en el proceso de concreción de los bienes jurídicos colectivos, para SOTO NAVARRO, no estriba en su naturaleza ideal, sino en la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados “para delimitar unidades que constituyan concretas formas de manifestación del bien jurídico y sobre las que pueda estimarse su lesión”<sup>917</sup>.

Ya que hoy en día para SOTO NAVARRO, ni la materialidad ni la lesión se entienden en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de forma que la única cualidad necesaria en principio, para que un bien se considere un bien jurídico protegido, es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos<sup>918</sup>. Por ello como veremos en el tema siguiente, según sea la concepción de bien jurídico y de lesión, traerá como consecuencia la aceptación o no de la lesión de los bienes jurídicos colectivos.

El mayor problema en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, como se ha adelantado, es precisamente la determinación del tipo de afectación que una acción individual ocasiona a los mismos. Ello en ocasiones conduce a la configuración predominante de estructuras típicas de simple actividad, que se interpretan como delitos de peligro para el bien jurídico colectivo<sup>919</sup>.

En ese sentido, la lesión del bien jurídico colectivo a lo mucho se afirma “como efecto derivado automáticamente de la mera realización de la acción típica (serían delitos de simple actividad y de lesión), evitándose ulteriores comprobaciones.” Señala la autora que también se da el fenómeno inverso, es decir, se es capaz de configurar un resultado material, como efecto externo separable de la acción, pero no puede afirmarse que tal resultado represente la lesión del bien jurídico colectivo (serían delitos de resultado material y de peligro), con lo cual se rompe la general vinculación entre los delitos de resultado material y los delitos de lesión<sup>920</sup>.

### *3.1 Lesión y peligro del bien jurídico colectivo.*

Los principales problemas relacionados con la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, se dan por dos motivos según CORCOY BIDASOLO, ambos motivos relacionados con el origen del concepto del bien jurídico. Esos motivos se refieren, en primer lugar, a la concepción del bien jurídico-penal, puesto que en muchos casos se confunde el bien jurídico con su sustrato material; y el segundo de los problemas, surge por la confusión que se da entre la lesión del bien jurídico con la producción de un

---

<sup>916</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* Op. cit. pp. 134, 135.

<sup>917</sup> Vid. SOTO NAVARRO. “Concreción y lesión...” Op. cit. p. 904.

<sup>918</sup> *Ibid.*

<sup>919</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal.* Op. cit. pp. 279, 280.

<sup>920</sup> *Ibid.* p. 280.

daño. En atención de lo anterior, hay que destacar que el bien jurídico como se señala, es algo distinto del «daño», este último entendido como destrucción de un objeto cuantificable. Ahora bien, la principal dificultad con la que se enfrentan las teorías es con relación al significado que se tiene de destrucción, propio para algunos autores del término lesión. Pues la lesión del bien jurídico, como destrucción de éste, y no como destrucción o menoscabo del objeto material, se da en muy pocos delitos, puesto que en la mayoría de los supuestos hay una afectación del bien jurídico pero no la lesión, entendida como destrucción<sup>921</sup>.

De acuerdo a lo anterior se ha señalado que el problema o la resistencia para aceptar que los bienes jurídicos colectivos pueden ser lesionados, se deriva en principio del concepto del bien jurídico y en seguida del término daño, ya que éste se define como “resultado perjudicial para los intereses vitales de los perjudicados o de la colectividad”<sup>922</sup>; por tanto, se tendrá que redefinir el concepto de daño, o no relacionarlo con el de lesión<sup>923</sup>.

En el mismo sentido MENDEZ RODRIGUEZ, señala que dependerá del concepto del bien jurídico que se haya definido con carácter previo, para resolver las dificultades en la determinación de la afectación de los bienes jurídicos, principalmente la relativa a si un bien jurídico colectivo puede ser lesionado o no. Así, si se concibe al bien jurídico como una “síntesis normativa de un conflicto social determinado, la lesión al mismo consistirá en hacer prevalecer ciertos intereses -que forman parte del integrante de dicho conflicto- en detrimento de aquellos cuya preminencia ha sido consagrada normativamente”<sup>924</sup>.

Por lo que hace a los bienes jurídicos colectivos, el determinar si son susceptibles de lesión, dependerá como se dijo, de la concepción que se tenga del bien jurídico, pero la dificultad de determinación se le atribuye en muchas ocasiones, a la creación de bienes jurídicos demasiado amplios. Sin embargo, pese a estas dificultades, se estima que la importancia de determinados bienes jurídicos colectivos, justifica su protección a través de normas penales. Pero junto a la importancia que se menciona, cabe valorar otros aspectos de cara a su punición, entre ellos, la frecuencia de los ataques a esos bienes jurídicos antes de constituir tipos, especialmente los de peligro abstracto<sup>925</sup>.

Se ha señalado por otro lado, que, si determinar la lesión en ciertos bienes jurídicos individuales resulta complicado, no es difícil imaginar que dicha complicación se encontrará a la hora de determinar la lesión o puesta en peligro en los bienes jurídicos

---

<sup>921</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección...* Op. cit. pp. 219, 220. La autora pone como ejemplos los delitos contra el honor, pues en delitos como la injuria o la calumnia, no se «destruye» el honor de la persona, incluso, puede que objetivamente, ni siquiera se llegue a afectar. Igual piensa del delito de lesiones, donde, por ejemplo, se haya lesionado a una persona, provocándole un corte en un brazo, y aun cuando se necesitara unos puntos de sutura, en este hecho se puede decir que se «afectó» la salud, pero no puede decirse que se haya «destruido». Lo que si pudiera ocurrir, es que una afectación de la salud continuada, si puede destruirla.

<sup>922</sup> *Ibid.* p. 221.

<sup>923</sup> De esta opinión DOVAL PAIS refiere que el concepto de lesión se ve obligado a abandonar su referencia a la destrucción física del objeto, y adoptar una concepción más amplia, que se equipara a la idea de *perturbación*; concibiéndose un concepto de lesión con carácter normativo, así puede hablarse de lesión también en bienes jurídicos inmateriales. Vid. DOVAL PAIS. *Delitos de fraude alimentario...* Op. cit. p. 260.

<sup>924</sup> MENDEZ RODRÍGUEZ. *Los delitos de peligro...* Op. cit. pp. 40, 41.

<sup>925</sup> *Ibid.* pp. 43, 44. Vid. *Supra*. Sobre los delitos de peligro abstracto el Capítulo II de este trabajo.

colectivos. Esto en principio, pues también la vaguedad en la definición de ciertos bienes jurídicos colectivos hace que se hable de una imposibilidad de lesión, ante lo cual se tiende a recurrir a los delitos de peligro. Sin embargo, al ser el peligro un estadio previo de la lesión, si ésta no es determinable, tampoco lo será la puesta en peligro, por tanto, solo podrá crearse un peligro si la lesión es posible (de otro modo el concepto de peligro carece de sentido). Para resolver esta nueva problemática, relacionada con la dificultad de determinar la afectación de los bienes jurídicos colectivos, se recurre a la tipificación de acciones respecto de las que *ex ante* deben originar un peligro para el bien jurídico, es decir, se recurre a los delitos de peligro abstracto<sup>926</sup>.

Retomando lo anterior y a manera de mayor abundancia, debe señalarse que la falta de determinación que ha caracterizado a los bienes jurídicos colectivos, ha llevado a sostener la imposibilidad de su lesión. En sí lo que se ha afirmado por algunos autores, es que no es suficiente una conducta individual para lesionar un bien jurídico colectivo, no que no se puedan lesionar. Esta idea es propia de los llamados delitos de acumulación o cumulativos, los cuales parten de la idea de que la afectación de un bien colectivo es posible, únicamente por la repetición o suma de conductas típicas semejantes, por un gran número de personas o por su totalidad<sup>927</sup>.

En el mismo sentido, se ha señalado que el “propio AMELUNG concluye, al cierre de su obra, que difícilmente puede un acto individual causar un daño social apreciable, por lo que la mayor amenaza para la convivencia en una sociedad compleja reside en la repetición generalizada de conductas que no respeten las reglas básicas para el aseguramiento de la subsistencia y desarrollo del sistema”<sup>928</sup>.

Sin embargo, pese al argumento anterior, considera SOTO NAVARRO, que el pensar así supone dar un paso atrás, toda vez que se vuelve a la posición original de incertidumbre ante la complejidad del sistema social, después de haber logrado desentrañar su organización interna y su significado<sup>929</sup>.

Asimismo, se crítica esta postura, que señala que los bienes jurídicos colectivos sólo se pueden afectar con la repetición de conductas típicas semejantes de un gran número de personas, por su posible contradicción con el principio de culpabilidad, al pretender hacer responsable a un sujeto imputándole comportamientos de otros, ajenos a su conducta -como en los delitos contra el medio ambiente-, razón por la cual se busca determinar los contornos de esta clase de bienes jurídicos. En el mismo sentido, se busca la construcción de otros bienes jurídicos como los intermedios<sup>930</sup>, así como reconducir estos bienes colectivos hacia los bienes individuales a través de los delitos de peligro<sup>931</sup>.

---

<sup>926</sup> *Ibíd.* pp. 40-43. La autora habla de que se recurre a la tipificación de acciones respecto de las que se «presume», originan un peligro al bien jurídico; sin embargo, considero que debe de tratarse de acciones de las que desde antes de su comisión, debió establecerse que son capaces e idóneas para poner en peligro al bien jurídico.

<sup>927</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 136.

<sup>928</sup> SOTO NAVARRO. “Concreción y lesión...” *Op. Cit.* pp. 909, 910.

<sup>929</sup> *Ibíd.* En relación a lo anterior, agrega la autora que la incongruencia es equiparable a lo que supondría conceptuar el homicidio como un delito de peligro abstracto, una vez concretado el valor funcional de la vida humana por su propio portador y para el conjunto de la sociedad, argumentando que la muerte de una persona solo representa, al fin y al cabo, una remota amenaza para la supervivencia de la especie.

<sup>930</sup> *Vid. Infra* Tema 4, del capítulo III de este trabajo.

<sup>931</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Loc. cit.*

Retomando los argumentos señalados *supra* líneas, la falta de determinación que ha caracterizado a los bienes jurídicos colectivos, nos dice VARGAS PINTO, ha llevado a sostener su imposibilidad de lesión, ya que si se optara por la delimitación concreta de los mismos, permitiría la configuración de delitos de lesión<sup>932</sup>.

Lo que se pretende señalar es que los delitos serían de lesión si los comportamientos se dirigen a bienes colectivos determinados y serán de peligro si la protección de bienes colectivos se hace con respecto a bienes individuales<sup>933</sup>. Sin embargo, los delitos de peligro abstracto se han relacionado con ambas clases de bienes, por ello algunos autores identifican una doble afectación o una doble calidad de delitos, de lesión para los bienes colectivos y de peligro para los bienes individuales<sup>934</sup>. Pese a ello, esta doble perturbación no es aceptada por toda la doctrina penal<sup>935</sup>.

Tan no es aceptada por toda la doctrina penal, la argumentación anterior, que una de las críticas va enfocada en señalar que es errónea esa interpretación, según la cual el peligro iría referido a bienes jurídicos individuales que indirectamente resultan amenazados, mientras que el bien jurídico colectivo ya se lesionaría con la mera realización de la conducta típica<sup>936</sup>.

La argumentación que se criticó, se estima que surge ante la negativa de conceder autonomía material a los bienes jurídicos colectivos. Ya que, si se encuentran ante bienes jurídicos colectivos, se debe ser capaz de atribuirle unos contornos precisos, al margen de los bienes jurídicos individuales. Desde esa perspectiva, los delitos referidos, pretenderían crear áreas sociales de seguridad colectiva, cuya preservación asegure unas condiciones en las que resultara más difícil el surgimiento de riesgos para los bienes jurídicos individuales<sup>937</sup>.

Por otro lado, cabe mencionar que aun cuando se ha señalado que la determinación de los bienes colectivos es necesaria para poder establecer su posible afectación, esto no significa que lleve aparejada la consecuencia de lesión o su afirmación categórica; pues en esos supuestos se vuelve a vincular la lesión con los delitos de acumulación, al considerar que una sola conducta no traería aparejada la destrucción del bien jurídico colectivo, claro, adoptando la concepción de que la lesión implica la destrucción del bien que se tutela. En este sentido se afirma que negar la lesión de los bienes jurídicos colectivos, no significa rechazar la posibilidad de perturbación<sup>938</sup>.

Continuando con lo expuesto anteriormente, se señala que al ser el bien jurídico colectivo de naturaleza inmaterial<sup>939</sup> y colectiva, impide su detrimento físico, natural o

---

<sup>932</sup> *Ibíd.*

<sup>933</sup> Lo cual también tiene que ver con la aceptación o no de la autonomía de estos bienes colectivos, y su relación con los bienes jurídicos individuales, ya sea de subordinación o de complemento; tal como quedo apuntado en apartados anteriores.

<sup>934</sup> Este tema también está relacionado con los bienes jurídicos intermedios. *Vid. Infra* tema 4 de este capítulo III.

<sup>935</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* pp. 138, 139.

<sup>936</sup> *Vid.* SOTO NAVARRO. *La protección penal...* *Op. cit.* p. 179.

<sup>937</sup> *Ibíd.* p. 180.

<sup>938</sup> *Vid.* VARGAS PINTO. *Delitos de peligro...* *Op. cit.* p. 141.

<sup>939</sup> La naturaleza inmaterial de los bienes jurídicos colectivos, no es aceptada por toda la doctrina penal, ya que se afirma que no en todos los casos los bienes jurídicos colectivos carecen de materialidad. En ese sentido SOTO NAVARRO, quien considera errónea esa concepción. *Vid.* SOTO NAVARRO. *La protección penal...* *Op. cit.* p. 306.

material. Sin embargo, esto no significa tal como se mencionaba *supra* líneas, que no puedan ser susceptibles de lesión, sino únicamente de destrucción material o física, concibiendo a la lesión no solo como destrucción material del bien, sino con una concepción más amplia<sup>940</sup>.

Por otro lado, SOTO NAVARRO considera errónea, la concepción que interpreta a los bienes jurídicos colectivos como carentes de materialidad y que, por lo mismo, no son susceptibles de lesión, al menos, no por acciones individuales. Primero, porque la naturaleza ideal no es una característica que distinga a los bienes jurídicos colectivos y en segundo lugar, porque dicha naturaleza no impide que pueda configurarse la afectación del bien jurídico<sup>941</sup>.

Abonando a lo anterior, hay que decir que estos autores que poseen una concepción ideal del bien jurídico colectivo, establecen que para ellos la materialidad no debe ser entendida con un sentido naturalístico, sino que la misma contiene un sustrato en sentido sociológico. El enfoque sociológico de la materialidad depende del concepto del bien jurídico que se posea, si lo entendemos como objeto lesionable, la única cualidad necesaria *ab initio*, para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social<sup>942</sup>.

Por otra parte, se señala que no solo es importante determinar si los bienes colectivos pueden perturbarse, sino también cuál sería la clase de efecto que en ellos se provocaría. Algunos autores hablan de un efecto sobre un sistema en su conjunto; otros por su parte, vinculan la lesión con la seguridad de bienes individuales o con presupuestos que le sirvan para brindar tal seguridad. En general cuando se alude a la lesión de un bien colectivo (aun en sentido normativo), ésta es producto de la sola realización de la conducta típica, sin que realmente se observe efecto alguno<sup>943</sup>.

Sin embargo, se habla de que los contornos o la extensión de estos bienes también “añaden otro aspecto al de su inmaterialidad que no permite afirmar fácilmente su lesión sin quedarse en una pura afectación formal”, por ello muchos autores ven en la lesión a estos bienes una lesión puramente formal<sup>944</sup>.

En el mismo sentido, se reconoce que los bienes colectivos pueden estar asociados tanto a objetos materiales como a objetos inmateriales, y si bien en ambos casos es difícil afirmar la afectación de estos bienes, en el segundo caso será mucho más difícil. Ya que cuando existe un objeto material, se da un efecto o lesión material que ha de representar una perturbación para el bien jurídico colectivo, sin embargo, se exige que no sea cualquier destrucción ni cualquier objeto, sino que la destrucción sea de tal gravedad que necesariamente se desprenda de ella la perturbación del bien tutelado. Caso contrario, si el objeto no existe, «la representación se complica, pues pareciera que nada hay a lo que

---

<sup>940</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Loc. cit.*

<sup>941</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Op. cit.* p. 306. La afectación al bien jurídico solo se daría de forma indirecta, por medio de otro elemento (sustrato material), éste sí tangible, cuya lesión o puesta en peligro «representa», en el mundo real, la afectación del bien jurídico. Es por ello por lo que la crítica que se le pudiera hacer a los bienes jurídicos colectivos, solo tendría sentido si lo que en realidad se afirma es que dichos bienes jurídicos, carecen de sustrato material al que poder referir el desvalor de resultado.

<sup>942</sup> *Ibid.* pp. 306, 307.

<sup>943</sup> Vid. VARGAS PINTO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 142.

<sup>944</sup> *Ibid.* pp. 142, 143.

se pueda atribuir tal función»; lo cual no quiere decir que no se puedan aplicar criterios de gravedad o suficiencia a los comportamientos que se realicen, de modo que no siempre la ejecución de la conducta signifique la afectación de aquello que la norma protege<sup>945</sup>. Con los argumentos anteriores se busca rechazar las lesiones formales.

Pese a estas dificultades, el hecho de haber dotado al bien jurídico colectivo de un contenido material, permitió hablar de lesión en esta clase de bienes jurídicos. Para hablar de lesión se ha establecido un método para la identificación de esta, en un bien jurídico colectivo. Sin embargo, antes deben sentarse los presupuestos del concepto de lesión de los que debe partirse, para posteriormente identificar la lesión de un bien jurídico<sup>946</sup>.

- A) Si parte de una concepción de bien jurídico como aspecto de la realidad social directamente alcanzable por un comportamiento humano, la lesión se entenderá, como un efecto sobre el propio bien jurídico y no sobre un elemento distinto en el que aquél «toma cuerpo».
- B) De acuerdo a lo anterior, respecto al efecto sobre el propio bien jurídico, constituirá el desvalor de resultado, al atentar contra su fin de protector de bienes jurídicos -se concede relevancia en el plano de la fundamentación de lo injusto.
- C) El carácter lesionable de un bien jurídico queda limitado a dos sentidos: en primer lugar, debe tratarse de una lesión efectiva, es decir, comprobable o verificable en el propio sistema social, de lo contrario, se atentaría contra el principio de lesividad. En segundo lugar, ha de ser imputable a acciones individuales y no a comportamientos colectivos, a fin de respetar el principio de responsabilidad personal.
- D) La lesión sirve como referente preciso a la hora de configurar la puesta en peligro del bien jurídico (se reconoce que hay dos modalidades de afectación: la lesión y el peligro<sup>947</sup>), partiendo de que el peligro no es un concepto autónomo (opinión con la que concuerdo, aunque no es una postura totalmente aceptada por la doctrina), sino un estadio previo a la lesión<sup>948</sup>.

Por otro lado, se ha señalado que el ámbito de los bienes jurídicos colectivos cabe la configuración de resultados materiales que comporten la lesión del bien jurídico, siempre y cuando el resultado no se conceptúe en un sentido estrictamente naturalístico<sup>949</sup>.

---

<sup>945</sup> *Ibíd.* p. 143.

<sup>946</sup> *Vid.* SOTO NAVARRO. *La protección penal. Op. cit.* pp. 316, 317.

<sup>947</sup> *Vid. Supra* Tema 3.1 del capítulo III, sobre las clases de perturbación del bien jurídico.

<sup>948</sup> *Vid.* SOTO NAVARRO. *La protección penal. Op. cit.* pp. 317, 318.

<sup>949</sup> *Ibíd.* p. 318. En este sentido señala la autora, que no debe pasar desapercibido que el concepto de lesión del bien jurídico se suele vincular con el concepto de resultado material (o de lesión). Sin embargo, como lo señala, se trata de dos problemas distintos, en cuanto a que corresponden a dos niveles de análisis diferentes. Por un lado, la ofensa del bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuridicidad, siendo un elemento cofundamentador de lo injusto, mientras que el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales. Por otra parte, el resultado no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico.

De igual manera, tampoco puede tomarse desde una perspectiva naturalista o mecanicista, la lesión, ya que, de lo contrario, se concebiría a la lesión como un efecto de destrucción o menoscabo de un objeto externo.

### 3.2 Lesión del bien jurídico colectivo en los delitos de peligro.

Un amplio sector de la doctrina defiende que en los delitos de peligro abstracto no hay lesión de un bien jurídico-penal, sino únicamente una conducta peligrosa, considerando, en consecuencia, que su existencia entra en colisión con el principio de ofensividad. En el mismo sentido, otra corriente doctrinal, niega la existencia de lesión, pero fundamenta la punibilidad en la peligrosidad general de un comportamiento determinado o de una determinada consecuencia y acepta que son necesarios esta clase de delitos, cuando es inevitable organizar un ámbito social regularizando conductas, “con lo que finalmente no se pone ningún límite a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto”<sup>950</sup>.

Como origen de estas posiciones se señala la propuesta de BINDING, “que diferencia dos grupos de delitos de peligro abstracto, los que son reconducibles a un delito de peligro concreto en los que no concurre un resultado de peligro y los de mera desobediencia, que serían injustos formales, carentes de fundamento material”<sup>951</sup>. Las diversas formulaciones de los autores y las diversas teorías que existen sobre el tema, pueden resumirse en que fundamentan el injusto de los delitos de peligro abstracto en la peligrosidad de la acción, en base a su aptitud para lesionar o poner en peligro un bien jurídico individual (según la concepción de bien jurídico colectivo que se tenga), excepto en los casos en que consideran que es suficiente la infracción de la prohibición<sup>952</sup>.

Por otra parte, un amplio sector de la doctrina española, acepta la peligrosidad de la acción para todos los delitos de peligro abstracto, peligrosidad que se comprobará *ex ante*, a través de un juicio sobre la capacidad lesiva de la acción; así mismo, se tendrán en cuenta todas las circunstancias concurrentes, incluidos los conocimientos y capacidad del autor<sup>953</sup>. En el mismo sentido, agrega la autora que es una exigencia el probar la peligrosidad *ex ante* de la conducta, toda vez que es un requisito indispensable para la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, como en cualquier otro delito.

Ahora bien, se afirma que los delitos de peligro abstracto sólo están legitimados sí en ellos se busca proteger un bien jurídico colectivo, y siempre y cuando se compruebe que dicho bien, además de haber sido puesto en peligro *ex ante*, ha resultado efectivamente lesionado, desde una perspectiva *ex post*<sup>954</sup>.

---

<sup>950</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes...* Op. cit. p. 213.

<sup>951</sup> BINDING, Die Normen und ihre Übertretung. I; Norm und Strafgesetze, 2ª. Ed., Leipzig 1914. pp. 397 y ss. Citado por CORCOY BIDASOLO. *Ibid.*

<sup>952</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO. *Ibid.* p. 216. Vid. *Supra*. Capítulo II de este trabajo, donde se desarrolló con mayor profundidad el tema de los delitos de peligro abstracto.

<sup>953</sup> *Ibid.* pp. 216, 217.

<sup>954</sup> *Ibid.* pp. 217, 218. Considera la autora que la constatación de la existencia de un peligro idóneo, *ex ante*, para lesionar un bien jurídico será el presupuesto común a todos los delitos, ya sean de peligro o de lesión, ya sean dolosos o imprudentes. Por ello, los delitos de peligro abstracto deben cumplir tal requisito, verificar que exista un peligro idóneo, para lesionar un bien jurídico. Dicha constatación, considero, debe hacerse antes de que se haya realizado el hecho.

Por otro lado, para que un hecho caracterizado, *ex ante*, como tipo de injusto penal, sea merecedor de pena –sancionable–, es necesario probar la realización típica desde una perspectiva *ex post*, para poder imputarle el carácter de tipo penal. Lo que supone la imputación de la lesión del bien jurídico-penal al peligro típico

En el mismo sentido se señala, que la criminalización de comportamientos con víctimas difusas mediante los delitos de peligro abstracto “significa en primer lugar, un empobrecimiento de los presupuestos de punibilidad: en vez de una víctima visible, en vez de un daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa. Desde el punto de vista del bien jurídico esto significa una disolución del concepto: el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o «unidades funcionales de valor»; el funcionamiento de sistema subvencional, de procesamiento de datos o de crédito; el medio ambiente como totalidad; la salud pública.”<sup>955</sup>

En ese tenor, como se adelantaba, los problemas que suelen acarrear con este tipo de delitos de peligro abstracto son muchos, hablamos supra líneas de su coalición con el principio de ofensividad, y también refieren los conflictos que acarrea su incriminación con el principio de lesividad, ya que la punibilidad de una conducta como peligrosa, descansa sobre la base de una regla de experiencia, lo que implica la punición de hipótesis en las que no está presente de modo efectivo el peligro<sup>956</sup>.

La exigencia de lesividad, como presupuesto de la sanción penal, implica que la responsabilidad penal solo existirá cuando haya lesión o peligro de un bien jurídico, sin que sea relevante si es individual o colectivo. La aceptación de los bienes jurídicos colectivos, no significa que se inventen bienes jurídicos para legitimar estos delitos, lo que se requiere es en principio determinar respecto del precepto en concreto, si realmente éste trata de proteger un interés merecedor de sanción penal, y después deberá analizarse si ese comportamiento descrito en el tipo efectivamente ha «afectado» al bien jurídico protegido<sup>957</sup>.

En los delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos –CORCOY BIDASOLO, considera que comprenden todos los delitos de peligro abstracto-, el objeto de delito no es el sustrato material del bien jurídico; pero respecto de los bienes jurídicos individuales no significa un cambio en el concepto de lesividad que se fundamenta en la lesión del bien jurídico, independientemente de que en la mayoría de supuestos también se lesione el objeto del delito (que en algunos casos constituiría el resultado material de lesión-bienes jurídicos individuales); con la diferencia, de que en estos casos la lesión del objeto del delito no significa un resultado material, en sentido estricto<sup>958</sup>.

Es por ello, señala SOTO NAVARRO, una de las críticas más contundentes que se realizan contra la modalidad de delitos de peligro abstracto, se refiere a la

---

generado por la conducta y requiere probar la idoneidad *ex post* de la conducta para lesionar el bien jurídico-penal protegido. Entiendo que la verificación se hará después de haberse realizado el hecho delictivo, comprobando que la acción desplegada por el sujeto activo, fue la que puso en peligro al bien jurídico. *Ibíd.* pp. 40, 53 y ss., 135 y ss.

<sup>955</sup> MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* p. 5.

<sup>956</sup> *Ibíd.*

<sup>957</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro... Op. cit.* p. 218.

<sup>958</sup> La autora cita el ejemplo de los delitos de falsedades documentales, donde la afectación o lesión del documento –objeto del delito- es un elemento esencial del tipo, pero no constituye el contenido de lesividad propio de estos delitos, que se debe de buscar en la lesión de la seguridad en el tráfico jurídico. *Ibíd.* p. 223.

“incriminación de meras infracciones administrativas que por sí solas, no implican necesariamente un peligro para el bien jurídico protegido”<sup>959</sup>.

Y las críticas estarán más presentes en aquellos autores y legisladores, que tratan de justificar la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto como la más eficaz, o incluso, como la única viable, para proteger bienes jurídicos colectivos. Toda vez que señalan que es la única técnica que permite evitar ciertas dificultades, que en ocasiones se presentan en esta clase de bienes, como la determinación de la lesión o la prueba del nexo causal entre la acción individual y el resultado lesivo.

Ante esa justificación que realizan ciertos autores, se señala que es erróneo el recurso a estructuras típicas de peligro abstracto, sobre la justificación de que no es determinable la lesión de los bienes jurídicos colectivos, por tratarse de objetos ideales<sup>960</sup>. Pues de entrada se parte de que el peligro es un estadio previo a la lesión y el adelantamiento de la tutela, a través de estructuras típicas de peligro sólo tendrá sentido para evitar la posible lesión del bien jurídico, por lo que si ésta no fuera determinable, en consecuencia, difícilmente lo será la efectiva puesta en peligro del bien jurídico (peligro concreto), o la peligrosidad general de una acción (peligro abstracto)<sup>961</sup>.

Por otro lado, a efecto de resumen puede señalarse que, en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, al igual que en todos los delitos, el desvalor de injusto y la lesividad, no pueden medirse con criterios naturalísticos de gravedad, es decir, en relación con el «daño», sino deberá de contarse “con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento –desvalor de injusto– y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico –lesividad– y estos valores dependerán del bien jurídico puesto en peligro y afectado y de la modalidad del comportamiento, según suponga un mayor o menor grado de respeto por los intereses penalmente protegidos”<sup>962</sup>.

Finalmente, como hemos establecido en párrafos anteriores, para el Derecho penal, la lesividad no es igual a daño material, sino la afectación de un bien jurídico, afectación que será mayor o menor atendiendo a diversos factores, entre los que se encuentra la cuantía de la destrucción material del objeto, sin que sea el único parámetro para determinar la lesividad de una conducta antijurídica. Por ello, no resulta comprensible que en los bienes jurídicos colectivos, se trate de utilizar un baremo distinto al que se utiliza en relación con los bienes jurídicos individuales para determinar su relevancia penal, lo cual complica más la determinación de afectación en los bienes jurídicos colectivos, tal como se ha mencionado<sup>963</sup>.

En los delitos contra los bienes jurídicos colectivos, la puesta en peligro coincide de ordinario con la lesión del correspondiente bien jurídico colectivo, lo que significa que, en orden a su protección penal, no debe ser suficiente una acción peligrosa

---

<sup>959</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 177. La autora toma la crítica de otros autores y pone dos ejemplos, primero el caso del artículo 319 del CP, en el que se tipifica el delito urbanístico sobre la base de un injusto formal, exigiéndose tan sólo la falta de autorización o el carácter no autorizable de la construcción o edificación. De igual manera enuncia el artículo 335 del CP, dentro de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, que incrimina la caza o pesca de especies no protegidas, siempre que se carezca de la correspondiente autorización.

<sup>960</sup> Vid. *Supra* Tema 3.1. del capítulo III. De tal justificación hablamos en el tema anterior.

<sup>961</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 178.

<sup>962</sup> CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro...* Op. cit. pp. 223, 224.

<sup>963</sup> *Ibid.* pp. 224, 225.

cualquiera, es decir, que sólo deben tipificarse las acciones que, al menos, presenten una alta potencialidad o aptitud o idoneidad lesiva, para el bien jurídico colectivo, desde una perspectiva *ex ante*<sup>964</sup>.

Por otro lado, se estima que entre mayor sea la concreción de los bienes jurídicos colectivos, mejor será la determinación del grado de afectación que puedan inferirse, ya sea de lesión o de peligro.

Así, por ejemplo, la concreción de diversos bienes jurídicos autónomos, en base a los subsistemas que conforman el ecosistema, permitiría abandonar la técnica del peligro abstracto y de dotar de mayor contenido a los tipos penales. En ese sentido, si el elemento clave en la concreción de estos bienes jurídicos, es el uso o usos ecológicos a que se destine cada recurso natural, la lesión del bien jurídico consistirá en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, es decir, que el mismo ya no podrá ser destinado al uso pretendido<sup>965</sup>.

Tomando como ejemplo los delitos contra el medio ambiente, se puede decir que en ellos el efecto lesivo puede graduarse, resaltando dos formas de ataque, en atención al subsistema ecológico sobre el que inciden: por un lado, están las conductas de contaminación, que alteran las propiedades o cualidades de los elementos abióticos (como el agua, aire y suelo); por otro lado, encontramos las conductas que menoscaban el sistema biótico, ya sea mediante la directa incidencia sobre las especies animales (caza o pesca) o vegetales (tala, quema, recolección, etc.), ya sea destruyendo o alterando su hábitat<sup>966</sup>.

En las conductas de contaminación, a las que nos referimos, el efecto lesivo es susceptible de comprobación empírica, siendo por ejemplo un indicio importante, la violación de los límites de tolerabilidad, aunque sea un indicio no determinante<sup>967</sup>.

Mientras que, en las conductas contra el sistema biótico, una vez comprobada la producción de un resultado naturalístico, se deberá además constatar el grado de perturbación de la diversidad biológica, en base a la valoración de la especie en concreto que se haya visto afectada. En este caso, el bien jurídico será lesionado cuando se ocasiona una reducción en la variedad de especies, es decir, cuando una de ellas desapareciera; por otro lado, la mera disminución del número de ejemplares de una especie o el daño que se le realizará a su hábitat, trae como consecuencia, si se trata de una especie en peligro de extinción, un peligro concreto, sin embargo, se convertirá el abstracto si se tratará de la biodiversidad<sup>968</sup>.

Como se ha estado hablando en este tema sobre técnicas donde el legislador acude a una técnica mixta, donde se acoge en la configuración de un delito, a la acción peligrosa para el bien jurídico colectivo, el peligro adicional para bienes jurídicos individuales, ya se trate de la exigencia de un peligro concreto, de un peligro hipotético o abstracto, o bien de una lesión para el bien jurídico individual y un peligro para el bien jurídico colectivo. Se trata en tales casos de delitos pluriofensivos o plurilesivos, de lesión o peligro para el

---

<sup>964</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO. *Bien jurídico...* Op. cit. p. 323.

<sup>965</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 325.

<sup>966</sup> *Ibid.*

<sup>967</sup> *Ibid.* p. 326.

<sup>968</sup> *Ibid.*

bien jurídico colectivo y de lesión o peligro para el bien jurídico individual, este tipo de supuestos han sido recogidos bajo el nombre de bienes jurídicos intermedio, los cuales en seguida trataremos brevemente.

#### 4. BIENES JURÍDICOS INTERMEDIOS.

La tutela de nuevos intereses ha acarreado que el legislador realice una protección simultánea de bienes jurídicos de orientación individual y colectiva. Sin tomar en cuenta la tradicional separación entre los bienes jurídicos personales y los colectivos, se afirma que cada vez es más frecuente la aparición conjunta de ambas clases de intereses en diferentes tipos penales. Así, se tipifican conductas que al mismo tiempo protegen intereses relativos a la persona, por una parte y al conjunto social, por otra. Esta nueva protección de intereses particulares y sociales al mismo tiempo, es tutelada a través de los llamados bienes jurídicos intermedios<sup>969</sup>.

Por otro lado, al señalarse que los bienes jurídicos colectivos son inmateriales, algunos autores estiman que se debe recurrir a otro bien jurídico que los represente en un plano menos abstracto (sirviendo como un bien jurídico intermedio). Ese bien jurídico intermedio o inmediato, resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena<sup>970</sup>.

Sobre los bienes jurídicos intermedios TIEDEMANN refiere “como aquellos bienes que no pueden ser incluidos en la categoría de los intereses jurídicos pertenecientes al Estado, pero que tampoco pueden ser identificados con los intereses de un sujeto económico individual que interviene en el tráfico económico. Serían bienes como tales el correcto procesamiento de datos electrónicos o el adecuado funcionamiento de las finanzas estatales.”<sup>971</sup>

Por su parte MATA Y MARTÍN señala que “bienes jurídicos intermedios o de referente individual pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en una misma línea de ataque”<sup>972</sup>.

Es por ello por lo que señala que las figuras que contienen bienes jurídicos intermedios, representan una protección simultánea para intereses sociales y de los particulares, entre los que existe una relación de complementariedad en la protección que el ordenamiento jurídico les otorga. Así, la caracterización como bien jurídico intermedio, dependerá de la regulación que tenga en el ordenamiento jurídico, claro, siempre que reúna las características que se han dado<sup>973</sup>.

---

<sup>969</sup> Vid. MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* p. 8.

<sup>970</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Op. cit.* p. 182.

<sup>971</sup> TIEDEMANN, K. *Lecciones de Derecho penal económico (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993. Citado por SANTANA VEGA. *La protección penal... Op. cit.* p. 99.

<sup>972</sup> MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* p. 71.

<sup>973</sup> *Ibid.*

Sin embargo, los bienes jurídicos intermedios, no han sido aceptados por toda la doctrina penal, ya que han sido múltiples sus críticas, a pesar de ellas, se afirma que “la razón de la incriminación radicaría en la peligrosidad que reviste para el bien jurídico mediamente protegido la lesión reiterada y generalizada del bien jurídico intermedio, sin que ello tenga relevancia en el tipo, de modo que no es preciso constatar en el caso concreto la puesta en peligro del bien jurídico representado<sup>974</sup>.”

Como lo señalábamos, estos bienes jurídicos no han sido del todo aceptados, así la Escuela de Frankfurt, considera que tales bienes jurídicos penales intermedios no justifican el recurso al Derecho penal, teniendo más adecuada protección en el ámbito de los ilícitos extrapenales<sup>975</sup>.

SOTO NAVARRO, estima que esta construcción presenta varios puntos débiles, enunciando tres:

- 1) “Si las exigencias del tipo no van referidas al bien jurídico colectivo que mediamente se protege, éste no sería propiamente un bien jurídico en sentido técnico, sino, en todo caso, *ratio legis*, pues la antijuridicidad material de todo delito se construye en base al bien jurídico protegido, que siempre ha de resultar lesionado o puesto en peligro”. En este sentido, “el auténtico bien jurídico habría de ser el que cumple una función representativa, en cuanto que a él van referidas las exigencias del tipo objetivo y subjetivo”. “El bien jurídico intermedio o representativo no sería más que el sustrato o las concretas formas de manifestación del bien jurídico mediato”.
- 2) En segundo lugar, porque “el injusto de estos delitos no puede basarse en la mera infracción de deberes”.
- 3) En un tercer lugar, porque “difícilmente puede justificarse la incriminación de conductas que en sí mismas sean «*inocuas*» para el bien jurídico protegido”. Esto se afirma por la falta de concreción del bien jurídico<sup>976</sup>.

Por otra parte, se ha citado a SCHÜNEMANN quien objeta la teoría de los bienes jurídicos intermedios, al señalar que “no pueden ser lesionados y tampoco pueden con una única conducta ser puestos ni siquiera en peligro abstracto, conduciendo tal construcción a la creación de delitos –económicos– que serían expresiones vacías de contenido y carentes de existencia real<sup>977</sup>”. En lugar de recurrir a estos bienes jurídicos, este autor propugna por un reforzamiento en la tutela de los bienes jurídicos individuales.

Con respecto a lo anteriormente señalado, debe decirse que dicha imposibilidad para lesionar o poner en peligro a los bienes jurídicos intermedios, con una sola conducta; no solo se observa en esta clase de bienes jurídicos, respecto de los cuales es la crítica, sino que muchas veces los encontramos en otra clase de bienes jurídicos, como los colectivos, donde en algunas ocasiones la falta de claridad y la abstracción en la

---

<sup>974</sup> Vid. SANTANA VEGA. *La protección penal... Loc. cit.*

<sup>975</sup> *Ibid.*

<sup>976</sup> Vid. SOTO NAVARRO. *La protección penal... Op. cit.* pp. 182-183.

<sup>977</sup> SCHÜNEMANN, B. ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?, en CCGPJ. Jornadas sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania, número especial, 1991. Citado por SANTANA VEGA. *La protección penal... Loc. Cit.*

tipificación de ciertos delitos, como los ambientales, imposibilitan que con una sola conducta pueda lesionarse o ponerse en peligro dichos bienes jurídicos protegidos.

En síntesis se señala con respecto a estos bienes jurídicos intermedios, que “el fundamento de la incriminación no puede residir, como pretende la teoría del bien jurídico intermedio, en la peligrosidad abstracta que reviste la reiteración generalizada de ciertas conductas, aisladamente inocuas, puesto que si ello fuera así se estaría responsabilizando al autor por las acciones de terceros (*ex injuria tertii*), que contribuyan a generalizar un peligro para el bien jurídico colectivo, y no por su acción individual, vulnerándose el principio de la culpabilidad por el hecho”<sup>978</sup>.

#### 4.1 Los delitos de lesión-peligro.

Dentro de los delitos de peligro en relación a los bienes intermedios o de referente individual, encontramos que en un solo supuesto penal, podemos encontrar delitos de lesión y peligro para el bien jurídico, como ahora lo abordaremos.

Los casos de los que se refiere consisten en la puesta en peligro de dos bienes jurídicos (delitos pluriofensivos de peligro), aun cuando ambas puestas en peligro no se encuentren en un mismo plano<sup>979</sup>.

En relación a lo anterior, observan la correspondencia entre el contenido complementario de la protección otorgada a ambos bienes jurídicos, con la existencia de varios objetos de tutela puestos en situación de riesgo. En ese sentido se afirma que en relación a la técnica de los delitos de peligro supone la presencia simultánea de dos bienes amenazados, en el plano material se presenta, como complementariedad en la protección otorgada a ambos bienes. Se resalta que la acción peligrosa se proyecta sobre ambos bienes tutelados pero de manera diferenciada y de igual manera se reconoce que la acción peligrosa atraviesa varios momentos previos de peligrosidad progresiva con anterioridad a la concreta incidencia en el objeto de tutela<sup>980</sup>.

Con las anteriores argumentaciones, se puede ya precisar que en principio hablábamos de delitos pluriofensivos de peligro, sin embargo, con lo que hemos hablado respecto a cómo el comportamiento se proyecta sobre ambos bienes jurídicos<sup>981</sup>, se puede afirmar que debido a la posición ocupada por ambos bienes, se trata de un delito de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados.

---

<sup>978</sup> SOTO NAVARRO. *La protección penal...* Op. cit. p. 184.

<sup>979</sup> Vid. MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...* Op. cit. pp. 55, 56. Se pone como ejemplo los fraudes alimentarios en el ámbito de los delitos contra la salud pública, en los cuales afirman, que no pueden dejar de considerar el bien jurídico salud pública, como la concreta salud de las personas directamente afectadas, aunque como se indicó, desde dos perspectivas o planos diferentes.

<sup>980</sup> *Ibíd.* p. 56. Con respecto a cómo el comportamiento se proyecta sobre ambos bienes jurídicos, se ha señalado “que la presencia de un bien jurídico suprapersonal posee un sentido anticipatorio para la protección de bien individual, de manera que debemos entender que la acción alcanza con anterioridad al bien intermedio y sólo después al bien final o, en todo caso que, también como consecuencia de la relación entre uno y otro, el comportamiento siempre guardará una mayor proximidad con el objeto jurídico colectivo y una mayor lejanía respecto al bien individual. Quiere ello decir que nunca podrá hablarse de una misma intensidad en el ataque para ambos bienes, sino que al estar ambos en una relación de precedente y posterior, necesariamente la misma debe ser diversa.”

<sup>981</sup> Vid. *Supra* el comentario de la cita anterior.

En este caso, el comportamiento se situará en un estadio posterior al peligro para el bien colectivo, en el que éste se considera ya lesionado. Por otro lado, la conducta deberá encontrarse lo suficientemente avanzada en su dirección hacia el bien jurídico final, es decir, hacia los bienes individuales, como para introducir peligro para el mismo<sup>982</sup>.

En el mismo sentido, se habla de que el comienzo de la intervención penal se retrotrae, al momento en que el bien colectivo ha resultado menoscabado, pues la conducta necesita estar lo suficientemente avanzada como para representar un peligro para los bienes personales. Por ello, la conducta punible sólo hará referencia a los momentos de peligro, para dichos bienes<sup>983</sup>.

Este tipo de tutela tendrá ciertas ventajas, ya que la incriminación de bienes considerados intermedios hace que este bien colectivo se encuentre necesariamente vinculado y cercano a determinados bienes individuales. Lo cual representa ciertos límites, ya que al exigirse que la conducta presente un peligro concreto para el bien jurídico individual, la conducta ya ha lesionado el bien colectivo (límite mínimo) y, sin embargo, no ha podido llegar a menoscabar de manera efectiva los bienes personales, como se dijo, solamente los ha puesto en riesgo (límite máximo).

Bajo el mismo argumento, se habla de que con este tipo de tutela, se consigue prevenir una excesiva criminalización, toda vez que la exigencia de que el comportamiento punible que se dirige contra intereses colectivos suponga, además un determinado riesgo para las personas, hace que se reduzca la zona abarcada por la conminación penal, pues se vendría a requerir la presencia de bienes colectivos vinculados y necesariamente ligados a bienes individuales y que el comportamiento comprometa, aunque en distinto grado, simultáneamente la seguridad de los mismos<sup>984</sup>.

Así mismo, se señala que, con los bienes jurídicos intermedios, al exigirse la coordinación entre las dos clases de bienes implicados, con la puesta en peligro de los bienes personales se logra una mayor certidumbre. Y que solo cuando estemos presentes en una puesta en peligro de la vida o integridad corporal, podrá tomarse en consideración el menoscabo del bien colectivo o, inversamente, únicamente si el ataque al interés colectivo, conduce a una situación de inseguridad para los bienes de las personas, estará presente el hecho punible<sup>985</sup>.

Otra de las ventajas que aporta esta teoría, según MATA Y MARTÍN, es que con ella ya no es necesario recurrir a los delitos de peligro abstracto, olvidándonos de los

---

<sup>982</sup> Vid. MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios...* Op. cit. pp. 58, 59. Como ejemplo de este tipo de delitos, se habla de los fraudes alimentarios, donde la salud pública ya ha resultado lesionada cuando en la conducta concurren determinadas cualidades que la hacen ya potencialmente peligrosa para la salud de las personas. Así, la progresión de la conducta punible a lo largo de la cadena alimentaria (productor-distribuidor-comerciante-consumidor) supone que cuanto más avanzada en la misma se encuentre el comportamiento, mayor será el peligro para la salud del consumidor. En el mismo sentido, la salud pública (como conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos), se entenderá previamente lesionada si el alimento nocivo circula ya por la cadena alimentaria.

<sup>983</sup> *Ibid.* p. 61.

<sup>984</sup> *Ibid.* pp. 76, 77.

<sup>985</sup> *Ibid.* p. 80.

problemas que representan<sup>986</sup>. Porque por mucho que argumenten los partidarios de los delitos de peligro abstracto, la mayor eficacia que se obtiene con esta técnica legislativa, en la lucha contra este tipo de comportamientos, lo que se ocasiona es una situación de tensión dialéctica entre el logro de una mayor eficacia y el mantenimiento de la dimensión garantista del Derecho penal<sup>987</sup>.

Frente a la reticencia de acudir a los delitos de peligro abstracto y las críticas que se les han formulado, bajo esta doctrina se propone distintos modelos restrictivos para su aplicación.

Bajo esa tesis, se afirma que en realidad los supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal, por este último dato, perderían la condición de infracción de peligro abstracto y se transformarían en delitos de peligro concreto para las personas. Es decir, que cuando se exige la puesta en peligro de los bienes particulares, la prohibición se convierte en un delito de peligro concreto, pues precisamente, la característica fundamental de los delitos de peligro concreto, es la presencia del peligro como un elemento típico. Por lo que respecta a la lesión de bien jurídico colectivo, la conducta deberá estar más próxima a los bienes de los particulares (otra característica distinta a los delitos de peligro abstracto)<sup>988</sup>.

Según esta propuesta dogmática, señala MATA Y MARTÍN que los bienes jurídicos intermedios posibilitarían la desaparición de los delitos de peligro abstracto, toda vez que, al vincularse estrechamente el bien jurídico colectivo con el bien jurídico individual, se exigiría la efectiva y real puesta en peligro del bien jurídico personal, incluyéndolo como elemento típico, convirtiéndose así en un delito de peligro concreto. Existiría por tanto un peligro concreto para el bien jurídico personal y una lesión para el bien jurídico colectivo<sup>989</sup>.

Bajo esta propuesta de los bienes jurídicos intermedios, como se ha señalado, se afirma que se dejan atrás deficiencias, como la excesiva ampliación del Derecho penal y la falta de precisión del comportamiento objeto de incriminación, situaciones que se presentaban con los delitos de peligro abstracto y con la consideración del bien jurídico colectivo, como bien jurídico penal independiente.

---

<sup>986</sup> Vid. *Supra* Temas 3.3 y 3.4 del Capítulo II de este trabajo, sobre los problemas que representan los delitos de peligro abstracto.

<sup>987</sup> Vid. MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* pp. 61, 77, 78. De acuerdo a esta teoría, se rechazan a los delitos de peligro abstracto, pues además de lo señalado, consideran que el ordenamiento jurídico dispone de otros medios para la persecución de los mismos, principalmente el Derecho administrativo, pues el exceso de tamaño del Derecho penal, traería como consecuencia que se convierta en un instrumento ineficaz y falto de autoridad.

<sup>988</sup> *Ibid.* p. 81.

<sup>989</sup> Cita el autor que este proceso pudo observarse en las modificaciones llevadas a cabo en el supuesto de expedición de medicamentos deteriorados, ya que en el CP de 1973, el artículo 343, no se requería peligro alguno para las personas, por lo que bastaba el mero hecho de facilitar los medicamentos deteriorados o su sustitución por otros diversos para que la conducta punible estuviera presente, por lo que podía observarse no se exigía la presencia de peligro efectivo para bien jurídico alguno, por lo que se consideraba, estaban ante un delito de peligro abstracto. Así con el nuevo texto legal, ya en su artículo 361, se introdujo la necesidad de que el autor pusiera “en peligro la vida o la salud de las personas”, con lo que se incluyen nuevos intereses en la tutela penal, al exigirse expresamente la existencia de un peligro para la vida o salud de las personas, lo cual permitió convertir el anterior supuesto legal, de un delito peligro abstracto a un delito de peligro concreto. *Ibid.* pp. 81, 82.

## 4.2 Delitos de peligro-lesión.

En el tema anterior se puso de relieve los supuestos en los que, bajo la tutela de los bienes jurídicos intermedios, se puede llegar a encontrar casos en donde puede existir una lesión para el bien jurídico colectivo y un peligro para el bien jurídico individual. Ahora bien, por otro lado, también existe la hipótesis de supuestos donde la relación es inversa, es decir, de delitos de peligro para el bien jurídico colectivo y delitos de lesión para el bien jurídico individual.

Cuando se está presente ante supuestos donde se exija la lesión del bien personal y sólo el peligro para el bien colectivo, no se puede hablar de reducción de la zona punible ni de una mayor precisión en la delimitación del comportamiento punible (como se hablaba en los supuestos de lesión para el bien jurídico colectivo y de peligro para el bien jurídico individual). Por el contrario, se afirma que se ocasiona un ensanchamiento de la conducta que resulta comprendida en la prohibición penal<sup>990</sup>.

De igual manera, se señala que la intervención del Derecho penal se adelanta, pues ya no se exige una lesión para el bien jurídico colectivo, sino únicamente que el comportamiento represente una amenaza para el mismo, lo que sucederá en momentos precedentes a la lesión de este bien. Con lo que consideran que el principio de intervención mínima se ve perjudicado, ya que la relevancia penal del comportamiento comenzaría en etapas muy lejanas a la real perturbación del bien jurídico colectivo<sup>991</sup>.

Situación distinta a lo que ocurría en los supuestos de lesión para el bien jurídico colectivo y peligro para el bien jurídico individual, donde la intervención penal se retrotrae, al momento en que el bien colectivo ha resultado lesionado, toda vez que la conducta necesitaba estar lo suficientemente avanzada como para representar un peligro para los bienes personales<sup>992</sup>.

### 4.2.1 Delitos de peligro-lesión como delitos de peligro abstracto.

Tratándose de los delitos de peligro para el bien jurídico colectivo, se habla que incluso existen supuestos en los cuales, el peligro se encuentra demasiado lejano al efectivo perjuicio para el bien jurídico colectivo, por lo que tales conductas son calificadas como de peligro abstracto<sup>993</sup>. Se ve corroborado con los tipos penales de peligro abstracto, donde en el tipo no aparece el peligro como elemento de este, por lo que “ni resulta necesario que tal peligro resulte abarcado por el dolo del autor ni que se produzca su lesión o puesta en riesgo para que llegue a la consumación del hecho punible”.<sup>994</sup>

Es por ello por lo que se afirma, que cuando estamos ante supuestos de delitos de peligro para el bien jurídico colectivo y delitos de lesión para el bien jurídico individual, nos encontramos ante delitos de peligro abstracto.

---

<sup>990</sup> *Ibíd.* p. 85.

<sup>991</sup> *Ibíd.*

<sup>992</sup> *Vid. Supra* tema 4.1 del Capítulo III de este trabajo.

<sup>993</sup> *Vid. Supra* Capítulo II de este trabajo, donde se abordó el delito de peligro abstracto.

<sup>994</sup> MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* p. 65.

Esta calificación de delitos de peligro abstracto, obedece a que por una parte, el peligro para el bien jurídico colectivo, no viene a conformar un elemento típico, es decir, no aparece explícito en el tipo penal, por lo que se convierte exclusivamente en el motivo del legislador, el prohibir determinadas conductas, sin que sea necesario verificar el peligro para el bien jurídico colectivo<sup>995</sup>.

Por otra parte, se señala que con los delitos de peligro abstracto, se ocasiona un adelantamiento de la intervención del Derecho penal, toda vez que solo se exige el peligro para el bien jurídico colectivo y no su lesión, la significación penal de la acción prohibida se encontraría en estadios muy lejanos de la efectiva lesión del bien colectivo<sup>996</sup>.

Ante esta conversión de los delitos de peligro-lesión en delitos de peligro abstracto, se pone en riesgo la correcta articulación de los bienes en juego, así mismo, que señala no hay una relación de complementariedad entre ambos bienes y por ello no se consigue una armoniosa protección de los mismos<sup>997</sup>.

Estas consecuencias son derivadas del gran distanciamiento entre los momentos en que resultan afectados ambos bienes. Por un lado, el bien jurídico colectivo, solo resulta amenazado en un estadio muy lejano a la lesión. Por otro lado, el bien jurídico personal debe verse lesionado, por lo que ambos momentos se encuentran en extremos opuestos, dejando en un espacio intermedio la lesión del bien colectivo y el peligro para el bien personal<sup>998</sup>.

## OPINIÓN.

Para hablar de la viabilidad de la lesión de un bien jurídico colectivo y en consecuencia de su puesta en peligro, primero debo manifestar mi opinión con respecto a la autonomía de estos bienes, lo cual me parece importante y trascendente, para poder definir los temas en comento.

De igual manera, considero que el tema de la autonomía del bien jurídico colectivo, también está íntimamente relacionado con los bienes jurídicos intermedios, como lo explicare más adelante, por eso la relevancia de fijar mi postura desde el inicio.

En relación con lo anterior, considero que un bien jurídico colectivo siempre debe tener una referencia hacia los bienes jurídicos individuales, es decir, debe existir una relación de complementariedad, no así de subordinación. Ya que los bienes colectivos se considerarán en tanto que posibiliten la vida y desarrollo del individuo en sociedad, para que sean relevantes para el Derecho penal.

---

<sup>995</sup> *Ibíd.* p. 88.

<sup>996</sup> *Ibíd.*

<sup>997</sup> *Vid. Supra* tema 4.1. Donde se abordó como en los delitos de lesión-peligro, la articulación entre bienes colectivos y personales resultaba más armoniosa, estableciéndose una relación de complementariedad entre ambos, con lo cual se respetaban las garantías inherentes al Derecho penal, con la configuración como delitos de peligro concreto y a su vez el empleo de la técnica de los delitos de peligro, se afirma que se realizaba en relación a bienes jurídicos de mayor significado.

<sup>998</sup> *Vid. MATA Y MARTÍN. Bienes jurídicos intermedios... Op. cit.* p. 89.

Así, el señalar que la protección de los bienes colectivos tiende a dirigirse a los bienes individuales, y que los primeros no pueden «construirse» sin referirse o contemplar a los segundos, no quiere decir que los bienes colectivos dependan de los bienes individuales; por lo que se puede afirmar al mismo tiempo, la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y que los mismos siempre deben ir referidos a los bienes jurídicos individuales.

Como lo afirmo, el tema de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos tiene mucha trascendencia, ya que, si aceptamos la autonomía de estos bienes jurídicos, se puede admitir también la posibilidad de lesión de estos.

También quedo de manifiesto que la vaguedad en la definición de ciertos bienes jurídicos colectivos, ha permitido que se hable de una imposibilidad de lesión, ante lo cual se tiende a recurrir a los delitos de peligro.

Si bien al aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, aceptamos de igual manera la posibilidad de su lesión, la vaguedad en su definición, puede dificultar la determinación de la lesión en esta clase de bienes, sin embargo, considero que no es un elemento suficiente para determinar la imposibilidad de la misma; pero donde encontraremos mayores problemas, es precisamente -y como lo retomare más adelante-, en la protección de bienes jurídicos colectivos ambiguos, mediante delitos de peligro, en particular, los de peligro abstracto.

Y es que, solo aceptando la posibilidad de lesión de los bienes jurídicos colectivos, podemos concebir la posibilidad de la puesta en peligro de estos, al ser el peligro un estadio previo de la lesión, si ésta no es determinable, tampoco lo será la puesta en peligro, por tanto, solo podrá crearse un peligro si la lesión es posible.

Por lo que hace a los bienes jurídicos intermedios, considero que se pierde de vista lo que hemos señalado, el referente que siempre deben tener los bienes jurídicos colectivos hacia los bienes jurídicos individuales.

Al aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y no excluir el referente que deben tener hacia los bienes jurídicos individuales, nos ayuda para tomar una postura ante la hipótesis señalada en la teoría de los bienes jurídicos intermedios, relativa a que los delitos serían de lesión si los comportamientos se dirigen a bienes colectivos determinados y serán de peligro si la protección de bienes colectivos se hace con respecto a bienes individuales; considero que dicha hipótesis carece de sentido, ya que aceptamos desde el principio que los bienes jurídicos colectivos pueden ser lesionados y por ende, pueden ser puestos en peligro y que el referente individual siempre estará presente, pero no se lesiona o pone en peligro este último.

El que se lesionará o pondrá en peligro será el bien jurídico colectivo, es una consecuencia de aceptar la autonomía del mismo.

Por otro lado, la principal crítica -con la que coincido-, es que existan bienes jurídicos colectivos demasiado ambiguos, abstractos o sin un referente individual; lo que se agravara si tomamos en cuenta que precisamente esta clase de bienes, son protegidos a través de la técnica legislativa de los delitos de peligro. Así que imaginemos los problemas que traería aparejado, la tipificación de un delito de peligro abstracto, que

proteja un bien jurídico colectivo ambiguo o donde no sea posible determinar el referente individual.

En relación al ejemplo anterior, la abstracción que se realizaría sería doble, primero con respecto al bien jurídico colectivo y, en segundo lugar, con el delito de peligro abstracto. Es por esta clase de supuestos, por lo que en muchas ocasiones se señala que los delitos de peligro abstracto, comprenden la incriminación de meras infracciones administrativas por sí solas, y que no implican necesariamente un peligro para el bien jurídico protegido.

De igual manera, debo señalar que han sido muchas las críticas hacia los delitos de peligro abstracto, pero la mayoría de la doctrina acepta que los mismos, sólo están legitimados si en ellos se busca proteger un bien jurídico colectivo, y siempre y cuando se compruebe que dicho bien, además de haber sido puesto en peligro *ex ante*, ha resultado efectivamente lesionado, desde una perspectiva *ex post*<sup>999</sup>.

Es por ello por lo que, en los delitos de peligro abstracto, contra los bienes jurídicos colectivos, no debe ser suficiente la tipificación de una acción peligrosa cualquiera, es decir, que sólo deben tipificarse las acciones que, al menos, presenten una alta potencialidad o aptitud o idoneidad lesiva, para el bien jurídico colectivo, desde una perspectiva *ex ante*.

---

<sup>999</sup> Es decir, que además de comprobarse que efectivamente que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido (*ex ante*), también se cuente con una idoneidad no solo *ex ante* sino también *ex post*, que implique que la misma conducta desplegada, tomando una perspectiva *ex post*, pudiera haber lesionado al bien jurídico.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN MEXICANA, CON REFERENCIAS A LA ESPAÑOLA.

#### INTRODUCCIÓN.

##### 4.1.a. Competencia federal y estatal en los Códigos Penales en México

Para analizar cuando estamos ante la competencia federal y cuando ante la competencia de los Estados, primero debemos abordar brevemente algunos aspectos sobre la Validez de la ley penal, y lo haremos desde dos ámbitos el material y el espacial.

A) Ámbito material.

Para iniciar con el estudio de los Códigos penales en México, debemos primero hablar sobre el ámbito material de validez de la ley penal, en México se distinguen tres órdenes de aplicación de la norma:

- a) Común, local u ordinario.
- b) Federal o excepcional.
- c) Militar o castrense<sup>1000</sup>.

a) Orden común.

A este orden de aplicación de la norma también se le conoce como local u ordinario. Debido a como se encuentra diseñado el sistema federal mexicano, cada entidad federativa legisla en materia penal, así contamos con delitos con diversas características, según el estado donde ocurran, por esa distribución en entidades federativas, en México se cuenta con 32 Estados y sus correlativos 32 Códigos penales.

En atención al orden común, se entiende que todos los delitos son comunes menos los que expresamente y por excepción, la ley determinara como federales, es decir, es común no lo reservado especialmente para la federación.

---

<sup>1000</sup> Vid. AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. *Derecho penal*. Tercera edición. Ed. Oxford. México, 2012. pp. 29, 30.

b) Federal.

En el ámbito federal estarán comprendidos todos los delitos que afecten directamente a la Federación. Y se encuentran comprendidos en el Código Penal Federal, que rige para todo el territorio mexicano.

El artículo 1 del Código penal Federal establece: “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal”.

c) Militar.

Aquí se regirán las relaciones de la armada de México, pues existe una legislación especial, que es el Código de Justicia Militar, en el cual se señalan los delitos y las sanciones correspondiente a los miembros del ejército<sup>1001</sup>.

B) Ámbito espacial.

Respecto a la validez espacial de la ley penal, el principio de territorialidad nos indica que el derecho penal mexicano, se aplica a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, con independencia de la nacionalidad del sujeto pasivo o del sujeto activo. Sin embargo, también deben incluirse los casos en que el delito se haya iniciado en territorio mexicano, pero produzca resultados en el extranjero<sup>1002</sup> (este principio está contenido en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6 del CPF)<sup>1003</sup>.

---

<sup>1001</sup> *Ibíd.* p. 30.

<sup>1002</sup> *Vid.* ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Derecho penal. Parte General.* Ed. UBIJUS. INACIPE. México, 2017. pp. 101, 102.

<sup>1003</sup> Artículo 1o.- Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

Artículo 2o.- Se aplicará, asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República; o bien, por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre que un tratado vinculativo para México prevea la obligación de extraditar o juzgar, se actualicen los requisitos previstos en el artículo 4o. de este Código y no se extradite al probable responsable al Estado que lo haya requerido, y

II.- Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron.

Artículo 3o.- Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes.

La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados.

Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes:

I.- Que el acusado se encuentre en la República;

II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y

III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Artículo 5o.- Se considerarán como ejecutados en territorio de la República:

I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;

II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;

III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad;

IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y

V.- Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

La legislación federal será la primera manifestación de este principio de territorialidad, en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien es el principio de territorialidad el pilar para delimitar el ámbito espacial de la ley penal, deberá de interpretarse en conjunto con el resto de los principios, como el de personalidad y el de derecho universal<sup>1004</sup>.

En base a este principio, el territorio mexicano sobre el que el Estado ejerce su soberanía comprende (artículo 42 CPEUM):

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

Conforme a la fracción I del artículo 42, las partes integrantes de la Federación son los Estados de (artículo 43 CPEUM):

1. Aguascalientes	11. Durango	21. Puebla	31. Yucatán
2. Baja California	12. Guanajuato	22. Querétaro.	32. Zacatecas
3. Baja California Sur	13. Guerrero	23. Quintana Roo	
4. Campeche	14. Hidalgo	24. San Luis Potosí	
5. Chiapas	15. Jalisco	25. Sinaloa	
6. Chihuahua	16. Michoacán	26. Sonora	
7. Ciudad de México	17. Morelos	27. Tabasco	
8. Coahuila	18. Nayarit	28. Tamaulipas.	
9. Colima	19. Nuevo León	29. Tlaxcala	

Artículo 60.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

En caso de delitos cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes siempre se procurará el interés superior de la infancia que debe prevalecer en toda aplicación de ley.

<sup>1004</sup> *Ibid.* pp. 102-106. Sobre el principio de personalidad (recogido en el artículo 4 del CPF *Vid.* Cita anterior) se sostiene que “el derecho penal mexicano le es aplicable a todo mexicano, encontrándose fuera del país, haya cometido un delito tipificado y sancionado en México, con independencia de la nacionalidad de la víctima”. Y el de derecho universal, “se encuentra fundamentado en la solidaridad recíproca entre los Estados-Nación, les será aplicable la ley penal a toda persona sin importar el sitio ni el bien jurídico afectado; por eso se habla de una competencia universal de la ley penal o del sistema de universalidad del derecho de castigar. Lo anterior significa que una persona podrá ser imputada, procesada y sentenciada, con independencia del territorio en el que se encuentre, sin importar el lugar en el que se produjo el resultado, y sin que resulte trascendente su nacionalidad”. También deberán ser atendidos los artículos 2 al 6 del CPF, *Vid.* Se transcriben en cita 1003.

10. Estado de México	20. Oaxaca	30. Veracruz	
----------------------	------------	--------------	--

Por lo que en este trabajo analizaremos los 32 Códigos Penales de los Estados enunciados y el Código Penal Federal que es aplicable en todo el territorio de la República Mexicana.

Los hechos delictivos cometidos en cualquiera de los espacios que conforman el territorio mexicano, le será aplicable la legislación penal mexicana, salvo que en algún tratado internacional se haya acordado otra cosa. Sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad de que surjan algunos conflictos entre dos o más estados, cuando sus respectivas legislaciones les otorguen jurisdicción sobre un mismo hecho en atención al lugar en que haya ocurrido<sup>1005</sup>.

#### 4.1 Análisis de los Códigos Penales de los Estados Unidos Mexicanos.

El presente tema será dedicado para el análisis de la parte especial de los Códigos Penales de los 32 Estados, que conforman los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código Penal Federal. A fin de encontrar los delitos de peligro abstracto de cada norma penal y hacer algunos comentarios sobre los mismos. A la par se realizará un análisis del Código Penal Español, a fin de buscar los correlativos delitos, con respecto a los Códigos penales mexicanos.

Una vez que se analizaron los Códigos penales vigentes en México, identificando los delitos de peligro abstracto, considere pertinente hacer una selección de entre estos delitos, tomando en cuenta primero su reiteración en cada Código penal analizado y, en segundo lugar, las características especiales que algunos delitos de peligro abstracto, contenían en su redacción penal, o bien, que representarían una abstracción mayor que el general de los delitos de peligro abstracto observados.

Por tanto, hago dos apartados, el primero con los delitos de peligro abstracto que considere más recurrentes en dichos Códigos Penales y enseguida sobre los delitos de peligro abstracto con algunas características muy interesantes; realizando algunos comentarios sobre los mismos.

---

<sup>1005</sup> Vid. HERNANDEZ-ROMO VALENCIA, Pablo; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *et al. Compendio de Derecho Penal Mexicano*. Segunda edición. Ed. Tirant lo Blanch. México, 2016. Pp. 45-47. Los autores señalan que para resolver los conflictos entre los Estados “México dispone de una regla jurídica que fija cual se considerará el lugar de la comisión del delito. No obstante, lo anterior, la doctrina ha utilizado tres teorías para determinar el lugar de la comisión del delito: la teoría de la actividad, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad; que lo refieren, respectivamente, al lugar en el que se realiza la conducta, al de la producción del resultado y a ambos indistintamente. Esta última teoría es la seguida por México (artículos 2, fracción I y 3, ambos del CPF), y en virtud de ser la única de las tres que permite el castigo de hechos que, de otro modo resultarían impunes... En virtud de la regla jurídica mexicana -teoría de la ubicuidad-, la jurisdicción mexicana puede aplicar nuestra legislación penal a hechos realizados, total o parcialmente en México, aunque su resultado tenga lugar en territorio extranjero, y viceversa, a hechos realizados en el extranjero, cuando su resultado ocurre aquí”.

A la par se revisará la jurisprudencia mexicana y española, sobre los delitos de peligro abstracto que en este trabajo se enunciarán, seleccionando las tesis o jurisprudencia que aborde lo relativo al delito y su naturaleza jurídica, o bien, características del delito como de peligro abstracto.

#### 4.1. a. Criterios para el análisis de los delitos de peligro.

Para la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto<sup>1006</sup>, que encontraremos en los diferentes tipos penales que analizaremos enseguida; primero debemos señalar que, las conductas consideradas en los delitos de peligro abstracto, no pueden ser consideradas como menos peligrosas que las previstas en los delitos de peligro concreto; por tanto, la diferencia estribará en que de acuerdo a la descripción típica, ha de constatarse *ex post* que el comportamiento ha sido en concreto peligroso, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico; o bien, si la constatación se ha de realizar solamente *ex ante*, para considerar una conducta como peligrosa<sup>1007</sup>. Residiendo, por tanto, tal diferencia en la constatación del comportamiento peligroso, es decir, en el momento en que ha de realizarse ésta, ya sea *ex ante* o *ex post*, así como la conducta desplegada y la cercanía con la puesta en peligro al bien jurídico.

Conforme a lo anterior, en los delitos de peligro abstracto dicha constatación se realiza *ex ante*, ya que será antes de realizar una conducta cuando se ha de determinar si ésta es peligrosa, y por último el juicio de valor se ha de realizar sobre la conducta misma. Por otro lado, en los delitos de peligro concreto la constatación se hará sobre la producción o no de un resultado, es decir, si se ha producido un peligro efectivo al bien jurídico, por ello la valoración se hace *ex post*, tomando en cuenta todos los elementos y circunstancias que dieron como consecuencia la producción de un resultado de peligro; de ahí que la valoración se hará de la situación que resulta de la conducta, es decir, de la producción de un peligro concreto<sup>1008</sup>.

La acción peligrosa —es decir, la acción que para el espectador objetivo *ex ante* tiene la idoneidad para producir un resultado lesivo para el bien jurídico— constituye un elemento común a todos los delitos, ya sean de lesión, o de peligro abstracto, o de peligro en concreto; sin embargo, será en la estructura del tipo objetivo donde se encontrarán las diferencias entre ambos delitos de peligro<sup>1009</sup>.

Al respecto, considero que la idoneidad para que la conducta típica pueda lesionar o poner en peligro un bien jurídico, debe existir en cualquier delito; más determinar cuando existe una alta probabilidad de lesión para la vida o la salud de las personas, será a través de una valoración *ex post*, cuando el juzgador tenga los elementos suficientes para considerar si la conducta realmente y en qué grado de probabilidad pudo lesionar el bien jurídico, supuesto en donde se encuentran los delitos de lesión y de peligro concreto, mientras que los delitos de peligro abstracto, se valoran *ex ante* si la conducta representa un peligro para el bien jurídico. En ese sentido, opino que encontraremos precisamente la

---

<sup>1006</sup> Vid. Retomando algunos aspectos desarrollados en el Capítulo II de este trabajo. Tema 2.2.

<sup>1007</sup> Vid. MENDOZA BUERGO. *Limites dogmáticos y político-criminales...* Op. cit. pp. 31,32.

<sup>1008</sup> Vid. *Supra* Capítulo II, tema 2.2 de este trabajo.

<sup>1009</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO. *Los delitos de peligro y protección* Op. cit. pp. 40,41. ZUGALDÍA ESPINAR. *Derecho Penal... Loc. cit.*

diferencia entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, derivada de la necesidad o no de comprobar la existencia de un efectivo resultado de peligro.

#### *4.1.1 Delitos de peligro abstracto más recurrentes en los Códigos Penales en México.*

##### 4.1. A. Omisión de auxilio y abandono de personas.

Al analizar los 33 Códigos penales vigentes en México (32 estatales y 1 federal), se observó que todos incluyen en su parte especial al delito de Omisión de auxilio, aunque con diverso nombre y variación en la descripción típica, ya que algunos los contemplan como Omisión de socorro o Abandono de personas. Así mismo, dentro de este apartado, abordaremos lo relativo a la omisión de auxilio a personas lesionadas o atropelladas y a la exposición de menores o incapaces. Veremos que en algunos Códigos penales de los Estados encontramos dos o incluso hasta seis modalidades, relativas a este delito.

De igual manera, observaremos que en la mayoría de los casos se trata de delitos de peligro abstracto, toda vez que no se exige en el tipo penal expresamente, un peligro para algún bien jurídico; así mismo porque, se trata de situaciones en las que el peligro es tan inherente a la descripción del tipo que resulta presumido por el legislador<sup>1010</sup>. Por otro lado, también encontramos algunas excepciones que, de acuerdo con la redacción del tipo penal, lo convierten en un delito de peligro concreto, sobre este tema, se abordará en cada Estado y tipo penal.

El Estado de Aguascalientes contempla en su CP la Omisión de auxilio<sup>1011</sup>, para menores e incapaces, invalidas o que estén ante un peligro cualquiera y en el mismo precepto, prevé la omisión de auxilio para personas lesionadas a causa de algún accidente. De acuerdo con las dos figuras delictivas que contempla este CP, ambos delitos se tratan de delitos de peligro abstracto, ya que el tipo penal no nos exige expresamente, que se ponga en peligro algún bien jurídico, el legislador estimo que en la propia conducta va implícito el peligro para el bien jurídico. Y en su CP lo encontramos ubicado en el Capítulo relativo a la Libertad y Seguridad de las Personas.

Por lo que hace al Código penal de Baja California, se prevén varios supuestos en la Omisión de auxilio<sup>1012</sup>, tanto para menores, abandonados, incapaces, heridos, inválidos

---

<sup>1010</sup> *Vid. Supra* el tema 3 del Capítulo II, sobre los delitos de peligro abstracto.

<sup>1011</sup> Artículo 138.- La Omisión de Auxilio consiste en:

I. No avisar de inmediato a las autoridades estatales, o no prestar el auxilio necesario, a un menor abandonado e incapaz de cuidarse a sí mismo; a una persona herida o inválida, o amenazada de un peligro cualquiera; o

II. Dejar el automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete, en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a la persona o personas a quienes haya lesionado.

<sup>1012</sup> Artículo 157.- Omisión de auxilio. - Al que omita prestar auxilio a un menor expósito o abandonado o incapaz que no pueda valerse por sí mismo, o a quien se encuentre herido, inválido o desamparado y en peligro manifiesto en su persona, cuando según las circunstancias pudiere hacerlo, sin riesgo propio ni de terceros, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión y hasta cien días multa.

La misma pena se impondrá a quien no estando en condiciones de prestar el auxilio, no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitare auxilio a quienes pudieren prestarlo.

o desamparados y que estén en peligro manifiesto en su persona, siempre que puedan auxiliarlos sin correr riesgos. También prevé el abandono de incapaces, y de ancianos mayores de 60 años, que no puedan valerse por sí mismos, teniendo la obligación de cuidarlos. En artículo diverso, se establece el supuesto de la exposición de personas incapaces para valerse por sí mismas, teniendo la obligación de cuidarla. Y en precepto distinto, se encuentra tipificada la omisión de auxilio a personas atropelladas.

Las redacciones de estos delitos no nos indican que deba existir un peligro concreto a algún bien jurídico, sin embargo el artículo 157 relativo a la omisión de auxilio que menciona que estén en peligro manifiesto en su persona, «manifiesto» se refiere a que sea apreciable y comprensible para la generalidad de las personas<sup>1013</sup>, el peligro debe existir por tratarse de un delito de peligro, que al señalar que “en peligro manifiesto en su persona” el peligro debe recaer en la persona y debe poder apreciarse, por lo que estaremos ante un delito de peligro concreto, en cuanto a que debemos comprobar fehacientemente la existencia de ese peligro manifiesto en la persona. Por lo que hace a

---

Artículo 158.- Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla se le impondrá prisión de seis meses a dos años y se le privará del derecho de ejercer la patria potestad o tutela si el agente fuera ascendiente o tutor del ofendido.

Cuando se someta a condición de abandono o desamparo a una persona adulto mayor, de sesenta años o más de edad, hallándose éste imposibilitado para satisfacer por sí mismo sus necesidades de hospedaje, higiene, vestido, alimentación, salud o cualquier otra que precise para su adecuada subsistencia o manutención, se impondrá a quien le asista el deber legal de su cuidado, o se halle obligado a ello por haberle sido confiada su guarda y protección, pena de uno a cuatro años de prisión. Si con motivo de dicho abandono, resultare la comisión de algún otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

Las mismas penas previstas en el segundo párrafo de este artículo se impondrán, a quien teniendo el deber legal de su cuidado, confíe a un tercero la guarda y protección de una persona adulto mayor, de sesenta años o más de edad, en situación de dependencia, en asilo, casa hogar, estancia o cualquier institución pública o privada que proporcione cuidados geriátricos, y con posterioridad a ello, lo someta a condición de abandono, al no proporcionar a ese tercero los elementos necesarios para brindar asistencia y proveer a la adecuada manutención del adulto mayor.

Cualquier persona, cuando tenga conocimiento de un hecho previsto en este artículo, podrá presentar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público, por lo que su persecución será de manera oficiosa.

Artículo 158 Bis. - Al que exponga a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrá una pena de uno a cuatro años de prisión y hasta cien días de multa. Si el responsable es ascendiente o tutor, además, perderá los derechos que tenga sobre la persona y bienes del menor.

No se impondrá pena alguna a quien ejerciendo la patria potestad de un menor lo entregue en las Instituciones Públicas de Salud del Estado, Albergues del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia y demás casas de asistencia social, ya sea, por ignorancia, extrema pobreza o cuando sea producto de una violación debidamente denunciada o inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada o cuando por el padecimiento de una enfermedad o edad avanzada, no esté en posibilidad de brindarle lo necesario para su subsistencia y siempre que el menor entregado no supere los seis meses de edad y además que no muestre signos de maltrato, violencia o estado de salud precario que pudiera representar la comisión de un delito en contra del menor.

Respecto al párrafo anterior, cuando se trata de ignorancia o pobreza extrema y sea mayor de edad el padre o la madre que entregue al menor, será necesario el consentimiento de ambos al momento de la entrega del menor de seis meses; y en el caso de que los padres o uno solo sean menores de edad, en cualquier de las hipótesis de excluyente de delito señaladas, deberá contar con la aprobación de quien ejerza la patria potestad, con excepción del supuesto que derive de una violación debidamente denunciada o inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada.

Artículo 159.- Omisión de auxilio a personas atropelladas. - Al que habiendo atropellado a una persona, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le aplicará de seis meses a un año de prisión o trabajo en favor de la comunidad de quince a noventa días, independientemente de la pena que corresponda con motivo del atropellamiento.

<sup>1013</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. 22a. edición. México, 2019. p.320.

los demás artículos de este CP, podemos decir que serían de peligro abstracto. Estos delitos se encuentran dentro de los Delitos de peligro para la vida y la salud de las personas, en su CP.

El Código de Baja California Sur, contempla cuatro figuras delictivas de omisión<sup>1014</sup>: de Omisión de auxilio, la primera de ellas es para el abandono de personas incapaces de valerse por sí mismas, cuando se tenga obligación de cuidarlas. Igualmente prevé el supuesto Omisión de auxilio o solicitud de asistencia, que abarca la figura de quien lesiona a una persona y no le presta auxilio o solicita la asistencia que requiera. La omisión de cuidado se refiere al abandono de personas que no puedan valerse por sí mismos, en institución o con otra persona, teniendo la obligación de hacerlo o se encuentre legalmente a su cargo. Y finalmente la omisión de auxilio impropio, para aquel que encuentre perdida o abandonada a una persona incapaz de cuidarse, atropellada o amenazada de un peligro cualquiera y omitiere prestarle el auxilio necesario. En algunos de los casos que prevé este CP (artículos 164, 166, 167), son supuestos que podemos catalogar de delitos de peligro abstracto, ya que, en ninguno de los delitos mencionados, el tipo penal nos exige un concreto peligro para algún bien jurídico, considerando que, con la conducta descrita, se está poniendo en peligro al bien jurídico. Por lo que hace al artículo 165, encontramos dos supuestos de delito de peligro, en el primer párrafo, estaremos ante un delito de peligro abstracto, mientras que en el segundo párrafo encontramos que cuando del abandono se ponga en peligro la integridad física y moral del abandonado, se incrementa la sanción, y en este supuesto, encontramos un delito de peligro concreto, puesto que la exigencia del tipo penal será de una situación de peligro

---

<sup>1014</sup> Artículo 164. Omisión de auxilio. A quien abandone a una persona que no tenga capacidad para valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a doscientos días. Si el sujeto activo fuese ascendiente o tutor del sujeto pasivo se le impondrá además la pérdida de los derechos derivados de la patria potestad o la tutela así como los derechos sucesorios en relación con la víctima.

Si el sujeto activo fuese médico o profesionista similar o auxiliar, también se le suspenderá en el ejercicio de su profesión hasta por dos años.

La misma pena se impondrá a quien no estando en condiciones de prestar el auxilio, no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitare auxilio a quienes pudieren prestarlo.

Si por la comisión de este delito se cometiera algún otro, se aplicarán las reglas del concurso de delitos contempladas en este Código.

Artículo 165. Omisión de auxilio o solicitud de asistencia. A quien después de lesionar a una persona, imprudente o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrán multa de cuarenta a cien días, independientemente de la pena que proceda por el delito cometido.

Si del abandono se pone en situación de peligro la integridad física y moral del abandonado, se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión, y si resultare algún otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

Artículo 166. Omisión de cuidado. A quien abandone en una institución, o ante cualquier persona, a un ser humano que no tenga la capacidad para valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidado o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrán de seis meses a un año de prisión.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de asistencia o beneficencia a una persona menor de doce años de edad que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes de la persona entregada.

No se procederá contra la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza o cuando sea producto de algún delito.

Artículo 167. Omisión de auxilio impropio. Al que encuentre abandonada o perdida a una persona incapaz de cuidarse, atropellada o amenazada de un peligro cualquiera, y omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, se le impondrán de uno a seis meses de prisión o multa de veinte a cincuenta días.

para la integridad física o moral de la persona. Los delitos mencionados se encuentran en el CP, dentro de los Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas.

De forma similar a lo contemplado en el CP de BCS, el CP de la Ciudad de México, (el CP de la Ciudad de México aún mantiene el nombre de Distrito Federal), prevé tres figuras delictivas relativas a la omisión de cuidado<sup>1015</sup>, omisión de auxilio a persona lesionada y a la exposición de incapaces. En la omisión de auxilio se sanciona no solo a quien abandone a incapaces de valerse por sí mismos (como el CP de BCS), sino también incluyen a las personas adultas mayores y/o con discapacidad. Y en la exposición de incapaces también se van a incluir, además de los incapaces de valerse por sí mismos, a las personas adultas mayores y/o con discapacidad. Estos delitos se encuentran en el CP en el Título de Delitos de peligro para la vida o salud de las personas.

---

<sup>1015</sup> Artículo 156. A quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, incluyendo a las personas adultas mayores y/o con discapacidad, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela.

Artículo 157. A quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos.

Artículo 158. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona, a un incapaz de valerse por sí mismo, incluyendo a las personas adultas mayores y/o con discapacidad, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión. Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un menor de doce años que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código.

Los CP de Campeche<sup>1016</sup>, Chiapas<sup>1017</sup>, Chihuahua<sup>1018</sup>, Hidalgo<sup>1019</sup>, Estado de México<sup>1020</sup>, Michoacán<sup>1021</sup>, repiten alguna de las figuras hasta aquí señaladas, pues prevén

---

<sup>1016</sup> Artículo 149.- Los descendientes consanguíneos en línea recta o cualquier otro familiar que conforme a la legislación civil, tenga la obligación de cuidar a un adulto mayor y lo abandone sin causa justificada se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión si no resultare lesión o daño alguno.

A quien abandone a cualquier otra persona incapaz de valerse por sí misma y tenga la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años si no resultare lesión o daño alguno. Si el sujeto activo fuese médico o profesionista similar o auxiliar, también se le suspenderá en el ejercicio de su profesión hasta por un término igual al de la sanción de prisión.

Las mismas sanciones se aplicarán a quien, cuando se encuentre a cargo de un establecimiento asistencial, público o privado, realice la conducta descrita en el párrafo anterior.

Artículo 150.- A quien después de lesionar a una persona, imprudencial o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere cuando pueda hacerlo, se le impondrá multa de cincuenta a trescientos días de salario, independientemente de la sanción que proceda por el o los delitos cometidos. Si la víctima fuere menor de edad, discapacitado, adulto mayor de setenta años o mujer embarazada, la sanción se aumentará en dos terceras partes.

Artículo 151.- A quien exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y pérdida de los derechos de familia y sucesorios que pudieran corresponderle con respecto a la víctima.

Estos artículos se encuentran en el CP de Campeche, dentro de los Delitos contra la vida y la integridad corporal.

<sup>1017</sup> Artículo 204.- Comete el delito de abandono de personas, el que abandone a un incapaz de valerse por sí mismo, o a una persona enferma teniendo la obligación de cuidarlos, al responsable se le impondrán de tres a siete años de prisión, se le privará además de la patria potestad o de la tutela si fuere ascendiente o tutor del sujeto pasivo. Si del abandono resultare daño, lesión o muerte, se aplicarán las reglas del concurso.

Artículo 205.- Comete el delito de omisión de auxilio, el que encuentre abandonado o perdido en cualquier sitio a un menor de edad que no pueda cuidarse a sí mismo, o a una persona lesionada, inválida, amenazada por un peligro cualquiera, y no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal; al responsable, se le aplicará de un mes a dos años de prisión y multa de hasta de diez días de salario.

Artículo 206.- A quien habiendo lesionado por cualquier medio a una persona de manera culposa o fortuita, no le prestare auxilio o no solicite la asistencia que la situación requiera pudiendo hacerlo, se le impondrá de tres meses a dos años de prisión y multa hasta de diez días de salario, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por el delito cometido.

Artículo 207.- A quien abandone en una institución o entregue a otra persona a un menor o un incapaz de valerse por sí mismo, cuyo cuidado se le hubiere confiado o estuviere bajo su responsabilidad por disposición legal, sin anuencia de quien se lo confió o de la autoridad competente en su caso, se le aplicará de tres a siete años de prisión y multa de treinta hasta cien días de salario.

A quien reciba en estas circunstancias al menor o al incapaz, se le aplicará hasta una tercera parte de la pena que corresponda, salvo que acredite haber recibido al menor o al incapaz para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, en cuyo caso se le aplicará una pena de apercibimiento o prisión de dos meses a un año.

Los ascendientes o tutores que entreguen en un establecimiento de beneficencia o de cualquier naturaleza a un menor, perderán por ese solo hecho todos los derechos, incluyendo los de familia y sucesorios que pudieran haber tenido en relación con el menor, incluyendo desde luego los derechos sobre su persona y sobre sus bienes.

No se impondrá pena alguna cuando la entrega o el abandono del menor o del incapaz se realice por su padre con anuencia de la madre, por la madre o por ambos por notoria ignorancia.

Los delitos referidos se encuentran dentro de los Delitos de peligro contra la vida o la integridad de las personas.

<sup>1018</sup> Artículo 154. Omisión de auxilio o de cuidado. A quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Si el sujeto activo fuese médico o profesionista similar o auxiliar, también se le suspenderá en el ejercicio de su profesión hasta por dos años.

Las mismas penas se aplicarán a quien, estando a cargo de un establecimiento asistencial público o privado, realice la conducta descrita.

---

Si el sujeto activo fuese quien ejerce la patria potestad o tutela del pasivo, se le sancionará además con la suspensión o pérdida de los derechos derivados de la patria potestad o de la tutela, en los términos del Código Civil del Estado de Chihuahua.

Artículo 155. A quien después de lesionar a una persona, imprudencial o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrán de quince a sesenta días multa, independientemente de la pena que proceda por el o los delitos cometidos.

Artículo 156. A quien exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrán de seis meses a un año de prisión.

No se impondrá pena alguna a quien ejerciendo la patria potestad o tutela de una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, la entregue a organismos de Asistencia Social Pública en el Estado, instituciones de Asistencia Social Privada o al cuidado de otra persona, ya sea por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, siempre y cuando prevean su subsistencia, y la persona no muestre signos de violencia o estado de salud precario que pudiera representar la comisión de un delito.

Los delitos mencionados, se encuentran ubicados en el CP, dentro de los Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas.

<sup>1019</sup> Artículo 159.- Omisión de auxilio. Al que pudiendo hacerlo, según las circunstancias del caso y sin riesgo propio o de tercero, omita prestar auxilio necesario a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto en su persona, se le impondrá de tres a nueve meses de prisión o multa de 5 a 40 días.

La misma pena se impondrá a quien no estando en condiciones de prestar auxilio, no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitare auxilio a quienes pudieren prestarlo.

Artículo 160.- Abandonado de incapaz. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y multa de 10 a 50 días, privándolo además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido y del derecho a heredar respecto a la persona abandonada.

Artículo 161.- Abandono de atropellado. Al que habiendo atropellado a una persona no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo, se le aplicará de seis meses a un año de prisión o multa de 5 a 40 días, independientemente de la pena que corresponda con motivo del atropellamiento.

Los citados artículos los encontraremos dentro de los Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas.

<sup>1020</sup> Artículo 254.- Abandono de incapaz. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y treinta a trescientos días multa, o trabajo a favor de la comunidad, perdiendo además los derechos inherentes a la patria potestad, custodia o tutela, si fuere ascendiente o tutor del ofendido, así como del derecho a heredar si estuviere en aptitud legal para ello.

No incurre en este delito la mujer que haya solicitado mantener en secreto su identidad en el momento del parto y la reserva sobre el nacimiento, conforme a lo establecido en la ley que regula la materia.

No incurre en este delito la mujer que dé en adopción, en los términos de las leyes y tratados en la materia, y haya solicitado mantener en secreto su identidad en el momento del parto y la reserva sobre el nacimiento.

Artículo 255.- Omisión de auxilio a lesionados. Al conductor de un vehículo cualquiera o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle ni facilitarle asistencia a la persona a quien lesionó sin dolo, o dejare de avisar inmediatamente a la autoridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días multa.

Artículo 256.- Omisión de auxilio. Al que omita auxiliar a una persona que por cualquier circunstancia, estuviese amenazada de un peligro, cuando pudiera hacerlo sin riesgo alguno, o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo, no diere inmediato aviso a la autoridad, se le impondrán de tres a seis meses de prisión y de treinta a sesenta días multa.

Los citados artículos están ubicados en el CP, dentro del subtítulo Delitos de peligro contra las personas.

<sup>1021</sup> Artículo 152. Omisión de auxilio. Al que omita prestar el auxilio que sea necesario según las circunstancias, a una persona que se encuentre amenazada de un peligro, cuando pudiere hacerlo sin riesgo alguno, o dejare de dar aviso inmediato a la autoridad, se le impondrán de diez a sesenta días de trabajo a favor de la comunidad.

Artículo 153. Omisión de asistencia. A quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de seis meses a un año de prisión y cuarenta a cien días multa, independientemente de la pena que proceda por el delito cometido.

en la Omisión de auxilio o de cuidado, el abandono de personas que no puedan valerse por sí mismos, siempre que tengan la obligación de hacerlo. También contemplan en otro artículo, el delito de lesionar a una persona y no prestarle auxilio o no solicite la asistencia requerida. Y en Campeche, Chiapas, Chihuahua también manejan la figura de exposición de personas, menores o incapaces.

Con respecto al delito de omisión de auxilio contemplado en el artículo 205 del CP de Chiapas y 152 del CP de Michoacán, ambos CP contienen un supuesto que señala que el sujeto pasivo se encuentre «amenazado por un peligro», desde mi punto de vista deberá comprobarse dos elementos o requisitos, para que se actualice ese supuesto penal, primero, que el sujeto pasivo se haya encontrado ante una amenaza de peligro, el segundo requisito es que no se preste el auxilio o bien no se haya dado el aviso a la autoridad, convirtiéndose en un delito de peligro concreto, puesto que deberá hacerse una comprobación sobre el peligro que haya corrido el bien jurídico, además de comprobar esa falta de auxilio o aviso a la autoridad.

En el caso de Coahuila<sup>1022</sup> prevé el delito de Abandono de persona incapaz de valerse por sí misma, Abandono en institución y Abandono de lesionado; el primero de

---

Cuando con motivo de tránsito de vehículos se atropelle culposamente a una persona y esta resulte lesionada; el agente realice maniobras para provocar la muerte se impondrá la pena del homicidio calificado.

Artículo 154. Omisión de cuidado. A quien abandone a un ser humano que no tenga la capacidad para valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidado o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres a seis años de prisión.

No se procederá contra quien entregue a un menor de edad a las instancias públicas de conformidad con la legislación aplicable en materia de adopción.

Encontramos estos delitos ubicados dentro de los Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas.<sup>1022</sup> Artículo 211 (Abandono de persona incapaz de valerse por sí misma)

Se impondrá de tres meses a dos años de prisión y multa, a quien, teniendo la obligación jurídica de cuidarla, abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, por más tiempo del necesario para preservar o no agravar su estado de salud.

Si como consecuencia del abandono se producen lesiones a la víctima que tarden en sanar más de quince días, al sujeto activo se le aplicará las reglas del concurso de delitos, respecto al abandono cometido y las lesiones concretamente producidas.

Mas si como consecuencia del abandono, se pone a la víctima en peligro concreto de morir, al sujeto activo solo se le impondrán las penas previstas para la tentativa punible de homicidio.

Además, en cualquiera de los supuestos de este artículo, si el sujeto activo es ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta de la víctima, tutor o tutora de la misma, se le privará de la patria potestad o de la tutela y de los derechos de acreedor alimentario, según sea el caso, además, se le suspenderá de los demás derechos de familia de uno a dos años según se regula la suspensión de derechos en la Parte General de este código.

Artículo 212 (Abandono en institución o ante otra persona)

Se impondrá de tres a seis meses de prisión, a quien abandone en una institución o ante cualquier otra persona, que no hayan aceptado el cuidado, a una persona incapaz de valerse por sí misma, respecto de la cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo.

El ascendiente o tutor que entregue en una casa de expósitos, de menores o de asilo, a una persona que tenga menos de doce años que esté bajo su potestad o custodia, sin que haya autorización legal o judicial para aquel efecto, perderán por ese solo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, pobreza extrema, o cuando sea producto de una violación, o de una inseminación artificial, o de la implantación de un óvulo en cualquiera de los casos previstos en los artículos 240 y 241 de este código.

Artículo 213 (Abandono de lesionado)

Se impondrá de tres meses a un año de prisión o de cien a doscientos días de multa, independientemente de las penas que procedan por las lesiones inferidas, a quien después de lesionar culposa o fortuitamente a una persona, no le preste auxilio o no solicite su asistencia, pudiendo hacerlo.

los artículos (211) en la descripción típica es similar al CP de BCS, supuesto que comprende dos delitos de peligro y uno de lesión en el mismo precepto. El primer párrafo contiene un delito de peligro abstracto; por otro lado, en el segundo párrafo, contiene aspectos novedosos como lo relativo a si como consecuencia del abandono se producen lesiones a la víctima que tardan en sanar más de quince días, al sujeto activo se le aplicará las reglas del concurso de delitos, respecto al abandono cometido y las lesiones concretamente producidas, conteniendo este segundo párrafo un delito de lesión. Y agrega que, en un tercer párrafo, que si como consecuencia del abandono, se pone a la víctima en peligro concreto de morir, al sujeto activo solo se le impondrán las penas previstas para la tentativa punible de homicidio. Configurándose con esta última parte un delito de peligro concreto, ya que expresamente señala el tipo penal que debe existir un peligro concreto de morir, es decir, el bien jurídico que se está poniendo en peligro concreto es la vida<sup>1023</sup>.

En el CP de Coahuila, también se contemplan los delitos de Abandono en institución o ante otra persona y el de Abandono de persona lesionada cuya descripción típica es muy similar a la del CP de BCS, sin mayores aportaciones, en tesis aislada<sup>1024</sup>

---

En caso de que el sujeto activo fuese respecto de la víctima, pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente, o colateral hasta el cuarto grado, cónyuge, concubina o concubinario, compañero o compañera civil, adoptante, adoptada o adoptado, se le privará de los derechos que pueda tener como acreedor alimentario.

Estos tres primeros artículos están ubicados en el CP, en el Título de los Delitos de peligro para la vida o salud de las personas.

Artículo 256 (Abandono injustificado de mujer embarazada)

Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, multa y privación de derechos familiares, a quien, a pesar de tener recursos económicos, abandone a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación, habitación y/o salud.

Este delito se encuentra en el CP, Título Noveno. Delitos contra una familia libre de violencia y contra la subsistencia familiar.

<sup>1023</sup> *Vid.* Tema 4.1 del Capítulo III, de este trabajo, donde al abordar los Bienes jurídicos intermedios, se estableció lo relativo a los delitos de lesión-peligro, donde se habla de delitos pluriofensivos de peligro, también se habló respecto a cómo el comportamiento se proyecta sobre ambos bienes jurídicos, y se afirmó que, debido a la posición ocupada por ambos bienes, se trata de un delito de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados. Con este tipo de tutela se han referido ciertas ventajas, ya que la incriminación de bienes considerados intermedios hace que este bien colectivo se encuentre necesariamente vinculado y cercano a determinados bienes individuales. Lo cual representa ciertos límites, ya que al exigirse que la conducta presente un peligro para el bien jurídico individual, la conducta ya ha lesionado el bien colectivo (límite mínimo) y, sin embargo, no ha podido llegar a menoscabar de manera efectiva los bienes personales, como se dijo, solamente los ha puesto en riesgo (límite máximo). Con la configuración de los bienes jurídicos intermedios, se afirma que en realidad lo supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal, por este último dato, perderían la condición de infracción de peligro abstracto y se transformarían en delitos de peligro concreto para las personas. Es decir, que cuando se exige la puesta en peligro de los bienes particulares, la prohibición se convierte en un delito de peligro concreto, pues precisamente, la característica fundamental de los delitos de peligro concreto, es la presencia del peligro como un elemento típico.

Como podemos observar en el artículo 211 tercer párrafo del CP de Coahuila, encontramos un ejemplo de esa consideración de un delito de peligro concreto, mediante el cual se protege un bien jurídico colectivo, asociado a otro de carácter personal, donde se exige la puesta en peligro concreto de la vida de la persona. Esta puesta en peligro concreto del bien jurídico individual vida, se sanciona en este artículo, con la pena impuesta a una tentativa de homicidio, en cuya figura también existe un peligro para la vida, la cual no se lesiona por causas ajenas a la voluntad del autor.

<sup>1024</sup> La tesis es aislada o es un simple precedente cuando no es obligatoria, ello es así porque no se trata de una tesis generada sobre el tema específico de una resolución a una contradicción de tesis o, que, en el caso de otros asuntos, no se hayan alcanzado los requisitos constitucionales o legales para serlo, que no se haya reiterado en cinco ocasiones o que, al resolverse el asunto no haya alcanzado la votación idónea para

un Tribunal Colegiado nos dice “se configura con la sola omisión del activo de dar aviso inmediato a la autoridad sobre el estado de peligro en que se encuentra el pasivo, o de prestar a éste el auxilio necesario”<sup>1025</sup>, pudiendo observar que estos dos artículos contienen delitos de peligro abstracto, pues solo es necesario comprobar el abandono en una institución o ante cualquier otra persona, a una persona incapaz de valerse por sí misma, respecto de la cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, o bien, lesionar culposa o fortuitamente a una persona, y el sujeto activo no le preste auxilio o solicite su asistencia, pudiendo hacerlo, sin que sea necesaria ninguna otra comprobación.

La mayor aportación en cuanto al abandono de personas u omisión de auxilio es la relativa al Abandono injustificado de mujer embarazada, que contempla una sanción penal a quien, a pesar de tener recursos económicos, abandone a una mujer a la que sabe ha embarazado, si ésta carece de los recursos necesarios para atender a su alimentación,

---

integrar la jurisprudencia. La tesis aislada no tiene los requisitos necesarios para ser considerada como obligatoria, es decir, para alcanzar el carácter de jurisprudencia.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, son los órganos facultados para establecer, modificar e interrumpir tesis de jurisprudencia, en sus respectivos ámbitos de competencia exclusiva.

Existiendo varios sistemas de formación de la jurisprudencia, el primero de ellos es por reiteración de criterios, la que se establece mediante 5 sentencias ejecutorias en el mismo sentido y ninguna en contrario, cuando la votación sea de 8 ministros tratándose de jurisprudencia en pleno y por 4 ministros si se trata de jurisprudencia de las salas y por unanimidad de votos si es jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.

El segundo sistema de formación de jurisprudencia por contradicción de tesis o también llamado por unificación, siempre y cuando los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, fijando jurisprudencia la resolución que dicten las salas o el Pleno de la Corte. Con este método se dota a las Salas y al Pleno de la competencia necesaria para que resuelvan contradicciones y unifiquen criterios y esa resolución sea obligatoria para todos los tribunales del país. *Vid.* GUTIERREZ BARRANCO, Esmeralda del Carmen. *Teoría de la Jurisprudencia en México*. México, 2006. pp. 32-38. ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto. *La Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación*. Ed. Porrúa, México, 2011. pp. 6-17.

<sup>1025</sup>TESIS AISLADA: ABANDONO DE PERSONAS, CONFIGURACION DEL DELITO DE. El delito de abandono de personas previsto y sancionado por el artículo 316 del Código Penal en el Estado de Coahuila, se configura con la sola omisión del activo de dar aviso inmediato a la autoridad sobre el estado de peligro en que se encuentra el pasivo, o de prestar a éste el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal, independientemente del resultado exitoso o no de dicho auxilio o del aviso en comento. TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 160/82. Ricardo Romo Canales. 18 de junio de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo García Romero. Secretario: Homero Fernando Reed Ornelas. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época Materia(s): Penal Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 157-162, Sexta Parte, página 13. Tipo: Aislada. Registro digital: 250203. <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

OMISIÓN DE AUXILIO. CASO EN EL QUE NO SE ACTUALIZA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El artículo 134 del Código Penal para el Estado se refiere al que omita prestar el auxilio necesario a una persona que esté en su presencia y que estuviere amenazada de un peligro personal, siendo aquél capaz de otorgarlo sin riesgo de su parte, o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo no diere aviso inmediato a la autoridad, por lo que si lo que se imputa al quejoso es que no prestó auxilio a quienes resultaron lesionados en el accidente automovilístico del cual dicho quejoso fue partícipe, pero si del sumario aparece que en el lugar de los hechos los ofendidos recibieron auxilio oportuno, es obvio que las víctimas no quedaron en estado de abandono, lo que implica que no se actualiza el ilícito en cita. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 775/98. José Luis Azuara García. 11 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Marco Antonio Ovando Santos. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Novena Época Materia(s): Penal Tesis: VII.1o.P.106 P Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Agosto de 1999, página 775 Tipo: Aislada. Registro digital: 193479. <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

habitación y/o salud. Dicho abandono, como el abandono de personas, lo que viene a proteger es la subsistencia familiar, de acuerdo con su CP, sin embargo, considero que en el abandono implica poner en peligro la vida y salud de las personas, en este caso de la mujer embarazada, incluso se pone en peligro al nuevo ser vivo producto de la concepción. Igualmente nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, al no contemplar el tipo penal una exigencia expresa de un peligro concreto a algún bien jurídico, en todo caso, de la conducta descrita en el tipo penal se infiere que, con desplegarla se estará poniendo en peligro al bien jurídico.

En Colima su CP maneja de manera similar, tres supuestos de abandono u omisión<sup>1026</sup>, el primero de ellos denominado Exposición de incapaces, similar al de otros CP, para quien abandone a un incapaz de valerse por sí mismo, con otra persona, en institución o lo deje sin atención. La omisión de auxilio, a diferencia de los delitos de omisión que hemos visto hasta ahorita, exige que a la persona a la que se omite auxiliar, su vida se encuentre en peligro, por lo que se trata de un delito de peligro concreto, al exigirse expresamente el peligro para la vida. De igual manera cuando señala que en el caso de que se omite auxiliar a un adulto, poniéndose en peligro su vida, salud o integridad, también estaremos ante un supuesto de delito de peligro concreto, al requerir que se pongan en peligro, dichos bienes jurídicos. Por último, el abandono de lesionados, similar a otros tipos penales vistos hasta ahorita.

El CP de Durango<sup>1027</sup> contempla de manera similar lo relativo a la omisión de auxilio, que el CP de BCS, ya que prevé cuatro figuras (omisión de cuidado, omisión de

---

<sup>1026</sup> Artículo 215. Exposición de incapaces. Al que teniendo la obligación de cuidado de un incapaz de valerse por sí mismo, la delegue indebidamente en otra persona o institución, se le impondrán de tres meses a un año de prisión, y multa por un importe equivalente de ocho a veinticinco unidades de medida y actualización.

Cuando se abandone al incapaz de valerse por sí mismo de modo que se le localice en cualquier lugar sin que el obligado lo hubiese encargado a nadie, se le impondrá una pena de prisión de dos a cuatro años, y multa por un importe equivalente de cincuenta a cien unidades de medida y actualización.

No se aplicará pena alguna a la madre que entregue a su hijo por extrema pobreza o situación de riesgo inminente, o cuando aquél haya sido producto de una violación o inseminación artificial indebida.

Artículo 216. Omisión de auxilio. Al que omita auxiliar, dentro de lo posible y razonable, a una persona cuya vida se encuentre en peligro o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo, no dé aviso de inmediato a la autoridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y multa por un importe equivalente de cien a trescientas unidades de medida y actualización.

Si en razón de la omisión de auxilio sobreviene la muerte del sujeto, se impondrán de uno a tres años de prisión y multa hasta por un importe equivalente de trescientas a quinientas unidades de medida y actualización.

Asimismo, al familiar que omita auxiliar a un adulto en plenitud estando obligado legalmente de prestarle cuidados y alimentos, y que con motivo de ello ponga en peligro su vida, salud o integridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y multa por un importe equivalente de cien a trescientos días de salario mínimo.

Si con motivo de la omisión de auxilio dispuesta en el párrafo anterior, sobreviene la muerte del adulto en plenitud, se impondrá al familiar la pena de prisión y la multa señalada en el párrafo tercero del presente artículo.

Artículo 217. Abandono de lesionados. Al conductor de un vehículo de motor o maquinaria similar, que abandone a quien hubiese atropellado o no diere aviso a la autoridad correspondiente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión, y multa por un importe equivalente de ciento cincuenta a trescientas unidades de medida y actualización.

Su ubicación en el CP es dentro de los Delitos de peligro contra la vida y la salud de las personas.

<sup>1027</sup> Artículo 190. Omisión de cuidado. Se impondrá de tres meses a dos años de prisión y multa de dieciocho a ciento cuarenta y cuatro veces la Unidad de Medida y Actualización y se le privará de la patria potestad o de la tutela, al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de

auxilio, omisión de auxilio a lesionados, exposición de incapaces o menores de edad), de las que resaltaremos solo una de ellas, al traer un supuesto distinto, específicamente en la omisión de cuidado, en su segundo párrafo, prevé el que un familiar omita el cuidado a una persona mayor de sesenta años, estando obligado legalmente de prestarle cuidados y alimentos, y que con motivo de esta conducta ponga en peligro la vida, salud o integridad de la persona; esta parte es la que resulta novedosa, ya que al prever que al omitir el cuidado en persona mayor de sesenta años, se ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la misma, se convierte el delito de peligro abstracto a un delito de peligro concreto, ya que el precepto penal de manera expresa señala que debe de comprobarse el peligro para la vida, la salud o la integridad, para poderse sancionar penalmente.

En el Estado de Guanajuato, su CP prevé tres artículos sobre la omisión de auxilio<sup>1028</sup>: omisión de cuidado, para quienes no puedan valerse por sí mismos; omisión de auxilio, para los que se encuentren amenazados por un peligro, y por último la omisión

---

cuidarla. Si el sujeto activo fuere ascendiente o tutor de la víctima, se le privará del derecho de heredar respecto a la persona abandonada.

Al familiar que omita el cuidado a una persona mayor de sesenta años estando este obligado legalmente de prestarle cuidados y alimentos, y que con motivo de esta conducta ponga en peligro la vida, salud o integridad de la persona, se le impondrá de un año a tres años de prisión y multa de setenta y dos a doscientos dieciséis veces la Unidad de medida y Actualización.

Si con motivo de la omisión de cuidado dispuesta en el párrafo anterior, sobreviene la muerte de la persona mayor de sesenta años, se le impondrá la pena de dos a cinco años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a trescientos sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización.

Artículo 191. Omisión de auxilio. Se impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis veces la Unidad de Medida y Actualización, al que omita auxiliar a una persona que por cualquier circunstancia, estuviese amenazada de un peligro, cuando pudiera hacerlo sin riesgo alguno o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo no diere inmediato aviso a la autoridad.

Artículo 192. Omisión de auxilio a lesionados. A quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis veces la Unidad de Medida y Actualización.

Artículo 193. Exposición de incapaces o menores de edad. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión y multa de dieciocho a setenta y dos veces la Unidad de Medida y Actualización.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un menor de doce años que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo o hijos a otras personas para su cuidado, manutención y educación por ignorancia, extrema pobreza o por otras razones que así lo justifiquen.

Su ubicación en el CP es en los Delitos de Peligro contra las personas.

<sup>1028</sup> Artículo 165. A quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrá de treinta y cinco a ciento treinta jornadas de trabajo en favor de la comunidad. Si el activo ejerce la patria potestad o tutela del pasivo, se le sancionará además con la privación del ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad o de la tutela, subsistiendo la obligación de proporcionar alimentos al pasivo.

Artículo 166. A quien omita prestar el auxilio necesario, según las circunstancias, a quien se encuentre amenazado de un peligro, cuando pudiese hacerlo sin riesgo alguno, o a quien no estando en condiciones de auxiliar, omita dar aviso de inmediato a la autoridad o a institución asistencial, se le impondrá de cinco a setenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Artículo 167. Quien culposamente hubiese lesionado a una persona y no le preste o facilite ayuda, será sancionado de cinco a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad. Este delito se perseguirá por querrela.

Estos delitos están dentro de capítulo IX Delitos de peligro para la vida y la salud.

para persona lesionada, para quien culposamente hubiera lesionado a una persona y no le preste o facilite ayuda. Tres supuestos penales, que al igual a otros que hemos comentado *supra* líneas, configuran delitos de peligro abstracto, pues de forma abstracta el legislador protege bienes jurídicos como la vida o la salud, sin expresamente señalarlos en el tipo penal, ni exigir su puesta en peligro concreta.

La primera de las figuras, contemplada en el artículo 165 del CPGTO, la omisión de cuidado, parte de una obligación que tendría el sujeto activo, ya sea una obligación legal o jurídica, pudiendo derivarse de la ley (patria potestad), de un contrato (por ejemplo, una niñera que es contratada) o de un cargo o empleo público o privado (por ejemplo, una enfermera). Se ha dicho que se trata de una infracción a un deber de cuidado, debiendo en cada caso concreto determinarse los límites de la obligación para señalar si la conducta lo infracciona, o no<sup>1029</sup>. Como el tipo penal lo indica, la omisión de cuidado sitúa al sujeto pasivo en una situación de abandono, por lo que se pone en peligro su vida o salud, sin que tenga que comprobarse el peligro para esos bienes jurídicos, pues no se trata de un delito de peligro concreto.

La diferencia entre la omisión de cuidado (que mencionamos en el párrafo anterior) y la omisión de auxilio del artículo 166, radica en que el sujeto activo, de este último supuesto, no tiene obligación de auxiliar a la persona que se encuentra amenazada de un peligro<sup>1030</sup>, aunado a que el juzgador deberá verificar que el sujeto pasivo se encontraba amenazado por un peligro.

Este artículo 166 del CPGTO, es similar a los artículos artículo 205 del CP de Chiapas y 152 del CP de Michoacán, donde los CP contienen un supuesto que señala que el sujeto pasivo se encuentre «amenazado por un peligro», donde referí que considero que deberá comprobarse que el sujeto pasivo se haya encontrado ante una amenaza de peligro, además del requisito de que no se haya prestado el auxilio o bien no se haya dado el aviso a la autoridad, convirtiéndose en un delito de peligro concreto.<sup>1031</sup>

Respecto del delito de omisión de auxilio de persona atropellada, debemos decir que la bastara la conducta desplegada por el sujeto activo, de dejar en estado de abandono a la persona atropellada, para sancionarse penalmente. Autores como CARDONA ARIZMENDI/OJEDA RODRÍGUEZ señalan por otra parte que dicho abandono, significa no solo la omisión de auxilio o de asistencia, sino además la imposibilidad de que la víctima eluda o disminuya el peligro por sí misma o por terceros que estén en posibilidad de hacerlo<sup>1032</sup>, este comentario hecho por los autores, es una interpretación del artículo 167 del CPGTO, sin embargo, el tipo penal solo exige el lesionar a una persona y no prestarle o facilitarle ayuda, por lo que la configuración es de un delito de peligro abstracto.

El CP de Guerrero<sup>1033</sup> al igual que el de BCS y Durango, prevé cuatro figuras delictivas de omisión en tres artículos: omisión de cuidado; omisión de auxilio o de

---

<sup>1029</sup> Vid. CARDONA ARIZMENDI, Enrique, OJEDA RODRÍGUEZ Cuauhtémoc. *Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato*. Orlando Cárdenas Editor, Tercera edición. México, 2000. p. 603.

<sup>1030</sup> *Ibíd.* pp. 604, 605.

<sup>1031</sup> Vid. *Supra*. Los artículos 205 del CP de Chiapas y 152 del CP de Michoacán.

<sup>1032</sup> Vid. CARDONA ARIZMENDI/OJEDA RODRÍGUEZ. *Op. Cit.* pp. 607, 608.

<sup>1033</sup> Artículo 167. Omisión de cuidado. A quien abandone a una persona que no tenga capacidad para valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión o de cincuenta a doscientos días multa. Si el sujeto activo es ascendiente o tutor del sujeto pasivo se le suspenderá

solicitud de asistencia, para la persona que se encuentre desamparada y en peligro manifiesto, donde se incluye en el mismo artículo la omisión de persona lesionada; y la exposición de incapaces.

En este CP lo que debemos resaltar es que en la omisión de auxilio o de solicitud de asistencia, encontramos supuestos de peligro abstracto y de peligro concreto. Los supuestos comprendidos dentro del peligro abstracto se señalan a quien no estando en condiciones de prestar el auxilio, no dé aviso inmediato a la autoridad o no solicite auxilio a quienes puedan prestarlo, y a quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo. Por otro lado, los supuestos en donde podemos hablar de un delito de peligro concreto, son en los que quien omita prestar el auxilio necesario a la persona que se encuentre desamparada y en «peligro manifiesto», y cuando del abandono se pone en situación de «peligro la integridad física o psicológica» del abandonado, las penas se aumentan. Serán de peligro concreto porque en el primer supuesto deberá comprobarse que la persona se encuentra en un peligro que deberá ser observable y perceptible por los sentidos; por lo que hace al segundo supuesto, deberá acreditarse que del abandono se haya puesto en peligro la integridad física o psicológica del sujeto pasivo.

Al igual que el CP de Guerrero, BCS y Durango; el CP de Jalisco, prevé cuatro figuras de omisión, solo las mencionare y al final haré referencia a lo novedoso que trae este CP en lo que respecta a estos delitos. Prevé por un lado la exposición de infantes similar en la descripción a las anteriores, el abandono de personas enfermas o incapaces del que tuviera obligación de cuidado y el abandono de la persona a la cual atropello<sup>1034</sup>.

---

de la patria potestad o la tutela hasta por el doble del tiempo de la pena impuesta. Si el sujeto activo es médico o profesionista similar o auxiliar, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión hasta por dos años. Si por la comisión de este delito se cometiera algún otro, se aplicarán las reglas del concurso de delitos contempladas en este código.

Artículo 168. Omisión de auxilio o de solicitud de asistencia. A quien omita prestar el auxilio necesario a la persona que se encuentre desamparada y en peligro manifiesto, o a quien no estando en condiciones de prestar el auxilio, no dé aviso inmediato a la autoridad o no solicite auxilio a quienes puedan prestarlo, cuando según las circunstancias pueda hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, se le impondrá prisión de tres meses a dos años o de cincuenta a doscientos días multa.

Las mismas penas se aplicarán a quien, después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, independientemente de la pena que proceda por el delito cometido.

Si del abandono se pone en situación de peligro la integridad física o psicológica del abandonado, se impondrán de seis meses a tres años de prisión, y si resulta algún otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación.

Artículo 169. Exposición de incapaces. A quien exponga a una persona incapaz de valerse por sí misma, respecto de la cual tenga la obligación de cuidado o se encuentre legalmente a su cargo, en una institución, o ante cualquier otra persona, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión. Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de asistencia o beneficencia a una persona menor de doce años de edad que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre éste y sus bienes. No se procederá contra la madre que entregue a su hijo por ignorancia o pobreza extremas o cuando sea producto de algún delito.

Estos delitos se encuentran ubicados en el CP, dentro de los Delitos de peligro para la vida y la salud de las personas.

<sup>1034</sup> Artículo 178. Exposición de infantes. Se impondrán de dos a seis años de prisión al que exponga en una casa de expositos a un menor de siete años que se le hubiese confiado, o lo entregue a otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad, en su defecto. Si el responsable es ascendiente o tutor, además, perderá los derechos que tenga sobre la persona y bienes del menor.

Este delito está dentro del Título Delitos contra el orden de la familia.

Lo novedoso es que, dentro del abandono de personas, prevé en artículo diverso al de personas enfermas o incapaces; otro tipo de abandono, sancionando varias conductas en el mismo tipo penal; así, encontramos tres conductas, no avisar a la autoridad que corresponda si encuentran a un abandonado; o bien, abandonar a un menor incapaz o persona lesionada, invalida o amenazada de un peligro cualquiera; o el no prestar auxilio necesario cuando pudiese hacerlo. Conductas que de forma abstracta ponen en peligro la vida o salud de las personas, estimando el legislador que debe sancionar y adelantarse, antes de que lesione alguno de esos bienes jurídicos.

En el CP de Morelos, de manera similar a otros CP (Jalisco, Guerrero, BCS y Durango), contempla cuatro figuras delictivas relativas a la omisión, la omisión de cuidado (para incapaces), la exposición de incapaces, la omisión de auxilio a lesionados y la omisión de auxilio<sup>1035</sup>. En esta última figura delictiva, la omisión de auxilio del artículo 135, es donde pondremos nuestra atención y será la que destacaremos. De manera expresa el CP en el artículo 135, hace referencia *al peligro concreto y manifiesto hacia la persona*, quedando claro que ese artículo se trata de un delito de peligro concreto, donde a la hora de enjuiciarse al sujeto activo, se deberá comprobar ese peligro concreto

---

Artículo 230. Abandono de personas. Se impondrá de un mes a cuatro años de prisión, suspensión hasta por cinco años de los derechos de tutela, a quien abandone a persona enferma o que padezca enajenación mental, siempre que tuviera la obligación de cuidarlo.

Además de la pena privativa de libertad, señalada en el párrafo anterior, se impondrá al activo la pérdida definitiva del derecho de tutela y a heredar del ofendido, cuando el abandono ponga en peligro su vida.

A quien en el ejercicio de la patria potestad, tutela o custodia, abandone a un menor de edad sin causa justificada, además de la pena de prisión que establece el párrafo primero, se impondrá la pérdida de la patria potestad, tutela o custodia en forma definitiva; y si se pusiera intencionalmente en peligro la salud o la vida, podrá incrementarse la sanción hasta el doble de la pena máxima establecida en el primer párrafo de este artículo.

Artículo 231. Se impondrán de uno a cuatro meses de prisión o multa de veinte a cien veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, independientemente de las penas que correspondan por otros delitos que resulten, al que encuentre abandonado o abandone en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona lesionada, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, si no diere aviso a la autoridad que corresponda u omitiere prestarle el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo conforme a las circunstancias.

Artículo 232. Se impondrán de uno a cuatro meses de prisión, por la sola circunstancia de que un automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete, deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia, a una persona a quien atropelló.

Estos delitos se encuentran dentro del Apartado Delitos contra la vida e integridad corporal.

<sup>1035</sup> Artículo 132.- Omisión de cuidado. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

Si del abandono resulta la muerte o lesiones, se aplicarán las penas que correspondan por homicidio calificado o por lesiones calificadas en razón del grado de éstas.

Artículo 133.- Exposición de incapaces. Al que teniendo la obligación de hacerse cargo de una persona incapaz de cuidarse por sí misma, lo entrega a una institución o a otra persona, incumpliendo la ley, contraviniendo la voluntad de quien se la confió o sin dar aviso a la autoridad judicial competente, se le aplicarán las sanciones establecidas en el artículo precedente.

No se impondrá sanción alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia o extrema pobreza, o cuando aquél sea el producto de una violación o una inseminación artificial sin consentimiento.

Artículo 134.- Omisión de auxilio a lesionados. Al que habiendo lesionado culposa o fortuitamente a una persona no le preste auxilio ni solicite la asistencia que aquélla requiere, pudiendo hacerlo, y no permanezca en el lugar en que se encuentre el lesionado hasta que éste reciba el auxilio solicitado, se le impondrán las sanciones previstas en el artículo anterior.

Artículo 135.- Omisión de auxilio. Al que omita prestar el auxilio posible y adecuado a quien se encuentre ante él, desamparado y en peligro concreto y manifiesto con respecto a su persona, cuando pudiese prestarlo sin riesgo propio o de terceros, o al que no estando en condiciones de brindar dicho auxilio no de aviso inmediato a la autoridad o no solicite auxilio a quienes puedan prestarlo, se aplicará de tres meses a dos años de trabajo en favor de la comunidad.

Estos delitos se encuentran dentro del Título Delitos contra la seguridad de las personas.

para la persona(vida). De los CP en México, sólo en este CP hemos encontrado referencia a la figura del peligro concreto.

En el Estado de Nayarit<sup>1036</sup>, tutelan en su CP el abandono de personas, donde prevén varias figuras delictivas similares a las que hemos venido haciendo referencia, en especial con el CP de Jalisco. Contemplan la figura de abandono u omisión de auxilio a personas lesionadas por atropellamiento; también al supuesto novedoso del que hablamos en el CP de Jalisco, relativo a encontrar un abandonado o dejar a alguien abandonado. Pero lo destacable se encuentra en el artículo 373, el cual establece que: “a los que abandonen a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, poniendo en peligro la integridad corporal de éstos, teniendo la obligación de cuidarlos”.

Si bien este artículo 373, es similar a una de las figuras delictivas de las que hablamos en el CP de Guerrero, solo se diferencian en la redacción; aquí encontramos que el abandono debe poner en peligro la integridad corporal del menor incapaz o de la persona enferma, como un elemento necesario o un requisito, a fin de sancionar penalmente y que debe quedar demostrado. Así también, en el CP de Guerrero, el peligro a la integridad física o psicológica del abandonado, es una consecuencia del abandono, por lo que las penas se aumentaban con respecto a la figura básica de la omisión de auxilio, donde solo se sanciona el omitir prestar el auxilio necesario a la persona que se encuentre desamparada y en peligro manifiesto. Por tanto, este artículo del CP de Nayarit, al igual que el referente del CP de Guerrero, configuran este artículo como un delito de peligro concreto, pues debe existir como lo mencionamos, un peligro para la integridad corporal del menor incapaz o de la persona enferma, que debe ser comprobada para ser sancionado.

---

<sup>1036</sup> Artículo 373.- Abandono de personas. El que abandone a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, poniendo en peligro la integridad corporal de éstos, teniendo la obligación de cuidarlos, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión y suspensión hasta por cinco años de los derechos de patria potestad o tutela, según el caso, e incapacidad para heredar en los términos de la ley civil. En caso de resultar además algún daño, se aplicarán las reglas del concurso. Si la persona abandonada es un adulto mayor la pena se aumentará hasta en una mitad más.

Artículo 374.- Al que encuentre abandonado o abandone en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona lesionada, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se aplicará de tres meses a dos años de prisión y multa hasta de diez días, si no diere aviso a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Artículo 375.- El automovilista, motorista, conductor de vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia a persona a quien dañó por atropellamiento, choque o de cualquier otra forma, será sancionado con la pena de uno a cinco años de prisión, por esta sola circunstancia e independientemente del lugar en que esto ocurra. Si del abandono resultare la muerte, la sanción será de tres a ocho años de prisión y multa hasta de cuarenta días.

Estos delitos se encuentran ubicados en el Título de Delitos contra la vida y la integridad corporal.

De manera similar al CP de BC y Jalisco, los CP de Nuevo León<sup>1037</sup> y Oaxaca<sup>1038</sup> contemplan el abandono de personas bajo cuatro supuestos: el primero para prever el abandono a uno o más menores, a una o más personas enfermas, o una o más personas adultas mayores, incapaces de cuidarse a sí mismos; el segundo supuesto para el que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, invalida o amenazada de un peligro cualquiera, y no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario. El tercer supuesto es similar al delito de exposición de menores o incapaces que otros CP han tutelado, ya que establece sanción para el que teniendo la obligación de cuidar a un menor (el CP de Oaxaca señala que sea menor de siete años) o a otra persona que no pueda cuidarse a sí

---

<sup>1037</sup> Artículo 335.- Al que teniendo obligación de cuidarlo abandone a uno o más menores, a una o más personas enfermas, o una o más personas adultas mayores, incapaces de cuidarse a sí mismos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, y multa de veinte a cien cuotas si no resultare lesionado.

Para el caso de que resultara alguna lesión grave a la persona o personas abandonadas, se le aplicarán de cinco meses a cinco años de prisión y multa de cuarenta a doscientas cuotas.

Artículo 336.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, invalida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicaran de uno a dos meses de prisión, o multa de tres cuotas, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal.

Artículo 336 bis. - Al que teniendo la obligación de cuidar a un menor o a otra persona que no pueda cuidarse a sí misma, en virtud de su estado de salud o físico, lo abandone en forma en la que se vea expuesto a un peligro cualquiera, se le aplicará de uno a siete años de prisión y una multa de treinta a trescientas cuotas, cuando no resultare lesionado.

Para el caso de que resultara alguna lesión grave a la persona o personas abandonadas, se le aplicarán de dos a nueve años de prisión y multa de sesenta a cuatrocientas cuotas.

Artículo 337.- El automovilista, motociclista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete, que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia a persona a quien atropello, por imprudencia o accidente, será castigado con seis meses a dos años de prisión.

Los mencionados artículos están dentro del Título Delitos de peligro.

<sup>1038</sup> Abandono de personas. Artículo 317.- A quien abandone a un niño o niña, a persona con discapacidad, persona adulta mayor, a un enfermo u otra persona cualquiera, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de cinco a ocho años de prisión, privándolo, además de la patria potestad, tutela y derechos hereditarios que le corresponda, si el inculcado fuera ascendiente, descendiente o tutor de la persona ofendida. Si resultara daño alguno, se aplicarán las reglas de la acumulación.

Artículo 322.- Al que encuentre abandono o perdido en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, y no diera aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarle el auxilio necesario, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión y multa de cien a quinientos pesos.

Artículo 323.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestar o facilitar asistencia a la persona a quien atropelló, por culpa o accidente, se le aplicará prisión de tres meses a dos años, y multa de cien a mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan si resulta cometido otro delito.

Artículo 323 Bis. - En los supuestos previstos en el artículo 317 y 322, primer párrafo, no integran los elementos del cuerpo del delito de omisión de auxilio o de cuidado, las conductas señaladas por el personal de salud para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de los Cuidados Paliativos para los Enfermos no Curables o en Situación Terminal del Estado de Oaxaca y la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Oaxaca.

Tampoco integran los elementos del cuerpo del delito previstos en el párrafo anterior, las conductas realizadas conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de los Cuidados Paliativos para los Enfermos no Curables o en Situación Terminal del Estado de Oaxaca y la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Oaxaca, suscritas y realizadas por el solicitante o representante, en el documento de voluntad anticipada para los efectos legales a que haya lugar.

Artículo 324.- Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de un mes a un año de prisión y multa de cien a mil pesos.

Estos delitos están ubicados dentro de los Delitos contra la vida y la integridad corporal.

misma, en virtud de su estado de salud o físico, lo abandone en forma en la que se vea expuesto a un peligro cualquiera. Y finalmente establecen el abandono de persona atropellada. Los supuestos previstos por ambos CP, podemos encuadrarlos dentro de delitos de peligro abstracto, toda vez que, en ninguno de los artículos enunciados, se observa exigencia expresa de crear un peligro concreto para algún bien jurídico, en abstracto el legislador protege bienes jurídicos como la vida o la salud de las personas.

El CP de Puebla<sup>1039</sup> contempla seis tipos penales relativos al abandono de personas, algunos con la misma redacción, solo distinto en el sujeto pasivo del delito. En un primer y segundo supuesto encontramos al que abandona a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma; y al que abandona a una persona, incapaz de valerse por sí misma, en ambos casos se debe tener la obligación de cuidarlos. En un tercer caso, encontramos el que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera. En el cuarto precepto, tenemos al que abandonare a persona que hubiere atropellado. En el quinto, el supuesto también llamado por otros CP como exposición de menores o incapaces. Y finalmente un supuesto nuevo, para los que, sin motivo justificado, abandonare a quien tiene derecho de recibir alimentos, y que no cuente el sujeto pasivo con recursos para atender sus necesidades de subsistencia. Seis supuestos de delitos de peligro abstracto, se pone en peligro la vida o la salud de las personas, aunque los tipos penales no lo señalen expresamente, en ellos lo que se presume es la peligrosidad misma de la acción.

En el sexto supuesto, relativo a quien si motivo justificado, abandonen a quien tiene derecho a recibir alimentos, y estos últimos carezcan de recursos para atender sus necesidades, “se requiere que: 1) el activo abandone y deje de cumplir su obligación de asistencia; 2) carezca de motivo justificado para ello, y 3) en virtud de esa conducta, los acreedores queden sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia entendida ésta desde el punto de vista del derecho alimentario... es indudable que para la

---

<sup>1039</sup> Abandono de personas. Artículo 346.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le impondrá de un mes a cuatro años de prisión y se le privará de la patria potestad o de la tutela, si ejerciere uno de esos cargos.

Artículo 347.- Al que, sin motivo justificado, abandonare a quien tiene derecho de recibir alimentos de éste, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días de salario mínimo y suspensión o pérdida de los derechos de familia.

Para los efectos de éste artículo, se tendrá por consumado el delito aun cuando él o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado o reciban ayuda de un tercero.

Artículo 350.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera y no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, se le impondrán de uno a seis meses de prisión o multa de uno a diez días de salario.

Artículo 351.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que dejare en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia y el cuidado que desde luego necesite, a una persona a quien hubiere atropellado por imprudencia o accidente, será sancionado con prisión de un mes a dos años, independientemente de la sanción aplicable por el daño causado en el atropellamiento.

Artículo 352.- Al que abandone a una persona, incapaz de valerse por sí misma, teniendo aquella obligación de cuidar a ésta, se le impondrá de dos meses a seis años de prisión y multa de cinco a cincuenta días de salario.

Artículo 353.- Al que abandone a un menor de siete años, en una institución de asistencia o lo entregue a cualquier otra persona, sin la anuencia de quien se lo confió o de la autoridad, en su defecto, se le sancionará con prisión de uno a cuatro meses y multa de cinco a cincuenta días de salario.

Estos delitos están ubicados en el apartado de los Delitos de peligro, en el CP de Puebla.

configuración del tipo penal basta con que quien tiene el deber derivado de una determinación, mandato o sanción judicial, de proporcionar a otro los medios de subsistencia, deje de hacerlo sin causa justificada. Ello es así, porque al tratarse de un delito de peligro no es preciso que los acreedores se encuentren en situación de desamparo absoluto real, surgido de la ausencia de recursos que permitan su subsistencia, la cual en su concepción jurídica, se presume ante la disposición de un juez civil, que previamente constató las necesidades del acreedor y las posibilidades del deudor, razón por la que la obligación a su cargo no puede desplazarse a otra persona en tanto que una autoridad judicial determinó que es a él y no a alguien más a quien corresponde garantizar la subsistencia de sus acreedores, lo que responde a un espíritu tutelar para la institución de la familia, pues elevando el incumplimiento a la categoría de ilícito penal se pretende castigar el abandono de quien debiendo amparar a los miembros de la familia que lo necesitan, los abandona sin justo motivo.”<sup>1040</sup>

De equivalente forma al CP de BC, en Querétaro<sup>1041</sup> y Sinaloa<sup>1042</sup> establecieron cuatro figuras de omisión en su CP, las cuales mencionaremos brevemente, difiere un

---

<sup>1040</sup> Jurisprudencia Penal. Núm. de Registro: 163899. Novena Época. Primera Sala. Tesis de jurisprudencia 46/2010. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiuno de abril de dos mil diez. ABANDONO DE PERSONAS. PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESE DELITO BASTA CON QUE QUIEN TIENE EL DEBER DERIVADO DE UNA DETERMINACIÓN O SANCIÓN JUDICIAL DE PROPORCIONAR A OTRO LOS MEDIOS DE SUBSISTENCIA DEJE DE HACERLO SIN CAUSA JUSTIFICADA (LEGISLACIÓN PENAL DE LOS ESTADOS DE GUANAJUATO, CHIAPAS Y PUEBLA). <http://sjf2.scjn.gob.mx>

<sup>1041</sup> Omisión de auxilio. Artículo 143.- Al que omita prestar el auxilio necesario a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto en su persona, cuando conforme a las circunstancias pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, o al que no estando en condiciones de prestarlo no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitare auxilio a quienes pudieren prestarlo, se le impondrá prisión de tres a cinco meses o trabajo en favor de la comunidad hasta por el mismo tiempo.

Omisión de cuidado. Artículo 144.- Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le aplicará prisión de tres meses a tres años.

Omisión de auxilio a atropellados. Artículo 145.- Al que habiendo atropellado culposamente o por caso fortuito a una persona, no le preste auxilio o solicite la asistencia que requiera, pudiendo hacerlo, se le aplicará prisión de tres meses a dos años.

Exposición de incapaces. Artículo 146.- Al que teniendo la obligación de hacerse cargo de un incapaz de cuidarse por sí mismo, lo entregue a una institución o a cualquiera otra persona, contraviniendo la Ley, o contra la voluntad de quien se lo confió o sin aviso al Juez de lo Familiar, se le aplicará prisión de tres meses a un año o trabajo en favor de la comunidad hasta por seis meses.

No se aplicará pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza o cuando aquél haya sido producto de una violación.

Delitos ubicados dentro del Título Delitos contra la vida y la salud personal.

<sup>1042</sup> Omisión de auxilio. Artículo 159. Al que omita prestar el auxilio necesario a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto en su persona, cuando según las circunstancias pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, o al que no estando en condiciones de prestarlo no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitare auxilio a quienes pudieren prestarlo, se le impondrá prisión de tres a seis meses o de diez a treinta días multa.

Omisión de cuidado. Artículo 160. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le aplicará prisión de tres meses a tres años y privación de la patria potestad o tutela del abandonado si la tuviera.

Omisión de auxilio a atropellados. Artículo 161. Al que habiendo atropellado a una persona, no le preste auxilio o solicite la asistencia que requiera pudiendo hacerlo, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de treinta a noventa días multa.

Artículos de Omisión, dentro del Título Primero. Delitos contra la vida y la salud de las personas.

Exposición de incapaces. Artículo 162. Al que teniendo la obligación de hacerse cargo de un incapaz de cuidarse por sí mismo, lo entregue a una institución o a cualquier otra persona, contraviniendo la ley o contra la voluntad de quien se lo confió o sin la anuencia del juez de lo familiar, se le aplicará prisión de

poco solo en la redacción de la omisión de auxilio con la contemplada por el CP de BC. La omisión de auxilio, que contempla sanción penal para el que omita prestar el auxilio necesario a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto en su persona. Omisión de cuidado para el que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla. La omisión de auxilio para persona a la cual atropello. Y la exposición de incapaces. Estas figuras delictivas comprenden delitos de peligro abstracto, pues en su redacción penal, no encontramos exigencia expresa a la puesta en peligro concreto a algún bien jurídico; se presume de inicio la peligrosidad de la conducta desarrollada por el activo y contenida en la norma penal.

En los CP de Quintana Roo<sup>1043</sup> y Tabasco<sup>1044</sup> encontramos tres figuras de omisión, bajo el título de Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas en Quintana Roo y Delitos contra la seguridad personal en Tabasco; las cuales no difieren mucho con las tres primeras del CP de Querétaro (omisión de auxilio, omisión de cuidado y omisión de auxilio a persona atropellada), por ello no las abordaremos nuevamente.

Encontramos en el CP de San Luis Potosí dos figuras relativas a la omisión, la primera de ellas es la omisión de lesionados en el artículo 155<sup>1045</sup> y la segunda relativa al abandono u omisión de cuidado, contenida en los artículos 204 y 204 Bis<sup>1046</sup>, en el primer

---

tres meses a un año, o trabajo en favor de la comunidad hasta por seis meses y privación de la patria potestad o tutela del incapaz si la tuviera.

Artículo 163. No se aplicará pena alguna a la madre que entregue a su hijo por extrema pobreza o cuando aquél haya sido producto de una violación o inseminación artificial ilegal.

Los artículos relativos a la Exposición de incapaces, se ubican dentro del Título tercero, del mismo nombre.<sup>1043</sup> Artículo 110.- Al que omita prestar el auxilio necesario a quien se encuentre desamparado y en peligro manifiesto en su persona cuando pudiese hacerlo, según las circunstancias sin riesgo propio ni de terceros, se le impondrá de seis a nueve meses de prisión o trabajo en favor de la comunidad de quince a sesenta días.

La misma pena se impondrá a quien no estando en condiciones de prestar el auxilio, no diere aviso inmediato a la autoridad o no solicitase auxilio a quienes pudiesen prestarlo.

Artículo 111.- Al que abandone una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla se le aplicará prisión de seis meses a tres años.

Artículo 112.- Al que con motivo de tránsito de vehículo atropelle a una persona y no le preste el auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le aplicará de seis meses a un año de prisión o trabajo en favor de la comunidad de quince a noventa días, independientemente de la pena que corresponda con motivo del atropellamiento.

<sup>1044</sup> Omisión de auxilio. Artículo 137. Al que estando en presencia de una persona desamparada y en peligro manifiesto y actual para su vida o salud, omita prestarle el auxilio posible o, no dé aviso inmediato a la institución o autoridad, o no solicite el auxilio a quienes puedan prestarlo, se le aplicará de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa.

Artículo 138. Se le impondrá la misma sanción del Artículo anterior al que habiendo atropellado a una persona, omita prestarle el auxilio posible o, si no pudiera hacerlo personalmente, no lo solicite y permanezca en el lugar hasta que el auxilio sea prestado.

Omisión de cuidado. Artículo 139. Al que abandone a una persona incapaz de valerse a sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le aplicará prisión de uno a cuatro años.

<sup>1045</sup> Omisión de Auxilio a Lesionados. Artículo 155. Comete el delito de omisión de auxilio a lesionados el conductor de un vehículo o jinete que deja en estado de abandono, sin prestar ni facilitar asistencia, a quien lesionó sin dolo o deja de avisar inmediatamente a la autoridad, siempre que la víctima no pueda ser auxiliada oportunamente por cualquier persona.

Este delito se sancionará con una pena de tres meses a un año de prisión y sanción pecuniaria de treinta a cien días del valor de la unidad de medida y actualización.

Este delito se encuentra dentro del Título Delitos contra la Paz, la Libertad, y la Seguridad de las personas.

<sup>1046</sup> Artículo 204. También comete el delito a que se refiere el presente capítulo, quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla y, en su caso, se le privará del ejercicio de la patria potestad o de la tutela y del derecho a heredar respecto de la persona abandonada.

precepto se señala que comete el delito quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma, teniendo la obligación de cuidarla. En el artículo 204 Bis, se señala qué quien abandone a un adulto mayor en situación de vulnerabilidad, teniendo obligación de procurarlo; así mismo para quien o quienes estando a cargo de un establecimiento público o privado, en que se brinde asistencia integral a adultos mayores, no la proporcione de manera adecuada y oportuna. Este último supuesto es novedoso, ya que ningún otro CP en México contempla sanciones penales, para los establecimientos públicos o privados que no brinden asistencia de forma adecuada, a los adultos mayores. Con este precepto se protege a uno de los sectores de la población más vulnerable, los adultos mayores, que evidentemente si no se les proporciona el cuidado necesario o debido, se pondría en peligro su vida o su salud.

Por otro lado, en el CP de Sonora se tipificaron cinco figuras delictivas bajo el título de abandono de personas<sup>1047</sup>. Cuatro figuras ya las hemos abordado en otros CP,

---

En este caso la pena será de uno a tres años de prisión y sanción pecuniaria de cien a trescientos días del valor de la unidad de medida y actualización.

Artículo 204. Bis. Al que abandone a un adulto mayor en situación de vulnerabilidad, teniendo obligación de procurarlo, en términos del Código Familiar del Estado, siempre y cuando, en su caso, haya cumplido con sus obligaciones familiares respecto de aquel; así como quien o quienes estando a cargo de un establecimiento público o privado, en que se brinde asistencia integral a adultos mayores, no la proporcione de manera adecuada y oportuna, se les impondrá una pena de dos a cinco años de prisión y sanción pecuniaria de doscientas a quinientas días de unidades de medida de actualización, más la reparación del daño.

Para el caso de que el abandono traiga como consecuencia la muerte de la persona, se aplicarán las penas que este propio Código contempla para el homicidio por omisión.

Estos artículos se encuentran dentro del capítulo denominado “Incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar”, que si bien es un capítulo destinado al incumplimiento de obligaciones monetarias o alimentarias para la familia, en el mismo apartado encontramos las dos figuras de omisión de cuidado.

<sup>1047</sup> Artículo 272.- Al que abandone a una persona incapaz de cuidarse a sí misma, teniendo la obligación de cuidarla, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión. Si resultare algún daño, se observarán las reglas que para el concurso de delitos señala este Código.

Si el delito se cometiera en contra de la víctima por su condición de género, o en contra de un adulto mayor, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte.

Artículo 273.- Al que encuentre abandonada o perdida en cualquier sitio a una persona incapaz de cuidarse a sí misma o amenazada de un peligro cualquiera, y no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal, se le aplicará de diez a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

Artículo 274.- Al conductor de un vehículo cualquiera o jinete que, culposa o fortuitamente, atropelle a una persona y se retire del lugar, sin prestar o facilitar la asistencia que estuviere a su alcance proporcionar, será sancionado con prisión de un mes a dos años o multa de cuarenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización, independientemente de las sanciones que resultaren por el delito cometido, en su caso.

Artículo 274 Bis.- Al conductor de un vehículo cualquiera que, culposa o fortuitamente, se vea involucrado en un accidente de tránsito, donde exista la posibilidad de lesionados, se retire del lugar, sin prestar o facilitar la asistencia que estuviere a su alcance proporcionar, y no intercambien datos de contactos reales, será sancionado con prisión de un mes a un año y multa de cuarenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización, independientemente de las sanciones que resultaren por el delito cometido, en su caso.

Adicionalmente a lo establecido por el artículo 243 de este Código, cuando concurren las circunstancias señaladas en el párrafo anterior, las víctimas resultaren lesionadas, si estas tardan menos de quince días en sanar, la sanción será de tres meses a tres años de prisión y multa de ochenta a cuatrocientas Unidades de Medida y Actualización; si las lesiones de las víctimas se consideran mayores de quince días en sanar, la sanción será de seis meses a cinco años de prisión y multa de doscientas a quinientas Unidades de Medida y Actualización.

Sin menoscabo de lo que marca el artículo 65 de este ordenamiento, cuando concurren las circunstancias señaladas en el primer párrafo de este artículo, si las víctimas fallecieron producto de las lesiones provocadas por el accidente de tránsito, la pena se incrementará de dos a diez años de prisión y multa doscientas a quinientas Unidades de Medida y Actualización.

como lo es el abandono a persona incapaz de valerse por sí misma; abandono a persona atropellada; al que encuentre abandonada o perdida en cualquier sitio a una persona incapaz de cuidarse a sí misma o amenazada de un peligro cualquiera; y la exposición de menores o incapaces. El quinto supuesto es nuevo ya que sanciona al conductor de un vehículo que, culposa o fortuitamente, se vea involucrado en un accidente de tránsito, donde exista la posibilidad de lesionados, y se retire del lugar, sin prestar o facilitar la asistencia y no intercambien datos de contactos reales. De manera abstracta este último delito, viene a proteger la vida o la salud de la persona, ante la posibilidad de que resulten lesionados con motivo del accidente vehicular.

En el CP de Tamaulipas encontramos el delito de Exposición de menores, así como diversas modalidades del delito de abandono de personas<sup>1048</sup>. En el abandono de

---

Se exceptúa de las penas mencionadas en los párrafos anteriores cuando el conductor se retire del lugar en busca de auxilio y regrese a ponerse a disposición de los involucrados o las autoridades dentro de las siguientes tres horas del incidente, o, si no existieren lesionados, reporte el accidente de tránsito dejando sus datos de contacto de manera inmediata al evento de tránsito.

Artículo 275.- Al que, sin causa justificada, disponga de un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, entregándolo a un establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad, en su defecto, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión y multa de diez a doscientas Unidades de Medida y Actualización.

Si la entrega se realiza con el fin de obtener un lucro para sí o para otro, o de causar un daño o perjuicio al menor o a persona relacionada con él, se le impondrán de uno a diez años de prisión y multa de veinte a trescientas Unidades de Medida y Actualización.

Estas mismas sanciones se aplicarán a las personas, que en las circunstancias a que se refiere este artículo, reciban dolosamente al menor.

Estos delitos están ubicados dentro del Título Delitos contra la vida y la salud.

<sup>1048</sup> Exposición de menores. Artículo 292.- Comete el delito a que se refiere este capítulo el que exponga en una casa de expósitos a un menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto.

Este delito se encuentra dentro del Título Delitos contra la familia y el estado civil.

Abandono de personas. Artículo 362.- Comete el delito de abandono de personas, el que teniendo obligación de cuidarlos, abandone a un menor, a una persona enferma o a un anciano, incapaces de cuidarse a sí mismos.

También incurre en éste delito el que injustificadamente abandone a su cónyuge, concubina o concubinario, sus hijos menores de edad o incapaces, o a sus padres, estando enfermos.

El delito de abandono de personas sólo se perseguirá a petición del cónyuge, concubina o concubinario ofendido o de sus legítimos representantes o del representante de los hijos y a falta de éste, la acción la iniciará el Ministerio Público. En este último supuesto el Ministerio Público, representará interinamente a los menores de edad, o a quien siendo mayor de edad le sea imposible cuidar de sí misma, hasta en tanto se designe un tutor especial para los efectos del presente artículo.

Este delito se perseguirá de oficio cuando cause daño a una persona menor de edad, o que siendo mayor de edad le sea imposible cuidar de sí misma.

Artículo 363.- Al responsable del delito señalado en el artículo anterior, se le impondrá una sanción de uno a cuatro años de prisión, sino resultare daño alguno.

Si resultara algún daño, por el delito de abandono de personas, se impondrá una sanción de uno a cinco años de prisión.

Cuando se trate de un menor de doce años, se impondrá al responsable la pena de uno a seis años de prisión, y será considerado como delito grave.

Si el responsable fuere ascendiente o tutor del ofendido, se le privará además de la patria potestad o de la tutela y de los derechos relativos a la familia.

Artículo 364.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrá una sanción de uno a dos meses de prisión, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarles el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

personas del artículo 362 se prevén dos supuestos, el primero para quien abandone a personas teniendo la obligación de cuidarlas, y el segundo para quien, injustificadamente abandone a su cónyuge, concubina o concubinario, sus hijos menores de edad o incapaces, o a sus padres, estando enfermos. En el artículo 364 se contempla que se sancionara al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera. Por último, se tuteló el supuesto de abandono de persona lesionada o atropellada. El segundo supuesto del artículo 362 es el que resulta novedoso, ya que no se había contemplado en otros CP, respecto del cual se viene a proteger la vida o la salud de las personas que se hayan abandonado, aun y cuando no lo mencione expresamente el tipo penal (como delito de peligro abstracto), finalmente es lo que se busca proteger con este delito.

Encontramos cuatro figuras delictivas en el CP de Tlaxcala<sup>1049</sup> (similares a los CP de BC, Querétaro y Sinaloa), de las que solo difiere un poco en la redacción de la omisión de auxilio. La omisión de auxilio, que contempla sanción penal para el que omita auxiliar a una persona que, por cualquier circunstancia, estuviese amenazada de un peligro. En la Omisión de cuidado, la omisión de auxilio a persona lesionada y la exposición de incapaces, es muy poca la diferencia que encontramos con respecto a esos CP.

El CP de Veracruz también maneja cuatro figuras de omisión, la omisión de auxilio, la omisión de auxilio a persona lesionada, la omisión de cuidado y la exposición de menores e incapaces<sup>1050</sup>. Similar a lo contemplado por el CP de Tlaxcala, solo

---

Artículo 365.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete, que deje en estado de abandono, sin prestar o facilitar asistencia a la persona a quien atropelló por culpa o accidente, se le impondrá una sanción de dos meses a un año de prisión.

Estos delitos están ubicados dentro del Título Delitos contra la vida y la salud de las personas.

<sup>1049</sup> Omisión de cuidado. Artículo 303. Se impondrá de tres meses a dos años de prisión y multa de dieciocho a ciento cuarenta y cuatro días de salario y se le privará de la patria potestad o de la tutela, al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla.

Si el sujeto activo fuere ascendiente o tutor de la víctima, se le privará del derecho de heredar respecto a la persona abandonada.

Omisión de auxilio. Artículo 304. Se impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis días de salario, al que omita auxiliar a una persona que por cualquier circunstancia, estuviese amenazada de un peligro, cuando pudiera hacerlo sin riesgo alguno o al que no estando en condiciones de llevarlo a cabo no diere inmediato aviso a la autoridad.

Omisión de auxilio a lesionados. Artículo 305. A quien después de lesionar a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere pudiendo hacerlo, se le impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis días de salario.

Exposición de incapaces o menores de edad. Artículo 306. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión y multa de dieciocho a setenta y dos días de salario.

Estos cuatro delitos están ubicados dentro del Título Delitos de peligro contra las personas.

<sup>1050</sup> Omisión de auxilio. Artículo 155.-A quien omita prestar el auxilio necesario a una persona que, en su presencia, estuviere lesionada o amenazada de un peligro actual e inminente, siendo aquél capaz de otorgarlo sin riesgo de su parte, o a quien, no estando en condiciones de proporcionarlo, no diere aviso inmediato a la autoridad, se le impondrán de un mes a tres años de prisión y multa hasta de veinticinco días de salario.

A quien lesione a una persona, así sea culposa o fortuitamente, y no le preste el auxilio inmediato que fuere posible y adecuado o, si no pudiera hacerlo personalmente, omita solicitarlo a la institución o autoridad que pueda prestarlo y no permanezca en el lugar de los hechos hasta que el auxilio sea prestado, se le impondrán de nueve meses a cuatro años de prisión y multa hasta de veinticinco días de salario.

Omisión de cuidado. Artículo 156.-A quien abandone a menores o personas enfermas, adultas mayores o incapaces de cuidarse por sí mismos, exponiéndolas a un peligro en su integridad física, teniendo la obligación de cuidarlas, se le impondrán de dos a seis años de prisión y multa hasta de trescientos días de

expondré algunas diferencias. En la omisión de auxilio el tipo penal señala que, la omisión a prestar el auxilio debe darse en presencia del sujeto activo, ante el cual el sujeto pasivo estuviera lesionada o amenazada de un peligro actual e inminente, siempre que no exista riesgo de su parte, o a quien, no estando en condiciones de proporcionarlo, no diere aviso inmediato a la autoridad. La omisión de cuidado es similar, debe existir un abandono a menores o personas enfermas, adultas mayores o incapaces de cuidarse por sí mismos, la única diferencia es que en el CP de Veracruz el tipo penal exige, además, que se expongan a un peligro en su integridad física. Y en la exposición de menores e incapaces, el niño debe ser menor de 7 años. Salvo el delito de omisión de cuidado, los demás delitos son de peligro abstracto ya que en el tipo penal no encontramos que se exija la comprobación de un peligro en concreto, mientras que en el de omisión de cuidado del artículo 156, será de peligro concreto, toda vez que el tipo penal exige que haya un peligro en la integridad física del sujeto pasivo que se haya abandonado.

En los CP de Yucatán<sup>1051</sup> y Zacatecas<sup>1052</sup> (de forma similar a los CP de Querétaro y Sinaloa), se prevén cuatro figuras, bajo la denominación de abandono de personas, la

---

salario. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela o custodia, así como del derecho a heredar si estuviere en aptitud legal para ello.

Exposición de menores e incapaces. Artículo 157.-A quien entregue un menor de siete años o incapaz, que se le hubiere confiado, a un establecimiento de beneficencia, sin anuencia de quien se lo entregó o de la autoridad, se le impondrán prisión de uno a cinco años y multa hasta de cien días de salario.

Si la persona a quien se le confió el menor o incapaz lo entrega a otra persona, sin autorización de quien se lo confió, se le impondrán prisión de tres a diez años y multa hasta de setecientos días de salario.

Estos artículos se encuentran dentro del Título Delitos contra la vida e integridad corporal.

<sup>1051</sup> Artículo 352.- A quien abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión, independientemente de la sanción correspondiente a otro delito que resultare cometido, privándolo además de la patria potestad o de la tutela, si el imputado fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Artículo 353.- A quien encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera y no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, se le impondrá de uno a seis meses de prisión o de diez a cien días-multa.

Artículo 354.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que dejare en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia y el cuidado que desde luego necesite, a persona a quien hubiere atropellado por culpa o accidente, será sancionado con prisión de uno a seis meses o de diez a cincuenta días-multa y de diez a cincuenta días de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la sanción aplicable por el daño causado con el atropellamiento.

Para los efectos de este artículo se tomará en cuenta el lugar, la hora y demás circunstancias del caso y se considerará que no existe dicho delito, si el atropellamiento se verificó en un lugar en que la víctima pudiese recibir auxilio oportuno.

Artículo 355.- Al que tenga legalmente la obligación de hacerse cargo de una persona incapaz de cuidarse a sí misma, la entregue a una institución o a una persona, incumpliendo la ley, o contraviniendo la voluntad de quien se la confió y sin dar aviso a la autoridad competente, se le aplicará prisión de uno a cuatro años y de diez a cien días-multa.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia o extrema pobreza, o cuando aquél sea producto de una violación o de una inseminación artificial sin consentimiento.

Delitos ubicados dentro del Título Delitos contra la vida e integridad corporal.

<sup>1052</sup> Exposición de infantes. Artículo 240.- Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue a otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o, en su defecto, de la autoridad, se le aplicarán de tres meses a un año de prisión y multa de una a cinco cuotas.

Este delito está ubicado sistemáticamente dentro de los Delitos contra el orden de la familia.

Abandono de personas

Artículo 314.- Al que abandone a un niño o a un anciano incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de tres meses a cuatro años de prisión, si no

primera para quien abandone a un niño o a un anciano incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos; la segunda para quien encuentre abandonado o abandone en cualquier sitio a un menor, a un anciano incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera; la tercera es para sancionar al que abandone a quien haya atropellado y la última, una similar a la exposición de incapaces. La cuarta figura denominada en el CP de Zacatecas, exposición de infantes, si muestra diferencias con el CP de Yucatán, ya que en Zacatecas se requiere que se exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue a otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la persona que se lo confió o, en su defecto, de la autoridad.

Para terminar con el análisis de este apartado, el CPF<sup>1053</sup>, contiene cinco tipos penales bajo la denominación Abandono de personas, cuatro de ellas similares a Puebla y Tamaulipas; la omisión de cuidado para el que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos; la omisión de auxilio para el que encuentre abandonado; la exposición de menores; omisión de auxilio a persona atropellada y el último supuesto novedoso, es para el que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia. Los supuestos mencionados de los artículos 335, 336, 341 y 342 encuadran en un delito de peligro abstracto.

---

resultare daño alguno, privándolo además de la patria potestad, de la tutela o de la curatela, si el delincuente fuere ascendiente, descendiente, tutor o curador del ofendido, así como del derecho a la herencia del mismo. Artículo 315.- Al que encuentre abandonado o abandone en cualquier sitio a un menor, a un anciano incapaz de cuidarse a sí mismo a una persona lesionada, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos años de prisión y multa de cincuenta a cien cuotas, si no diera aviso inmediato a la autoridad u omitiese prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Artículo 316.- El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono sin prestarle o facilitarle asistencia a la persona a quien atropelló, o le causó un daño similar, será sancionado con la pena de uno a dos años de prisión y multa de cincuenta a cien cuotas, por esta sola circunstancia. Si del abandono resultare la muerte, la sanción será de dos a ocho años de prisión; si resultaren lesiones o algún otro delito, se aplicará la mitad de las sanciones que correspondan a aquéllos. Estos delitos se encuentran ubicados dentro del Título Delitos contra la vida y la integridad corporal.

<sup>1053</sup> Artículo 335.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Artículo 340.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Artículo 341.- Al que habiendo atropellado a una persona, culposa o fortuitamente, no le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiere, pudiendo hacerlo se le impondrá de quince a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, independientemente de la pena que proceda por el delito que con el atropellamiento se cometa.

Artículo 342.- Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se le confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y una multa de cinco a veinte pesos.

Estos cinco delitos están dentro del Título Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Por otro lado, con respecto al artículo 340, al incluir la amenaza de peligro en uno de los supuestos, deberá probarse la existencia de esa «amenaza de un peligro», además de probarse que no se haya prestado el auxilio o bien no se haya dado el aviso a la autoridad, convirtiéndose en un delito de peligro concreto, aun y cuando el tipo no exija que la comprobación del peligro sea concreto, real o efectivo, se deberá comprobar que dicha amenaza de peligro existió.

El abandono de personas u omisión de cuidado, afecta la seguridad física de la persona, la que se viene a poner en peligro, ya que en el abandono se pone en peligro precisamente la vida o salud de la persona, el abandono material de quien no puede valerse por sí mismo, se sancionara dependiendo del grado de exposición al peligro y al incumplimiento del deber y obligación de no abandonar al incapaz. Los elementos de esta conducta son, precisamente el abandono, el cual debe recaer en una persona que no pueda valerse o cuidarse por sí misma y que el sujeto activo sea una persona obligada a proporcionárselo<sup>1054</sup>.

La finalidad del legislador frente a esta clase de delitos es sancionar la inactividad adoptada por quien debe de actuar, ante situaciones o circunstancias bajo las cuales otra persona se encuentra o ha sido colocado, mismas que lo colocan en una posición de peligro, con la posibilidad de afectar su integridad física<sup>1055</sup>.

Por otro lado, JIMÉNEZ HUERTA señala que estas figuras delictivas son relativas a los llamados “tipos de peligro presunto es voluntad de la ley considerar que en la conducta descrita yace supuesto un riesgo para los bienes jurídicos de la vida o de la integridad humana, sin que sea necesario demostrar caso por caso la realidad del peligro. La “ratio” de estos tipos penales descansa precisamente en la existencia de conductas cuya realización presupone un peligro abstracto para la vida o la integridad de las personas”<sup>1056</sup>. Al respecto no estoy totalmente de acuerdo con este autor, ya que los tipos de peligro presunto, solo lo que hacen es presumir o suponer, sin tener una base sólida o una idoneidad real<sup>1057</sup>. Por ello considero que no debe mezclarse los tipos de peligro presunto, lo cuales no existen en la doctrina y los delitos de peligro abstracto, sobre los cuales encontramos bastante bibliografía escrita y con respecto de los cuales se escribe este trabajo.

En el concepto de abandono de personas, además de incluir la idea de cesación de la relación de proximidad física entre el sujeto activo y el pasivo, subyace la de incumplimiento de las obligaciones de custodiar o asistir al sujeto pasivo, o de prestarle los medios o recursos necesarios para su subsistencia<sup>1058</sup>.

Este incumplimiento de deberes jurídicos, se divide penalmente en tres direcciones que dan lugar a diversos delitos. El primero se actualiza cuando el abandono se presenta por el incumplimiento de un deber consistente en *custodiar* al sujeto pasivo

---

<sup>1054</sup> Vid. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en particular. Tomo I*. Editorial Porrúa. Décimo sexta edición. México, 2018. Pág. 206.

<sup>1055</sup> Vid. GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Novena edición. México, 2014. Pág. 721.

<sup>1056</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho penal Mexicano. Tomo II*. Ed. Porrúa. México 2018. p. 235.

<sup>1057</sup> Vid. Tema 3.1 del Capítulo II de este trabajo, donde se describió por FEIJOO SÁNCHEZ y CORCOY BIDASOLO, que entender por delito presunto.

<sup>1058</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* p. 236.

con la presencia del sujeto activo, surgiendo el delito de abandono de niño o incapaz de cuidarse a sí mismo o de persona enferma (artículos 335, 342 CPF). El segundo supuesto se da cuando el abandono se prolonga o se genera, por el incumplimiento de un deber consistente en *auxiliar* al sujeto pasivo, surgen aquí los delitos de omisión o abandono de personas lesionadas o atropelladas, así como la omisión de socorro a un menor incapaz o a una persona invalida (artículos 340, 341 CPF). Y por último cuando el abandono brota del incumplimiento de un deber de *protección* consistente en otorgar los medios o recursos necesarios para la subsistencia del sujeto pasivo, surgiendo ante ello los delitos de abandono de cónyuge e hijos (artículo 336 CPF), o de mujer embarazada (artículo 256 del CP de Coahuila)<sup>1059</sup>.

Por otro lado, existen opiniones respecto de las cuales señalan que este tipo de delitos, deben estar incluidos en los denominados Delitos de peligro, comentario con el que coincido y con respecto de cual la gran mayoría de los CP en México, así lo ubican (18 CP lo ubican dentro de los Delitos de peligro, Delitos de peligro contra la vida y/o la salud de las personas<sup>1060</sup>), y no en los Delitos contra la vida (12 CP lo ubican en este último<sup>1061</sup>), pues si bien derivado de este comportamiento puede surgir un daño a la vida o a la salud, ello es materia de otras figuras (homicidio o lesiones). Por ello se afirma que el bien jurídico protegido no es la causa de un daño, si no el potencial para producirlo, se sanciona, por tanto, la situación peligrosa por ser posible que, a través de ella se derive una mayor afectación. Bajo esas premisas, el bien jurídico afectado no es la vida, ni la integridad corporal, sino la falta de ayuda que hace emerger la situación de peligro considerada por el legislador como comportamiento delictuoso<sup>1062</sup>, y en el caso de estos delitos, el peligro será para la vida o la salud de las personas.

Por otro lado, dentro del análisis que realizamos al Código Penal Español, con el fin de buscar figuras delictivas similares a las abordadas en este trabajo, pertenecientes a los Códigos penales mexicanos, debemos mencionar que el CP prevé en principio el delito de omisión del deber de socorro<sup>1063</sup>, en el artículo 195, bajo el cual sanciona tres supuestos, el primero omitir auxiliar a persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave(195.1); el segundo para el que impedido de prestar auxilio, no solicite el mismo (195.2); y el tercero, para el supuesto donde la víctima fuera por un accidente

---

<sup>1059</sup> *Ibíd.* Los artículos que sirven de ejemplo, son diversos a los mencionados por el autor, son de mi opinión.

<sup>1060</sup> Baja California, Baja California Sur, Ciudad de México, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Colima, Michoacán, Durango, Guanajuato, Guerrero, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Tlaxcala.

<sup>1061</sup> Campeche, Jalisco, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el CPF.

Cabe señalar que cuatro Códigos Penales incluyen estos delitos dentro de otros Títulos distintos a los Delitos de peligro o los Delitos contra la vida, por ejemplo, Aguascalientes lo ubica sistemáticamente dentro de los Delitos contra la libertad y seguridad de las personas; Morelos dentro de los Delitos contra la seguridad de las personas; Tabasco en los Delitos contra la seguridad personal y San Luis Potosí dentro de los Delitos contra la paz, la libertad y la seguridad de las personas.

<sup>1062</sup> *Vid.* GONZALEZ QUINTANILLA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* pp. 222-223.

<sup>1063</sup> Artículo 195.- 1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

ocasionado fortuitamente y el sujeto activo, omite el auxilio (195.3), similar al que nosotros en los CP mexicanos, denominamos omisión auxilio a persona lesionada o atropellada.

Con respecto al tipo básico de la omisión de socorro ordinaria (artículo 195.1 CP) y a sus elementos, la jurisprudencia española ha señalado; “la jurisprudencia de esta Sala ( STS núm. 647/1997, de 13 de mayo, 42/2000, de 19 de enero, luego reiterada en las núm. 1422/2002 de 23 de julio, 1304/2004 de 11 de noviembre, 140/2010 de 23 de febrero, 482/2012 de 15 de junio, 706/2012 de 24 de septiembre ) ha indicado como requisitos precisos para su existencia: "1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita. 2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente. 3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar (SSTS 23 de febrero de 1981; 27 de noviembre de 1982; 9 de mayo de 1983; 18 de enero de 1984; 4 de febrero y 13 de marzo de 1987; 16 de mayo, 5 de diciembre de 1989, 25 de enero, 30 de abril y 18 de mayo de 1991 y 13 de mayo de 1997). La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva. En cuanto a que entender por repulsa social, se ha señalado que, aunque este vocablo proviene de resoluciones jurisprudenciales nacidas al amparo del anterior CP, se debe interpretar bajo los parámetros del actual CP, bajo esa tesitura se refiere a “tal seguridad se concreta en la expectativa de auxilio con que contamos en determinadas situaciones de riesgo para esos bienes jurídicos vitales. Así la STC 180/2004, de 2 de noviembre, señala que el interés jurídicamente protegido por el delito de omisión del deber de socorro es "la mínima cooperación social exigible, la solidaridad humana, la vida o integridad física en peligro, la protección de los bienes primarios en desamparo, junto con el escaso riesgo en prestar el socorro; por tanto, la perspectiva dominante es la del interés de la persona desamparada y, secundariamente, el interés social en el recto comportamiento cooperativo entre los hombres".”<sup>1064</sup>

---

<sup>1064</sup> Sentencia del TS núm. 648/2015 de 22 octubre. RJ\2015\5040. Que tiene como hechos probados los siguientes: “Sobre la 1,00 horas del día 12 de febrero de 2008, José Augusto se encontraba en su domicilio sito en la localidad de Manzanares, cuando comenzó a sentirse mal por lo que en compañía de su pareja sentimental, Tamara que se encontraba en avanzado estado de gestación, decidió acudir al hospital Virgen de Altagracia de dicha localidad, conduciendo el vehículo matrícula ....-WJS. Durante el trayecto se desvaneció perdiendo el conocimiento, por lo que colisionó con otro vehículo que se encontraba estacionado en la C/ Emiliano García Roldán frente a la puerta principal del referido hospital. Ante esta situación la compañera sentimental de José Augusto salió del coche pidiendo auxilio, por lo que unos vecinos de la zona, dieron aviso a la Guardia Civil que se personó en dicho lugar aproximadamente sobre las 1,20 horas. Ante la proximidad del Hospital Virgen de Altagracia y el estado de inconsciencia que presentaba José Augusto, que requería una inmediata asistencia sanitaria, agentes del cuerpo de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM000 y NUM001 se dirigieron al servicio de urgencias del citado hospital solicitando asistencia médica, e informaron a los facultativos de guardia que el enfermo se encontraba en una calle anexa, junto al Hospital, inconsciente, a pesar de lo cual el acusado Enrique se negó a salir del hospital, aduciendo que no podía salir del recinto del servicio hospitalario para atender a nadie y que debían avisar al servicio de emergencias 112. Pese al requerimiento de los agentes de la Guardia Civil que incluso ofrecieron al acusado llevarle en su vehículo oficial al lugar en el que se encontraba el paciente, Enrique se negó a ello insistiendo en que no podía salir del hospital. Los Agentes abandonaron el

Así mismo, este CP prevé el delito de abandono de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, previsto en los artículos 226<sup>1065</sup>, 229<sup>1066</sup>, 230, 231. En cada uno de los distintos supuestos “el bien jurídico protegido es diferente; unas veces es la seguridad del menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección en un sentido amplio; otras, la seguridad referida a un peligro para la vida, la salud, integridad física o libertad sexual de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección; y otras, la inobservancia de determinados deberes de vigilancia o asistenciales, cuando no una mezcla de ellos”<sup>1067</sup>.

Incluimos en este apartado el artículo 226 del CP, pues de forma similar que el artículo 336 del CPF, tipifican el dejar de cumplir con sus obligaciones de asistencia a las personas con las cuales están obligadas por situaciones de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, configurándose igual que el CPF, un delito de peligro abstracto.

---

servicio de urgencias sin conseguir que el médico acudiera a atender a José Augusto. Una vez que se habían marchado los Agentes el acusado contactó con el servicio de emergencias del 112 a las 2.27 horas ignoró la sugerencia de la médico de dicho servicio acerca de la conveniencia de salir del recinto hospitalario para valoración del paciente. En ese ínterin el agente de policía local con número profesional NUM002 se personó también en el servicio de urgencias requiriendo la presencia de un médico sin que el acusado atendiera a dicho requerimiento. Agentes de la policía Local ante la gravedad de la situación decidieron ir personalmente en el vehículo policial a recabar la presencia de la UVI móvil que tenía su sede cerca del parque de bomberos en la Avda/ Cristóbal Colon de Manzanares con el fin de agilizar su llegada al lugar en el que se encontraba el paciente. Dicha unidad móvil se desplazó inmediatamente, siendo las 2'31 horas, hasta la C/ Emiliano García Roldán, frente a la puerta principal del hospital, donde Federico, médico de dicha unidad de UVI móvil atendió a José Augusto comprobando que el paciente se encontraba en situación de parada cardio-respiratoria, por lo que inició maniobras de reanimación sin resultado positivo. José Augusto falleció aproximadamente sobre las 3,00 horas a consecuencia de una parada cardíaca, siendo su pareja sentimental Tamara y con posterioridad a su fallecimiento nació su hija Micaela. José y Adela son los padres de la víctima". Fuente: Thomson Aranzadi Instituciones.

<sup>1065</sup> Artículo 226. 1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

<sup>1066</sup> Artículo 229.- 1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

Artículo 230.- El abandono temporal de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

Artículo 231.- 1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, lo entregue a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

<sup>1067</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. Cit.* p. 313.

El artículo 229 del CP, es conocido como abandono propio, respecto del cual se manejan dos supuestos el 229.1, el tipo básico, donde se consuma en el momento en que se produce la situación de falta de seguridad y se omite el deber de cuidado, se trata por tanto de un delito de peligro abstracto. El 229.2 es solamente una agravante en caso de que el abandono se realice por padres o tutores. En el tercer apartado (artículo 229.3) se requiere además que con las circunstancias del abandono se ponga en peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o del discapacitado, por lo que este apartado se convierte en un delito de peligro concreto, al exigir expresamente el tipo penal, un concreto peligro para esos bienes jurídicos.

El artículo 231 del CP, es llamado abandono impropio, que en algunos CP de México (Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Sonora, Tamaulipas, Zacatecas y CPF<sup>1068</sup>) lo encontramos bajo la figura de Exposición de Menores. MUÑOZ CONDE señala que aquí ya no se trata de resguardar la seguridad del menor o de la persona con discapacidad, sino más bien de la trasgresión de un deber de vigilancia y custodia sobre el menor o discapacitado<sup>1069</sup>., sin embargo, no deja de tratarse de un delito de peligro abstracto, donde el bien jurídico que al final se protege, es la vida o salud de las personas

El mencionado artículo 231 maneja dos supuestos, el 231.1 el tipo básico y el 231.2, donde se señala que si con la entrega del menor a un tercero o a un establecimiento, se pusiera en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual, se pueden aumentar las penas. Este último apartado del artículo 231.2, contiene un delito de peligro concreto, ya que explícitamente señala el tipo penal, que, con la entrega del menor a terceros, se cause un concreto peligro a los citados bienes jurídicos.

Dentro de este apartado, en el CP, con la reforma del 2019, fue incluido el tipo penal contenido en el artículo 382 bis<sup>1070</sup>, que, aunque se encuentra en el apartado de los delitos contra la seguridad vial, encuentra mejor acomodo en los delitos de abandono de personas, toda vez que sanciona a quien abandonare el lugar de los hechos tras causar un accidente, en el que falleciera una o varias personas, o en el que se le causare una lesión constitutiva de un delito.

Sin embargo se trata de un delito que debe ser aplicado por exclusión, toda vez que debe aplicarse fuera de los casos contemplados por el artículo 195 de los delitos de

---

<sup>1068</sup> En estos CP el delito de Exposición de menores, se encuentran dentro del Título Delitos contra el orden familiar, como un delito independiente. Mientras que en otros CP como el de Baja California, Campeche, Chiapas, Durango, Colima, Guerrero, Morelos, Querétaro, Sinaloa, Tlaxcala, Yucatán, contemplan este delito bajo la denominación de Delito de exposición de incapaces, junto con los delitos de Omisión o Abandono de personas.

<sup>1069</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* p. 315.

<sup>1070</sup> Artículo 382 bis. 1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieron su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.

omisión del deber de socorro, que abordamos párrafos *supra* líneas, lo que nos da a entender que pocos serán los casos de su aplicación y que existiendo los supuestos del artículo 195, pudo dejarse sin incluir el artículo 382 bis, para que se sancionaran las conductas ahí descritas, convirtiéndose por tanto en un delito meramente formal o simbólico.

Sobre la reforma que introdujo este delito se ha dicho que afecta al régimen de la imprudencia los delitos de lesiones y homicidios, con independencia de que se haya producido o no, con ocasión de accidentes de tráfico, desapareciendo cualquier seguridad jurídica lo que llevaría a entender la inconstitucionalidad de la reforma. Toda vez que viene así cimbrar dos pilares fundamentales del Estado de derecho, como lo son los principios de legalidad y de culpabilidad<sup>1071</sup>.

#### 4.1. B Delito de peligro de contagio.

A excepción de los Estados de Aguascalientes, Jalisco, Nuevo León, San Luis Potosí, todos los demás Estados contemplan este delito de peligro de contagio, incluyendo el Código Penal Federal.

Delito que dé inicio se trataría de un delito de peligro abstracto porque los delitos de peligro abstracto, castigan una conducta considerada generalmente como peligrosa, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido, el peligro vendrá deducido a través de parámetros de peligrosidad prestablecidos de modo general por el legislador<sup>1072</sup>; sin embargo, en gran parte de los CP que contienen esta figura típica, se señala en el tipo penal, que haya un peligro para la salud de otro o un peligro para otro, configurándose un delito de peligro concreto para ese bien jurídico (salud), y como veremos enseguida, los CP de los estados varían en su redacción típica.

En Baja California, se prevé como Delito de Peligro de contagio<sup>1073</sup>, la conducta de quienes a sabiendas de que padecen una enfermedad venérea u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro. En Baja California

---

<sup>1071</sup> Vid. BOIX, Javier. “El fin del Derecho penal (réquiem por él)”, Levante el Mercantil Valenciano, Comunitat Valenciana, miércoles 20 de marzo de 2019. 10-11. El autor pone de ejemplo qué se podrá castigar con una pena de entre 6 meses y cuatro años de prisión, al conductor que, por conducir con un leve exceso de velocidad sobre la permitida, golpeará al vehículo de adelante y como consecuencia del golpe un ocupante del mismo muriera desnucado por un motivo brusco de su cabeza. Lo preocupante es que esa pena de prisión no lo sería por haber matado imprudentemente, pues seguramente tal imprudencia se calificaría de leve y quedaría sin sanción penal, o como mucho como imprudencia menos grave, castigándose con una pena de multa. Por el contrario, la prisión sería exclusivamente por haberse marchado el conductor del lugar del accidente, pues con ello habría demostrado ser una mala persona, es decir, mostraría su maldad intrínseca, fundamento que se plasma en el preámbulo de la Ley que contiene esa reforma.

<sup>1072</sup> Vid. *Supra* Capítulo II, sobre los delitos de peligro abstracto.

<sup>1073</sup> Artículo 160.- Peligro de contagio de salud. - El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, o violando un deber de cuidado, será sancionado de uno a cuatro años de prisión y de diez a cincuenta días multa. Se encuentra dentro de los Delitos de peligro para la vida y la salud de las personas.

Sur, Ciudad de México<sup>1074</sup>, Colima<sup>1075</sup>, Durango<sup>1076</sup>, Guerrero<sup>1077</sup>, Hidalgo<sup>1078</sup>, Michoacán<sup>1079</sup>, Puebla<sup>1080</sup>, Querétaro<sup>1081</sup>, Quintana Roo<sup>1082</sup>, Sinaloa<sup>1083</sup> y Tlaxcala<sup>1084</sup>,

---

<sup>1074</sup> Artículo 159. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de tres meses a tres años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrán prisión de tres meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.

<sup>1075</sup> Artículo 212. Peligro de contagio. Al que sabiendo que padece una enfermedad contagiosa, que a través de relaciones sexuales o por cualquier medio de transmisión, ponga en peligro la salud de otro, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión, y multa por un importe equivalente de cincuenta a cien unidades de medida y actualización.

Si como consecuencia del peligro expuesto resultare el contagio efectivo de una enfermedad que se puede curar mediante tratamiento médico se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, y multa por un importe equivalente de cien a doscientas unidades de medida y actualización.

Si a consecuencia del peligro expuesto resultare el contagio efectivo de una enfermedad incurable, se impondrá una pena de prisión de cinco a quince años, y multa por un importe equivalente de cien a trescientas unidades de medida y actualización.

<sup>1076</sup> Artículo 189. Peligro de contagio. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por cualquier medio transmisible, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de doscientos dieciséis a trescientas sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización, sin perjuicio de que la autoridad judicial determine su cuidado o vigilancia en un establecimiento adecuado hasta que cese el periodo infectante. En caso de que se trate de una enfermedad incurable, se le impondrá una pena de tres a diez años de prisión y multa de doscientos dieciséis a setecientas veinte veces la Unidad de Medida y Actualización.

<sup>1077</sup> Artículo 170. Peligro de contagio. A quien con conocimiento de que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre que el sujeto pasivo no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa. Si la enfermedad es incurable, se le impondrán al sujeto de dos a diez años de prisión y de cien a quinientos días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima.

<sup>1078</sup> Artículo 162.- Peligro de contagio de enfermedades. Al que sabiendo que padece algún mal grave y transmisible y de manera intencional ponga por cualquier medio en peligro de contagio la salud de otro, se le impondrá de dos a seis años de prisión, multa de 20 a 120 días y tratamiento curativo obligatorio en institución adecuada. Si la puesta en peligro es violando un deber de cuidado, se impondrá la mitad de la punibilidad y el mismo tratamiento curativo obligatorio, si el peligro de contagio se da entre cónyuges o concubinos, sólo se procederá por querrela del ofendido.

Se impondrá prisión de cinco a quince años y multa de 50 a 250 días, al que utilice medios directos y eficaces de propagación de enfermedades.

<sup>1079</sup> Artículo 155. Peligro de contagio. A quien con conocimiento de que padece una enfermedad grave e incurable en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre que el sujeto pasivo no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrá de uno a cinco años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.

<sup>1080</sup> Artículo 213.- Al que sabiendo que padece un mal venéreo o cualquier otra enfermedad crónica o grave que sea transmisible por vía sexual o por cualquier otro medio directo, pusiere en peligro de contagio la salud de otra persona, se le impondrá prisión de treinta días a dos años y multa de veinte a mil días de salario. Dentro del Capítulo Peligro de Contagio y propagación de enfermedades.

Artículo 214.- En los supuestos previstos en el artículo anterior son aplicables las siguientes disposiciones: I.- Se presumirá el conocimiento de la enfermedad, cuando el agente presente lesiones o manifestaciones externas de trastornos fácilmente perceptibles.

II.- Cuando se trate de cónyuges o de concubinos, sólo podrá procederse por querrela de la parte ofendida.

III.- La pena se impondrá, sin perjuicio de las sanciones que correspondan si se causa el contagio o algún otro daño o lesión, o de los que resultaren por la transmisión de una enfermedad.

<sup>1081</sup> Artículo 127 Bis-1.- Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible se le impondrán las penas previstas para el delito de lesiones.

siguen similar descripción legal, aunque encontramos algunas diferencias en la denominación de la enfermedad, por ejemplo, en BCS se señala que a quien padezca enfermedad grave y trasmisible<sup>1085</sup>; en el CP de Colima se habla de una enfermedad contagiosa; en los CP de Durango, Guerrero, Querétaro, Tlaxcala, Ciudad de México (agrega que a través de relaciones sexuales o cualquier otro medio trasmisible), se habla de enfermedad grave y en periodo infectante. En Hidalgo, Quintana Roo y Sinaloa siguen similar descripción, solamente que, en lugar de enfermedad, señalan que debe ser un mal grave y trasmisible, sin definir qué se debe entender por un «mal», por lo que el concepto no es el más correcto, pues se presta a muchas interpretaciones y se genera inseguridad jurídica. En Michoacán se habla de enfermedad grave e incurable en periodo infectante. De forma similar también lo tipifica el CP de Puebla, que al igual que el CP de Hidalgo nos habla de un «mal», en Puebla debe ser un mal venéreo, o cualquier otra enfermedad crónica o grave que sea transmisible por vía sexual o por cualquier otro medio directo<sup>1086</sup>.

Todos los Códigos penales que enunciamos en el párrafo precedente, contemplan un delito de peligro de contagio que encuadra en un delito de peligro concreto, en cuanto a que el tipo expresamente señala que debe ponerse en peligro de contagio la salud de otro. En algunos CP se agrega que si la enfermedad fuera incurable la sanción se aumentará.

Por otro lado, es de destacar que en el CP de Sinaloa al que también hicimos referencia *supra* líneas; contempla dentro del delito de contagio, que sí con motivo del contagio, se pone en peligro la vida o fallece la víctima, se atenderá a las disposiciones legales respectivas. El supuesto penal se tratará de un delito de peligro concreto y de lesión, respectivamente. Será de peligro concreto, ya que establece que se ponga en peligro la vida del sujeto pasivo, al haberse contagiado y en el otro caso, si el sujeto pasivo

---

En el caso de la fracción anterior, se perseguirá de oficio a excepción de cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas solo podrá procederse por querrela del ofendido

<sup>1082</sup> Artículo 113.- Al que sabiendo que padece algún mal grave y trasmisible ponga por cualquier medio en peligro de contagio la salud de otro, se le impondrá de seis meses a un año de prisión o multa de diez a cincuenta días. Si la puesta en peligro es violado un deber de cuidado, solo se pondrá al agente a disposición de las autoridades sanitarias para su tratamiento médico adecuado.

Si el peligro de contagio se da entre cónyuges o concubinos o entre personas que conformen una pareja derivada de una relación de hecho, solo se procederá por querrela de la víctima o del ofendido.

<sup>1083</sup> Artículo 149. Al que sabiendo que padece algún mal grave y trasmisible ponga por cualquier medio en peligro de contagio la salud de otro, se le impondrá de seis meses a un año de prisión; si con motivo del contagio se pone en peligro la vida o fallece la víctima, se atenderá a las disposiciones legales respectivas. Cuando el contagio se dé entre cónyuges o concubinos, sólo se procederá por querrela de parte.

<sup>1084</sup> Artículo 302. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por cualquier medio trasmisible, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de doscientos dieciséis a trescientos sesenta días de salario, sin perjuicio de que la autoridad judicial determine su cuidado o vigilancia en un establecimiento adecuado hasta que cese el periodo infectante. En caso de que se trate de una enfermedad incurable, se le impondrá una pena de tres a diez años de prisión y multa de doscientos dieciséis a setecientos veinte días de salario.

<sup>1085</sup> Artículo 168. Peligro de contagio. A quien con conocimiento de que padece una enfermedad grave y trasmisible, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio trasmisible, siempre que la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a trescientos días. Si la enfermedad fuera incurable se le impondrá al sujeto de dos a diez años de prisión. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima u ofendido.

<sup>1086</sup> *Vid. Infra* pág. 243. El ejemplo que manejo sobre los delitos de peligro de contagio, de un reconocido Youtubero quien al saber que estaba contagiado por el Coronavirus, salía de su casa grabando videos, de cómo iba al supermercado o se paseaba en las calles sin ninguna protección.

muere con motivo del contagio, hay un resultado de lesión para el bien jurídico «vida» y el delito será sancionado bajo la figura delictiva de homicidio.

En los Estados de Campeche<sup>1087</sup>, Chihuahua<sup>1088</sup>, Guanajuato<sup>1089</sup>, Tabasco<sup>1090</sup>, solo se habla de enfermedad grave y trasmisible, pero a diferencia del CP de BCS, el tipo penal establece que se ponga en peligro de contagio a otro, por lo que aquí a diferencia de un delito de peligro abstracto, se exige que se ponga en peligro de contagio a otra persona, configurándose en esos supuestos en delitos de peligro concreto. Los CP del Estado de México<sup>1091</sup> y el de Morelos<sup>1092</sup>, son similares a los CP señalados en este párrafo, solo cambia que se habla de enfermedad grave en periodo infectante. Mientras que, en el CP de Tabasco, el tipo penal establece que el sujeto activo debe realizar actos mediante los cuales contagie a una persona, por lo que también se estaría poniendo en peligro la salud.

En Chiapas<sup>1093</sup> se hace una descripción más extensa de este delito y nos habla de una enfermedad fácilmente transmisible, haciendo diferenciaciones en si la enfermedad

---

<sup>1087</sup> Artículo 353.- A quien con conocimiento de padecer una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio a otro, por relaciones sexuales u otro medio de transmisión, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa de cincuenta a trescientos días de salario, sin perjuicio de que la autoridad jurisdiccional competente determine su cuidado o vigilancia en un establecimiento adecuado hasta que cese el período infectante.

Si la enfermedad padecida fuera incurable o la víctima fuera la pareja habitual, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y multa de quinientos a dos mil días de salario. Este delito se perseguirá por querrela.

<sup>1088</sup> Artículo 157. A quien sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio a otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de esa circunstancia, se le impondrán prisión de seis meses a cuatro años y de cincuenta a trescientos días multa.

Si la enfermedad padecida fuera incurable, o la víctima fuera la pareja habitual, se impondrán prisión de seis meses a diez años y de quinientos a dos mil días multa. Este delito se perseguirá previa querrela.

<sup>1089</sup> Artículo 168. A quien sabiendo que padece o porta enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con prisión de uno a cinco años y de diez a cincuenta días multa. Este delito se perseguirá por querrela.

<sup>1090</sup> Artículo 120. Al que padeciendo una enfermedad grave y transmisible, realice actos mediante los cuales contagie a una persona, se le aplicará la pena que corresponda conforme a los Artículos 116 y 117.

<sup>1091</sup> Artículo 252. A quien sabiendo que padece una enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio a otro, por cualquier medio de transmisión, se le aplicará una pena de seis meses a dos años de prisión y de treinta a sesenta días multa. En este delito sólo se procederá por querrela del ofendido.

<sup>1092</sup> Artículo 136.- A quien sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio a otro, mediante cualquier medio de transmisión del mal, se le aplicará de seis meses a un año de prisión y tratamiento en libertad hasta por un año.

Si fuese incurable la enfermedad que padece el agente, se duplicará la sanción privativa de libertad establecida en el párrafo anterior.

En los casos previstos por este artículo, el tribunal dispondrá que el agente reciba el tratamiento curativo obligatorio en institución adecuada para este efecto.

<sup>1093</sup> Artículo 444. Al que, sabiendo que padece una enfermedad fácilmente transmitible pero curable, en periodo infectante de manera intencional y deliberada a fin de provocar el contagio, sostenga relación sexual con alguna persona o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de ésta, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de la enfermedad, se le impondrá prisión hasta de cinco años y multa hasta de treinta días de salario, sin perjuicio de la sanción correspondiente si causa el contagio; así mismo, será sometido al tratamiento médico correspondiente, pero si el mal transmitido es incurable, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.

No se considera intencional y deliberada la conducta del sujeto activo, cuando se desconociere que padece la enfermedad contagiable, no tenga el conocimiento de las formas de transmisión de la enfermedad, haya dado a conocer el riesgo de la enfermedad que padece o tomo las medidas necesarias para evitar el contagio. Si el mal fuere transmitido en un centro hospitalario público o privado u otro de servicios médicos, se condenará a la institución al pago de daños; indemnización o sostenimiento médico quirúrgico hasta la recuperación del pasivo, sin perjuicio de la sanción privativa que corresponda al causante del contagio.

es curable o no y si el sujeto activo tenía conocimiento. Este supuesto señalado en el CP de Chiapas, también entra en los delitos de peligro concreto, porque se debe de poner en peligro la salud de otro.

El CP de Coahuila<sup>1094</sup> si bien prevé un delito de contagio parecido a los CP de Campeche y Chihuahua, para el sujeto que sabiendo que padece una enfermedad grave o incurable, en periodo infectante, ponga en peligro de contagio a otra persona; contiene elementos nuevos, como lo relativo a que entender por enfermedad grave y la enfermedad incurable, también contempla la hipótesis de si la enfermedad incurable padecida por el sujeto activo, de haber sido contraída por el pasivo, le habría puesto en peligro su vida. Este precepto penal contempla un delito de peligro concreto, ya que se requiere la puesta en peligro de la salud o de la vida.

En el Estado de Nayarit<sup>1095</sup>, en su CP se encuentra el delito de peligro de contagio, donde a diferencia de los otros CP referidos, maneja varias modalidades de contagios.

---

Este delito se perseguirá por querrela del sujeto pasivo.

Las penas establecidas en este artículo, se aplicarán aun cuando el sujeto activo no haya tenido la intención directa e inmediata de contagiar a persona alguna, siempre y cuando haya estado consciente de su padecimiento y del peligro de contagio del mismo.

Se presume el conocimiento de la enfermedad, cuando el sujeto activo presenta lesiones o manifestaciones externas provocadas por la misma, fácilmente perceptibles, o cuando, conocedor de su padecimiento está siendo tratado médicamente.

<sup>1094</sup> Artículo 216. Se impondrá de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a cien días multa, a quien sabiendo que padece una enfermedad grave o incurable, en período infectante, ponga a otra persona en peligro de contagiársela, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, siempre y cuando la víctima no tenga conocimiento de aquella circunstancia, o teniéndolo, ignore su transmisibilidad por relaciones sexuales o por el medio empleado.

Para los efectos de este artículo, se entenderá como enfermedad grave a la sífilis, a la gonorrea y a cualquier otra que aun con el tratamiento adecuado tarde en sanar más de sesenta días o sea incurable.

Cuando la enfermedad padecida por el sujeto activo fuera incurable, de tal modo que, si hubiera sido contraída por el pasivo, le anularía, debilitaría o entorpecería permanentemente alguna facultad o el funcionamiento de uno o más órganos, o de uno o más miembros, se impondrá al agente de cuatro meses a dos años de prisión y de cien a doscientos días multa.

Si la enfermedad incurable padecida por el sujeto activo, de haber sido contraída por el pasivo, le habría puesto en peligro su vida, se impondrá al agente de uno a tres años de prisión y de quinientos a mil días multa. Este delito se perseguirá por querrela de la víctima. No será punible poner a una persona en peligro de contagio de un herpes.

<sup>1095</sup> Artículo 219.- Delitos de contagio. El que sabiendo que está enfermo de un mal venéreo en periodo de infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales y así ponga en simple peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de tres meses a dos años y multa de uno a diez días, sin perjuicio de su reclusión en un hospital hasta que cese el periodo infectante.

Las mismas sanciones e igual reclusión se impondrán a la mujer que padeciendo una de las enfermedades citadas en el párrafo anterior, amamante a un hijo extraño, salvo el caso de que el menor amamantado padeciere desde antes la misma enfermedad y a los padres o tutores que a sabiendas que su hijo o pupilo padece alguna de las citadas enfermedades en período infectante, lo entreguen a una nodriza para que los amamante.

La madre que estando enferma de sífilis por contagio posterior al parto, amamante a su propio hijo, si pudiere darle alimentación artificial o de nodriza, se le aplicarán las mismas sanciones de que habla el primer párrafo de este artículo.

Artículo 220.- A la mujer no sifilítica que sabiendo que un menor se encuentra enfermo de sífilis congénita lo amamante, si además está amamantando a otro u otros menores, se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior.

Artículo 222.- El que a sabiendas de que padece enfermedad venérea incurable, a través de relaciones sexuales o de cualquier otro medio contagie a otro, será sancionado con prisión de diez a veinte años y multa de cien a cuatrocientos días, sin perjuicio de las medidas de seguridad que se puedan decretar, a efecto de evitar posteriores contagios.

Primero maneja el delito de contagio similar al CP de BC, ya que establece una sanción para el enfermo de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, que tenga relaciones sexuales y así ponga en simple peligro de contagio la salud de otro, en este supuesto estamos ante un delito de peligro concreto, toda vez que el tipo expresamente señala que debe de ponerse en peligro de contagio la salud de otro. En segundo lugar, sancionan a la mujer que padeciendo una de las enfermedades mencionadas, amamante a un hijo extraño. En otro artículo sancionan, a la madre que, estando enferma de sífilis por contagio posterior al parto, amamante a su propio hijo, si pudiere darle alimentación artificial o de nodriza. Un cuarto supuesto, es el de la mujer no sifilítica que sabiendo que un menor se encuentra enfermo de sífilis congénita lo amamante, si además está amamantando a otro u otros menores. En el artículo 222, también refiere a si la enfermedad venérea es incurable, y el contagio es a través de relaciones sexuales o de cualquier otro medio contagie a otro. Y que se impondrá la misma sanción, a quien, sin padecerla, por cualquier medio y de manera dolosa contagie a otro.

En los supuestos segundo, tercero y cuarto citados *supra* líneas, relativos a mujeres estén enfermas o no, y amamanten a uno o varios menores; ponen en peligro la salud de los infantes, por eso estimo que el legislador del Estado de Nayarit, tutelo esas conductas como típicas, porque sin duda lo que busca el tipo penal es evitar el contagio de dichos menores.

De manera similar que al CP de BC y Nayarit, el CP de Oaxaca<sup>1096</sup>, señala en el delito de contagio que al que se ponga en peligro de contagio la salud de la persona, así, al exigirse que se ponga en peligro la salud del sujeto pasivo, el delito es de peligro concreto, y se necesitara comprobarse para que pueda ser sancionado penalmente.

El delito de peligro de contagio contemplado por el CP de Sonora<sup>1097</sup>, sanciona al que sabiéndose afectado de enfermedad venérea en período contagioso, o de algún otro mal grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante, o de cualquier otra manera directa, ponga en peligro de contagio a otro. La redacción es similar a la del CP de Nayarit, aunque no tan extenso ni descriptivo y al igual que ese CP, también podemos clasificarlo como un delito de peligro concreto. Su sanción contemplada es multa y la reclusión en establecimiento adecuado por el tiempo necesario, hasta obtener

---

La misma sanción se impondrá a quien sin padecerla, por cualquier medio y de manera dolosa contagie a otro.

<sup>1096</sup> Artículo 192.- Al que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante o de alguna enfermedad fácilmente transmisible, tenga cópula con alguna persona o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de ésta, se le impondrá prisión de seis meses a tres años y multa de trescientos a tres mil pesos, sin perjuicio de la pena correspondiente si se causa el contagio, y será sometido al tratamiento adecuado a la dolencia que padezca. Cuando se trate del cónyuge, sólo podrá procederse por querrela del ofendido. Se presume el conocimiento de la dolencia cuando el agente presente lesiones o manifestaciones externas de la enfermedad, fácilmente perceptibles.

<sup>1097</sup> Artículo 249.- El que sabiéndose afectado de enfermedad venérea en período contagioso, o de algún otro mal grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante, o de cualquier otra manera directa, ponga en peligro de contagio a otro, se le impondrá multa de cuarenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización y será recluido en establecimiento adecuado por el tiempo necesario, hasta obtener su curación o inocuidad. En el supuesto que precede puede ser ejercitada la acción penal directamente por la víctima. Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de diez a doscientas Unidades de Medida y Actualización. Se procederá sólo a instancia de parte, cuando el hecho ocurriere en matrimonio, promesa de matrimonio o concubinato.

su curación o inocuidad, si la enfermedad es curable; si no lo fuera, el CP establece como sanción la multa y prisión.

En el Estado de Tamaulipas<sup>1098</sup>, su CP en el delito de peligro de contagio, establece por un lado el contagio de un mal venéreo en periodo infectante, que, si bien ya habíamos comentado en otros CP, que quizá no es la mejor expresión hablar de «mal»; por otro lado, también incluye la enfermedad de la inmunodeficiencia adquirida, y acota a que el contagio sea a través de la vía sexual. Este artículo también será un delito de peligro concreto, en tanto solo se pone en peligro de contagio a otra persona, se castiga una conducta considerada específicamente como peligrosa, siendo necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido.

Un delito de contagio diferente a los que hemos visto en cuanto a redacción y respecto del cual se promovió una acción de inconstitucional, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el previsto en el CP de Veracruz<sup>1099</sup>. El cual señala que “*A quien padezca infecciones de transmisión sexual u otras<sup>1100\*</sup> enfermedades graves y dolosamente ponga en peligro de contagio a otra persona...*”. Este tipo penal si bien no empieza como la mayoría de los tipos penales de peligro de contagio, señalando “al que a sabiendas”, en su lugar nos establece que el sujeto activo debe poner dolosamente en peligro de contagio a otra persona, con lo cual encontramos presente el supuesto de que se sabe conocedor de que padece la enfermedad. En cuanto a las enfermedades que padece el sujeto activo, señala que deben ser enfermedades graves, ya que como mencionamos la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declaró inconstitucional el agregar “*infecciones de transmisión sexual u otras*”. Este precepto penal del CP de Veracruz, se trata de un delito de peligro concreto, en cuanto deberá ponerse en peligro a otra persona, lo cual debe comprobarse para ser sancionado.

En el CP de Yucatán<sup>1101</sup> encontramos una figura básica del delito de peligro de contagio, similar al CP de BC, al exponer que se sancionará al que quien sabiendo que

---

<sup>1098</sup> Artículo 203.- El que sabiendo que padece un mal venéreo en período infectante o el síndrome de inmuno deficiencia adquirida, ponga en peligro de contagio a otro, por medio de relaciones sexuales, será sancionado por prisión de seis meses a tres años y multa de quince a cincuenta veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, sin perjuicio de la pena que corresponda, si causa el contagio. Cuando se trate de cónyuges o concubinos, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

<sup>1099</sup> Artículo 158.- A quien padezca infecciones de transmisión sexual u *otras\** enfermedades graves y dolosamente ponga en peligro de contagio a otra persona, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cincuenta días de salario. El juez dispondrá lo necesario para la protección de la salud pública.

<sup>1100</sup> El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la invalidez de esta porción normativa, en la Sentencia de Acción de Inconstitucionalidad 139/2015. Notificada al Congreso del Estado el 4 de junio de 2018 y publicada en la Gaceta Oficial del Estado el 28 de junio de 2018.

En cuanto a las enfermedades que padece el sujeto activo, deben ser enfermedades graves, como lo señala el tipo penal y como lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien declaró inconstitucional que el artículo 158 del CP de Veracruz estableciera las “*infecciones de transmisión sexual u otras*”, ya que estimaron entre otras cosas que, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, no todas las infecciones de transmisión sexual son consideradas como enfermedades y que no todas las infecciones de transmisión sexual incurables son graves. <http://sjf2.scjn.gob.mx>

<sup>1101</sup> Artículo 189.- A quien sabiendo que está enfermo de un mal venéreo o de alguna enfermedad grave, transmisible en período infectante y de manera dolosa tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otras personas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años y además podrá ser recluso en un hospital.

Si la enfermedad contagiosa fuere incurable, se impondrá la sanción de tres meses a ocho años de prisión y si ésta es mortal la sanción podrá ser hasta de quince años.

está enfermo de un mal venéreo o de alguna enfermedad grave, transmisible en período infectante y de manera dolosa tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otras personas. Esta es la forma básica que hemos visto hasta ahora, sin embargo, el CP contempla otros supuestos del delito de peligro de contagio, supuestos que no se han visto en otros CP en México.

Así también sanciona a quien venda, suministre o se niegue a destruir carnes, substancias u objetos que a juicio de la autoridad sanitaria sean considerados peligrosos por favorecer el contagio de enfermedades. A los directores, administradores, encargados de escuelas o establecimientos destinados a habitación colectiva que permitan el acceso a dichos establecimientos a personas que sufran alguna enfermedad contagiosa, después de haberse determinado en cada caso, la declaratoria por la autoridad sanitaria correspondiente, que prohíba su acceso. A quienes realicen matanza de animales no revisados por las autoridades sanitarias y cuyas carnes se destinen al comercio sin el permiso correspondiente. Y finalmente, a quienes utilicen medios directos y eficaces de propagación de enfermedades. Estos supuestos son claros ejemplos de delitos de peligro abstracto.

Este tipo penal de delito de peligro de contagio, contiene diversos supuestos, el primero de ellos, al señalar que se ponga en peligro la salud de otras personas, podemos catalogarlo como un delito de peligro concreto, toda vez que el tipo penal nos requiere de manera textual que se ponga en peligro la salud de otro. Por otro lado, los demás supuestos encuadran en un delito de peligro abstracto, ya que se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de la conducta descrita.

Dos figuras delictivas del delito de peligro de contagio se encuentran contempladas en el CP de Zacatecas<sup>1102</sup>, similares a lo previsto en el CP de Nayarit. Primero prevé la figura más común, al sancionar a quien a sabiendas de que está enfermo

---

Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido. Artículo 190.- Se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a ochenta días-multa y de veinte a ochenta días de trabajo en favor de la comunidad:

I.- A quien venda, suministre o se niegue a destruir carnes, substancias u objetos que a juicio de la autoridad sanitaria sean considerados peligrosos por favorecer el contagio de enfermedades;

II.- A los directores, administradores, encargados de escuelas o establecimientos destinados a habitación colectiva que permitan el acceso a dichos establecimientos a personas que sufran alguna enfermedad contagiosa, después de haberse determinado en cada caso, por la autoridad sanitaria correspondiente, la declaratoria del acto administrativo, como medida de seguridad que prohíba el acceso de dicha persona enferma al establecimiento de que se trate, y

III.- A quienes realicen matanza de animales no revisados por las autoridades sanitarias y cuyas carnes se destinen al comercio sin el permiso correspondiente.

Si las carnes resultaren no aptas para el consumo humano o nocivas para la salud, la sanción será de dos a ocho años de prisión y de veinte hasta cien días-multa.

Artículo 191.- Se impondrá prisión de uno a seis años y de veinte a doscientos días-multa a quienes utilicen medios directos y eficaces de propagación de enfermedades. Si el infractor fuere médico o se dedicare al expendio y venta de insumos o servicios para la salud, habiendo utilizado los medios propios de su actividad, la sanción anterior podrá aumentarse hasta una mitad más de su duración.

<sup>1102</sup> Artículo 173.- Se sancionará de tres meses a tres años de prisión y de veinte a cuarenta cuotas, sin perjuicio de su reclusión en un hospital para su curación hasta que cese el período infectante, al que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible.

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Artículo 174.- Se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior, a la mujer que a sabiendas que un niño padece una enfermedad grave fácilmente transmisible, lo amamante y además amamante a otro u otros niños.

de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible. En segundo lugar, contempla que se sancionara a la mujer que a sabiendas que un niño padece una enfermedad grave fácilmente transmisible, lo amamante y además amamante a otro u otros niños. Tal como mencionamos en el párrafo que antecede, cuando el tipo penal nos exige comprobar que exista un peligro para la salud de otro, como en el primer caso del CP de Zacatecas, no encontramos ante un delito de peligro concreto; caso contrario, es el segundo supuesto del artículo 174, donde el peligro es abstracto, pues solo bastara realizar las conductas descritas en el tipo penal, para estar cometiendo el ilícito.

El Código Penal Federal<sup>1103</sup> prevé un supuesto del delito de peligro de contagio para sancionar que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro. Este supuesto es igual a uno de los delitos contemplados en el CP de Zacatecas, enunciado *supra* líneas. Comprendiendo un delito de peligro concreto, ya que expresamente el tipo penal nos exige que debe de ponerse en peligro de contagio la salud de otro, por lo que para sancionarse penalmente se le deberá comprobar al juzgador, que efectivamente se haya puesto en peligro de contagio la salud del sujeto pasivo. Se trata de un delito de peligro *efectivo*, ya que en cada caso concreto debe ser afirmado y probado que el agente, al tener relaciones sexuales con otro, puso la integridad corporal de éste, en riesgo de sufrir un daño<sup>1104</sup>.

Los supuestos anteriores, del delito de peligro de contagio, resultan más aplicables ahora que nunca, sobre todo en los momentos que actualmente vivimos, con la pandemia del SARS-CoV2 (COVID-19), donde en la Ciudad de México se le instauró un proceso penal a un joven de nacionalidad venezolana, reconocido Youtubero (aquellas personas que graban y dan sus opiniones en redes sociales), quien al saber que estaba contagiado por el Coronavirus, salía de su casa grabando videos, de cómo iba al supermercado o se paseaba en las calles sin ninguna protección<sup>1105</sup>. Es claro que ponía en peligro de contagio a toda persona con la cual se cruzaba en la calle.

Otro caso interesante es el del CP de Yucatán, pues los supuestos que maneja resultan novedosos, precisamente en esta crisis sanitaria del Covid-19, pongamos el ejemplo del director de una escuela que permita el acceso a un menor con esta enfermedad, la cual es altamente contagiosa, después de que la autoridad sanitaria haya establecido que no debe permitírsele el acceso si aún es sujeto portador activo del virus y si no ha seguido el protocolo establecido para el regreso a clases<sup>1106</sup>, se analizaría el caso concreto, para decidir si se le sancionaría penalmente, precisamente porque pone en peligro de contagio a todos los que estudien o laboren en dicha escuela. Tratándose el

---

<sup>1103</sup> Artículo 199-Bis. - El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

<sup>1104</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* p. 331.

<sup>1105</sup> <https://www.excelsior.com.mx/comunidad/denuncian-por-peligro-de-contagio-a-youtuber-que-rompio-cuarentena/1376048>

<sup>1106</sup> Actualmente con el regreso a clases en México, se ha establecido un protocolo, donde se indica que a las personas contagiadas no se les permite regresar a clases, se quedaran 15 días en su casa y a las personas que hayan tenido contacto con ellas, se les estará monitoreando, pero también desde sus casas.

supuesto señalado de un delito de peligro concreto, pues deberá atenderse a cada caso concreto para determinar si se sancionaría a los funcionarios encargados de las escuelas.

La mayoría de los CP en México, ubican sistemáticamente al delito de peligro de contagio, dentro de los Delitos de peligro (contra la vida y/o la salud personal, o contra las personas, o para la salud de las personas)<sup>1107</sup>, también se han ubicado dentro de los Delitos contra la salud<sup>1108</sup>, Delitos contra la vida y/o la salud de las personas<sup>1109</sup> y solo dos CP lo ubican de forma diversa (Puebla en el Capítulo: Peligro de contagio y propagación de enfermedades, y Tabasco en el Título: Lesiones).

El bien jurídico tutelado tendrá que ver con la redacción del tipo penal, ya que como hemos visto, hay CP que establecen expresamente, que debe ponerse en peligro la salud de otro, en cuyo caso, la salud personal será el bien jurídico protegido. Por el contrario, si el tipo penal no establece que bien jurídico se pone en peligro, de forma abstracta se pondría en peligro la salud pública, es decir, la salud de todos.

Así, cuando se exprese el tipo penal que se «ponga en peligro la salud de otro», resulta, que el bien jurídico protegido en el tipo de peligro de contagio venéreo, es la salud en forma individual, el mismo que tutela el delito de lesiones, por lo que JIMÉNEZ HUERTA, estima que su inclusión en el Título de Delitos contra la salud, como lo hace el CPF no se justifica, ya que en dicho título se incluyen delitos contra la salud pública<sup>1110</sup>.

En CP, no existe el delito específico de peligro de contagio, sin embargo, los casos relativos a la transmisión de enfermedades, son encuadrados bajo el delito de lesiones, como por ejemplo, el contagio del virus del VIH Sida, se ha encuadrado por la Jurisprudencia española, como un delito de lesiones, del artículo 147 y siguientes, así lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo Sentencia núm. 690/2019 de 11 marzo, RJ\2020\900, TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) “La previsión específica de considerar delito la propagación de enfermedades fue excluida del Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170) que, desde su redacción inicial, no contempla ningún tipo penal de puesta en peligro de la salud pública a través del contagio, por lo que la incriminación de conductas que supongan la transmisión de enfermedades o deterioros de salud permanentes, entre ellos la propia transmisión del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ha de ubicarse en la tipificación de las lesiones de los artículos 147 y ss del Código Penal, dado que el tipo básico del delito de lesiones corporales admite cualquier medio o procedimiento en orden a causar una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, integrándose por ello en la conducta típica el contagio o la transmisión, dolosa o culposa, de una enfermedad o dolencia a otra persona, sea cual fuere su naturaleza...”<sup>1111</sup>.

---

<sup>1107</sup> Los CP de Colima, Hidalgo, Guerrero, Ciudad de México, Durango, Michoacán, Quintana Roo, Tlaxcala, Chihuahua, Estado de México, Guanajuato, Morelos y Coahuila.

<sup>1108</sup> Así los CP de Campeche, Nayarit, Oaxaca, Tamaulipas, Yucatán, Zacatecas, Chiapas y el CPF.

<sup>1109</sup> Los CP de Baja California, Baja California Sur, Sinaloa, Querétaro, Sonora y Veracruz.

<sup>1110</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* pp. 330, 331.

<sup>1111</sup> Vid. Sentencia núm. 690/2019 de 11 marzo, RJ\2020\900, del TS (Sala Penal). Hechos probados: “PRIMERO. - 1.1 Se declara probado que el procesado, Luciano, cuya circunstancias personales constan en autos, había sido diagnosticado por infección de VIH desde el 15 de julio de 2004. En el año 2012, inició una relación sentimental con Clemencia, con la que convivió un año y medio en la ciudad de Madrid, hasta el mes de septiembre del 2014. En el mes de septiembre del 2013, se diagnosticó a Clemencia que era portadora del VIH, virus que le había transmitido el procesado, en el curso de las prácticas sexuales que como pareja, ambos mantenían. 1.2- No ha quedado acreditado, fuera de toda duda,

#### 4.1. C Responsabilidad Médica Profesional

La mayoría de los Estados en México (a excepción del CP de Colima) y el Código Penal Federal, manejan tipos penales relativos a los supuestos donde médicos o responsables de la salud, abandonan o niegan, prestar un servicio médico a enfermo o lesionado, las denominaciones que les da cada CP son diversas, aquí trataremos de resumir los tipos de acuerdo con el CP y a los puntos en común o haremos referencia a sus diferencias.

Dentro de este tema, también abarcaremos otro tipo penal, ya que, en muchos CP, vienen unidos en el precepto relativo a la Responsabilidad Profesional, el tipo penal que denominan Suministro de Medicamento Inapropiado, el cual también tiene sus variaciones en el nombre según lo contemplen algunos CP, y a diferencia del precepto anterior, esta figura no es retomada por la mayoría de las legislaciones penales en México.

El CP de Aguascalientes en este tipo penal, prevé diversos supuestos<sup>1112</sup> en un mismo artículo, entre los que incluye: el abandono de persona enferma o lesionada,

---

que Clemencia ignorara la enfermedad de transmisión sexual que padecía su pareja y, en consecuencia, que mantuviera relaciones sexuales con el mismo sin tener conocimiento de tal extremo.

SEGUNDO. 2.1- Sobre las 20,00 horas del día 21 de junio de 2014, en el domicilio familiar de Madrid, se originó una discusión entre el procesado y Clemencia, cuyas causas y circunstancias no han quedado acreditadas. 2.2- Acto seguido, al acudir la policía al domicilio, cuando procedieron a la detención de Luciano, tras el cacheo que le efectuaron encontraron en un bolsillo de su pantalón una navaja de 24 cm de largo y 22cm de filo...”

<sup>1112</sup> Artículo 157.- La Responsabilidad Profesional Médica consiste en:

- I. Otorgar responsiva para hacerse cargo de la atención de algún lesionado o persona afectada de su salud, y abandonarlo en su tratamiento sin causa justificada, o no cumplir con las obligaciones que al respecto se establecen en la normatividad aplicable, respecto de las víctimas de hechos punibles;
- II. No recabar la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en los casos de urgencia debidamente comprobada, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital;
- III. Practicar una intervención quirúrgica innecesaria;
- IV. Ejercer la profesión, y sin motivo justificado, negarse a prestar asistencia a un enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo, cuando éste por las circunstancias del caso, no pudiera recurrir a otro médico o a un servicio de salud, o abandonar sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado;
- V. Certificar falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de cumplir una obligación que la ley impone o para adquirir algún derecho;
- VI. Suministrar un medicamento evidentemente inapropiado con perjuicio de la salud del paciente;
- VII. Expedir recetas para la adquisición de sustancias psicotrópicas cuyo empleo no sea para fines curativos;
- VIII. Utilizar un óvulo o esperma para procrear sin que quien lo produjo otorgue su consentimiento o con su consentimiento tratándose de un menor de dieciocho años de edad o incapaz de comprender el significado del hecho;
- IX. Incumplir o dejar de realizar los actos o los protocolos necesarios para la atención médica a la mujer durante el embarazo, parto, puerperio o emergencias obstétricas;
- X. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario de la mujer o ante su imposibilidad el consentimiento de quien esté facultado legalmente para otorgarlo;
- XI. Practicar una cesárea, existiendo condiciones para el parto natural y sin obtener el consentimiento voluntario de la mujer o ante su imposibilidad el consentimiento de quien esté facultado legalmente para otorgarlo;
- XII. Imponer cualquier método anticonceptivo, realice esterilización o cualquier intervención quirúrgica que impida la concepción, sin justificación médica de emergencia o sin consentimiento expreso de la mujer o ante su imposibilidad el consentimiento de quien esté facultado legalmente para otorgarlo; o

negarse a prestar asistencia médica, realizar intervenciones quirúrgicas sin necesidad, suministrar medicamentos inapropiados; incluso lo que algunos Códigos penales como el de Quintana Roo, llaman violencia obstetricia, que incluye conductas como: incumplir o dejar de realizar los actos o los protocolos necesarios para la atención médica a la mujer durante el embarazo, parto, puerperio o emergencias obstétricas, entre otras.

En los supuestos enunciados en el párrafo precedente, vamos a encontrar tres clases de delitos, en principio delitos de peligro, delito de lesión y, por otro lado, delitos meramente formales (que han sido definidos en tesis aislada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como aquellos que *se agotan con el simple hacer u omitir del sujeto*)<sup>1113</sup>. Dentro de los delitos de peligro a su vez encontramos, delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

Los delitos de peligro abstracto que encontramos en el artículo en (que) comento, son los siguientes: ubicados en las fracciones I, VII, IX, (XI no). En las mencionadas fracciones no encontramos que se exija algún peligro concreto al bien jurídico, aunado a que observamos que el legislador de forma abstracta busca proteger la salud, a partir de estos supuestos penales que castigan una conducta considerada generalmente como peligrosa, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido.

Como referimos *supra* líneas la fracción VII, que sanciona la expedición de recetas para la obtención de sustancias psicotrópicas, y que no sea para el uso de fines curativos, encuadra si bien un delito de peligro abstracto para la salud, por otro lado

---

XIII. Practicar un procedimiento médico quirúrgico de especialidad sin contar con los requisitos establecidos en la Ley General de Salud.

Al responsable de la comisión de la presente figura típica se le aplicarán de 1 a 3 años de prisión, de 50 a 200 días multa, al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y de 6 meses a 3 años de inhabilitación para ejercer su profesión.

<sup>1113</sup> Tesis Aislada. FALSEDAD ANTE UNA AUTORIDAD. AL SER UN DELITO DE RESULTADO MATERIAL CUYA INTEGRACIÓN REQUIERE LA AFECTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O SU MATERIA, NO PUEDE CONSIDERARSE INSTANTÁNEO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El delito de falsedad ante una autoridad previsto en el artículo 253 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, requiere para su integración que la finalidad de su comisión sea afectar el procedimiento o su materia, elemento que no puede materializarse al momento de la acción falaz, sino con posterioridad, pues es hasta entonces cuando se actualiza la conducta delictiva. Lo anterior se deduce en virtud de que en el anterior Código Penal de la entidad publicado en el Periódico Oficial del Estado el 4 de mayo de 1978, el delito en cuestión dejó de ser puramente formal para transformarse en una figura de resultado. Ahora bien, los delitos formales o de simple actividad se agotan con el simple hacer u omitir del sujeto, en cambio, los de resultado o materiales, requieren un cambio o mutación material del mundo externo, de ahí que la figura descrita y prohibida por el citado artículo 253 no pueda considerarse instantánea, pues para ello se requiere que dicha figura se consume en un solo momento y en ella se contenga: a) una conducta; y b) una consumación y un agotamiento instantáneo del resultado, lo que no ocurre con la referida figura legal, porque contrariamente, la afectación que exige puede ocurrir en cualquier momento del procedimiento, ya sea en la etapa probatoria o bien al emitirse la sentencia o laudo respectivos, pero no necesariamente en el momento mismo en que el agente se conduce con falsedad ante la autoridad por cualquiera de los medios que en el propio precepto se especifican, puesto que las consecuencias de la falsedad no pueden desprenderse o actualizarse en el momento en que se vierte, y aunque ahí surja el peligro de lesión al bien jurídico, la afectación al procedimiento o su materia no podrán materializarse sino a futuro; lo anterior es así, porque al momento de tener por acreditado el cuerpo del delito es necesario determinar el momento de la actitud mendaz producida en el juicio, y si efectivamente afectó el procedimiento o su materia, ya que si únicamente se toma en cuenta el instante en que se produjo la falsedad, no podrían determinarse las consecuencias que originó, lo cual implica la no consumación del ilícito hasta que se surta el resultado exigido por la conducta. Registro digital: 170747. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época Materia(s): Penal. Tesis: XVI.P.11 P Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Diciembre de 2007, página 1717. Tipo: Aislada. <http://sjf2.scjn.gob.mx>

configuraría un delito de lesión para el bien jurídico colectivo de la administración de pública referida al ámbito de la salud<sup>1114</sup>, toda vez que al incumplirse con los requisitos necesarios para expedir una receta médica, que surta medicamentos o sustancias psicotrópicas, se lesiona la administración sanitaria o de salud, que regula todo lo relativo a los medicamentos de esa índole.

La fracción III, se trataría de un delito de lesión, toda vez que el practicar una intervención quirúrgica innecesaria, ya incluiría hacer ciertos cortes o incisiones en la piel, y alguna otra afectación o lesión a algún órgano, por lo que ya se estaría lesionando la salud, incluso las lesiones podrían tardar en sanar o bien, generar algún menoscabo a la salud.

Dentro de los delitos de peligro concreto mencionaremos la fracción IV, la cual nos establece que la negativa de atención médica debe poner en peligro la vida o salud del enfermo. Por ejemplo, con que un médico niegue el prestar la atención médica a un enfermo o lesionado, de momento esa negación debe de poner en peligro su vida o salud, ante dicha exigencia, es por lo que se considera un delito de peligro concreto, ya que expresamente nos señala que debe ponerse en peligro la vida o salud y por tanto deberá probarse para ser sancionado penalmente.

Un delito de lesión será la fracción VI, ya que se requiere que, con el suministro de medicamento inapropiado, se cause un perjuicio en la salud de la paciente, dicho perjuicio lo traducimos en una lesión.

Por otro lado, los delitos llamados formales o infracciones meramente formales, los encontramos en la fracción II, que sanciona el mero hecho de no recabar la debida autorización para someter a una persona a una operación quirúrgica que ponga en peligro la vida del enfermo. También las fracciones V, VIII y XIII, la primera de ellas bastara con solo expedir una certificación de que una persona está enferma, sin que sea cierto ese hecho, con la finalidad, por ejemplo, de no fungir como funcionario de casilla en unas elecciones, situación que en México es obligatoria cuando has sido elegido; ya se está cometiendo el delito, sin saber que bien jurídico se pone en peligro o se lesionaría. También es un delito meramente formal, el supuesto de practicar un procedimiento médico quirúrgico de especialidad, sin contar con los requisitos establecidos en la Ley General de Salud de Aguascalientes.

Por lo que hace a las fracciones X y XI, se tratan de delitos donde lesión, en ambos casos contra la libertad de decisión de los sujetos pasivos, pues en uno y otro no existe un consentimiento otorgado por la mujer y se actúa dejando de lado éste. Con respecto a la fracción XI, también debo mencionar que pudiéramos encontrarnos en un concurso de delitos, ya que al practicar la cesárea se causarían además lesiones, que, según el CP de Guanajuato, podrían encontrarse en las previstas por el artículo 143 del CPGTO, que de forma normal tardaran en sanar 15 o más días<sup>1115</sup>.

---

<sup>1114</sup> *Vid.* Capítulo III, sobre los Delitos de lesión-peligro, dentro de los Bienes jurídicos intermedios, tema 4.1. Donde resaltamos que en principio hablábamos de delitos pluriofensivos de peligro, sin embargo, con lo que hemos hablado respecto a cómo el comportamiento se proyecta sobre ambos bienes jurídicos se puede afirmar que, debido a la posición ocupada por ambos bienes, se trata de un delito de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados.

<sup>1115</sup> Artículo 143. A quien infiera una lesión que no ponga en peligro la vida y tarde en sanar hasta quince días, se le impondrá de cinco a veinte jornadas de trabajo en favor de la comunidad; si tarda en sanar más de quince días, se le impondrá de cuatro meses a un año de prisión y de cuatro a diez días multa.

El Estado de Baja California<sup>1116</sup>, prevé este delito bajo otra denominación, lo llama Abandono injustificado, donde se sanciona a los médicos que habiendo entregado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo dejare abandonado, sin causa justificada y sin avisar a la autoridad. Este tipo penal llamado aquí abandono injustificado y que en otros CP encontraremos como abandono del servicio médico, viene poner en peligro la vida o la salud del lesionado o enfermo, al que se haya abandonado sin causa y sin avisar a otra autoridad. Se trata también de un delito de peligro abstracto, porque podemos señalar que en este delito la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo, por tanto, no es necesario probar en el caso concreto, una puesta en peligro al bien jurídico; ya que el peligro se deriva de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador.

---

<sup>1116</sup> Artículo 270.- Abandono injustificado. - El artículo anterior se aplicará a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

En los Estados de Baja California Sur<sup>1117</sup>, Campeche<sup>1118</sup>, Ciudad de México<sup>1119</sup>, Durango<sup>1120</sup>, Guerrero<sup>1121</sup>, Michoacán<sup>1122</sup>, Tlaxcala<sup>1123</sup>, en sus Códigos penales

<sup>1117</sup> Artículo 341. Negación del servicio médico. Se impondrán de tres a siete años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días y suspensión para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, a quien teniendo la calidad de médico en ejercicio de su profesión:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada;

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave, y por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud; o

III. Practique esterilización con fines de infecundidad, sin la voluntad del paciente o ejerza presión para que éste la admita.

Las mismas penas se impondrán a los enfermeros o paramédicos que, teniendo la capacidad técnica, omitan las obligaciones tuteladas en las fracciones primera y segunda o no soliciten el auxilio pertinente.

Artículo 342. Abandono del servicio médico. A quien teniendo la calidad de médico y habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestarle tratamiento sin causa justificada, sin derivar al paciente ni dar aviso inmediato a la autoridad competente o no cumpla con las obligaciones que le impongan las regulaciones en la materia, se le impondrán de uno a cinco años de semilibertad y multa de doscientos a cuatrocientos días.

Cuando derivada de la desatención en que se deje al paciente el estado de salud de éste se agrave o se ponga en peligro su vida, se le impondrá de cuatro a siete años de prisión, multa de doscientos a cuatrocientos días, y suspensión para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Artículo 343. Práctica indebida del servicio médico. Se impondrán de tres a ocho años de prisión y multa de doscientos a quinientos días, a quien teniendo la calidad de médico:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o

III. Sin autorización del paciente o de quien legítimamente pueda otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.

<sup>1118</sup> Artículo 274.- Abandono, negación y práctica indebida del servicio médico. Se impondrán de seis meses a tres años de prisión, multa de cincuenta a doscientos días de salario y suspensión igual a la sanción de prisión para desempeñar cargos, comisiones o empleos, al médico y demás profesionales similares y auxiliares que, habiéndose hecho cargo de la atención de un enfermo o de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que impone la legislación de la materia.

Artículo 275.- Se impondrán de uno a cuatro años de prisión, multa de doscientos a cuatrocientos días de salario y suspensión igual a la sanción de prisión para desempeñar cargos, comisiones o empleos, al médico y demás profesionales similares y auxiliares, que, en ejercicio de su profesión:

I. Encontrándose en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda ni lo traslade a la institución adecuada para su curación;

II. En caso de urgencia, se niegue a prestar asistencia a un enfermo y con ello ponga en peligro la vida o la salud de aquél, cuando por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 276.- Se impondrán de dos a cinco años de prisión, multa de cuatrocientos a setecientos días de salario y suspensión igual a la sanción de prisión para desempeñar cargo, comisión o empleo relacionado con su profesión, al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Sin autorización del paciente o de la persona que pueda legítimamente otorgarla ante la imposibilidad o incapacidad de aquél, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que, por su naturaleza, ponga en peligro la vida del enfermo o le cause la pérdida de un miembro u órgano o le afecte la integridad de una función vital.

En caso de reincidencia se impondrá sanción de inhabilitación de cargo, comisión o empleo relacionado con su profesión.

<sup>1119</sup> Artículo 324. Se impondrán prisión de seis a doce años, de cien a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión, por un tiempo igual al de la pena de prisión, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

---

Si la víctima u ofendido de este delito es una niña, niño, menor de edad, adolescente o persona inimputable, incapaz, adulto mayor o integrante o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones previstas en este artículo se triplicarán.

Artículo 325. Al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrán de tres a siete años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Si la víctima u ofendido de este delito es una niña, niño, menor de edad, adolescente o persona inimputable, incapaz, adulto mayor o integrante o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones previstas en este artículo se triplicarán.

Artículo 326. Se impondrá de seis a doce años de prisión y de cuatrocientos a ochocientos días multa al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria o la realice con el fin de obtener un lucro o de ocultar el resultado de una intervención anterior;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.

Si la víctima u ofendido de este delito es una niña, niño, menor de edad, adolescente o persona inimputable, incapaz, adulto mayor o integrante o miembro de una comunidad o pueblo indígena, las sanciones previstas en este artículo se triplicarán.

<sup>1120</sup> Artículo 234. Abandono o negación del servicio médico. Se impondrán de uno a tres años de prisión y multa de setenta y dos a doscientas dieciséis veces la Unidad de Medida y Actualización y suspensión para ejercer la profesión de un mes a un año, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o,

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias y urgencia del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 235. Al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente o no cumpla con las obligaciones que le impone el Código Procesal Penal del Estado de Durango, se le impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de setenta y dos a trescientas sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización.

Artículo 236. Práctica indebida del servicio médico. Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a cuatrocientas treinta y dos veces la Unidad de Medida y Actualización y suspensión para ejercer la profesión de uno a tres años, al profesional de la medicina que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital; o,

IV. Practique esterilización con fines de infecundidad, sin la voluntad del paciente o ejerza presión para que éste la admita.

<sup>1121</sup> Artículo 329. Negación del servicio médico. Se impondrán de uno a cinco años de semilibertad, de cincuenta a doscientos cincuenta días multa y suspensión para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de semilibertad impuesta, a quien teniendo la calidad de médico en ejercicio de su profesión:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada, o

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 330. Abandono del servicio médico. A quien teniendo la calidad de médico y habiéndose hecho cargo de la atención de una persona lesionada, deje de prestarle tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente o no cumpla con las obligaciones que le impongan las regulaciones en la materia, se le impondrán de uno a cinco años de semilibertad y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa.

Artículo 331. Práctica indebida del servicio médico. Se impondrán de uno a seis años de semilibertad y de cincuenta a trescientos días multa, a quien teniendo la calidad de médico:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

contemplan tres figuras delictivas donde se prevé lo relativo a la responsabilidad médica profesional, las denominan Negación del Servicio médico, Abandono del servicio médico y Práctica indebida del servicio médico. En el primer caso relativo a la negación de atención médica a lesionados o enfermos; el segundo supuesto es similar al de Abandono injustificado que prevé el CP de BC, para los médicos que se hacen cargo de un lesionado y los dejan de prestar tratamiento sin causa justificada y sin avisar a la autoridad. Finalmente, la Práctica indebida para los médicos que realicen operaciones quirúrgicas innecesarias o simulen intervenciones quirúrgicas, o bien, se realice la intervención

---

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

III. Sin autorización del paciente o de quien legítimamente pueda otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital, o

IV. Practique esterilización con fines de infecundidad, sin la voluntad del paciente.

<sup>1122</sup> Artículo 284. Negación del servicio médico. Se impondrá de uno a cinco años de semilibertad, de doscientos a cuatrocientos días multa y suspensión para ejercer la profesión por un tiempo igual al de la pena de semilibertad impuesta, a quien teniendo la calidad de médico en ejercicio de su profesión:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada; o,

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y por las circunstancias del caso no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 285. Abandono del servicio médico. A quien teniendo la calidad de médico y habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestarle tratamiento injustificadamente sin dar aviso inmediato a la autoridad competente o no cumpla con las obligaciones que le impongan las regulaciones en la materia, se le impondrá de uno a cinco años de semilibertad y de doscientos a cuatrocientos días multa.

Artículo 286. Práctica indebida del servicio médico. Se impondrá de cuatro a ocho años de semilibertad y de doscientos a quinientos días multa, a quien teniendo la calidad de médico:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

III. Sin autorización del paciente o de quien legítimamente pueda otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital; y,

IV. Realice una intervención quirúrgica que requiera de una especialidad y certificación sin contar con ella, de acuerdo a la Ley.

<sup>1123</sup> Artículo 380. Se impondrán de uno a tres años de prisión y multa de setenta y dos a doscientos dieciséis días de salario y suspensión para ejercer la profesión de un mes a un año, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda o no solicite el auxilio a la institución adecuada, o

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias y urgencia del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Artículo 381. Al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión y multa de setenta y dos a doscientos ochenta y ocho días de salario; así como suspensión para ejercer la profesión de uno a tres años.

Artículo 382. Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y dos días de salario; así como suspensión para ejercer la profesión de uno a tres años, al profesional de la medicina que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital, o

IV. Practique esterilización con fines de infecundidad, sin la voluntad del paciente o ejerza presión para que éste la admita.

quirúrgica que por su naturaleza pongan en peligro la vida, o signifiquen la pérdida de algún miembro, o afecte la integridad de la función vital, sin contar con la autorización del paciente, salvo los casos de urgencia. En el CP de Michoacán se agrega una fracción al delito de Práctica indebida del servicio médico, que contempla que se cometerá este delito en caso de que se realice una intervención quirúrgica que requiera de una especialidad y certificación, sin contar con ella, de acuerdo con la Ley, similar a lo contemplado por el CP de Aguascalientes. Solo algunos de los supuestos previstos en las figuras delictivas que mencionamos, se encontrarán dentro de los delitos de peligro abstracto, pues en ninguna de ellas, el tipo penal exige que de manera concreta se ponga en peligro la salud o vida de las personas.

En el delito de práctica indebida del servicio médico, que referimos en el párrafo anterior, en la fracción que exige que con la intervención quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida, considero que ese apartado exige que con la intervención quirúrgica se ponga en peligro de la vida, por lo tanto considero que esta primera parte contempla un delito de peligro concreto, toda vez que la mencionada fracción exige específicamente que se ponga en peligro la vida, con la intervención quirúrgica. Incluso la mencionada fracción también contempla que, con la intervención quirúrgica, se pueda perder un miembro o afecte la integridad de una función vital, configurándose un delito de lesión, pues con la intervención quirúrgica se perdería un miembro del cuerpo o afecta la función vital de la persona.

Si bien los CP de BCS, Campeche, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Michoacán y Tlaxcala son similares, en el delito de Negación del servicio médico. Ya que los CP mencionados al inicio, en la fracción II, incluyen que quien se niegue a prestar asistencia a un enfermo, cuando éste corra peligro de muerte o de una enfermedad o daño más grave y, por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud; estas circunstancias en las que debe encontrarse el sujeto pasivo, implican que el tipo penal exige, que deba comprobarse que el sujeto pasivo corra peligro su vida o la salud, por lo que en el mismo sentido del párrafo anterior, se tratara también de un delito de peligro concreto, pues no bastara comprobar la negación del servicio médico, sino también las circunstancias personales del sujeto pasivo.

En los casos que hemos visto de Práctica indebida y que seguiremos viendo, la fracción I contempla un delito de lesión, toda vez que señala que “a quien practique una operación quirúrgica innecesaria”, este supuesto penal, ya implica que el médico realice incisiones a la piel o a algún otro órgano interno y con ello ya se configura de inicio un delito de lesión.

Siguiendo con el delito de práctica indebida la fracción III de los artículos que la contemplan y señalan “realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital”, refieren delitos de peligro concreto y lesión; en el primero supuesto se configura el peligro concreto, cuando se realiza la operación quirúrgica y con ello se ponga en peligro la vida de la persona; el segundo supuesto de lesión, se produciría a causa de la operación quirúrgica, que implique la pérdida de algún miembro o afecte la integridad de la función vital.

También resaltaremos de la práctica indebida, en el caso de los CP de Durango, Guerrero y Tlaxcala, es que el tipo penal prevé en la fracción IV que se practique

esterilización con fines de infecundidad, sin la voluntad del paciente o ejerza presión para que éste la admita (este último supuesto no lo prevé el CP de Guerrero), hipótesis que los CP de BCS, Campeche, Ciudad de México y Michoacán no prevén. Estos supuestos más que poner en peligro la vida o la salud, desde mi punto de vista, vienen a lesionar el bien jurídico de libertad sexual y a provocar lesiones que disminuirán una función física, ya que se realiza un procedimiento para evitar la procreación, así como cuando se ejerza presión sobre la mujer para que lo admita, se vulnera su libertad de decidir. Por tanto, no conformarían un delito de peligro abstracto, sino de lesión.

En este mismo delito de práctica indebida, debemos señalar que lo que se le pide al médico “es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta sus valores y creencias en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia. Por otro lado, el término mal praxis (mala práctica médica) se ha acuñado para señalar conductas impropias del profesional frente a un paciente y que no sigue las normas o pautas que señala la *lex artis* médica, pero no hay aquí un error de juicio, sino que, o la actuación del médico que está en posesión de conocimientos y habilidades no ha sido diligente, o éste ha actuado con impericia e imprudencia frente a una situación clínica para la cual no está capacitado; este tipo de conducta médica constituye un error médico inexcusable y el profesional debe responder por esta conducta inapropiada. Por tanto, la responsabilidad profesional está subordinada a la previa acreditación de una clara negligencia en la prestación de los servicios, independientemente del resultado.”<sup>1124</sup>

En los CP de Chiapas<sup>1125</sup> y el Estado de México<sup>1126</sup> siguieron similares descripciones típicas de los CP anteriores (prevén solo el abandono y la negación del

---

<sup>1124</sup> Tesis Aislada. Núm. de Registro: 2004785. Tesis: I.4o.A.64 A (10a.). Materia Administrativa. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Décima época. Tribunales Colegiados de Circuito. <http://sjf2.scjn.gob.mx>

<sup>1125</sup> Artículo 467.- Delitos contra la responsabilidad médica y técnica. Se aplicarán de uno a cuatro años de prisión, además de las diversas sanciones establecidas en el artículo anterior, a los médicos que habiéndose hecho cargo de la atención de una persona enferma o lesionada, la abandone en su tratamiento injustificadamente sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o preste un tratamiento médico sin haber recabado previamente la autorización del paciente, excepto cuando se trate de una urgencia. Las mismas penas se aplicarán al médico que habiendo celebrado contrato de prestación de servicios con alguna persona, se niegue a prestar la atención médica comprometida con grave riesgo o daño para la vida o para la salud de los interesados.

Artículo 468.- Se impondrá prisión de seis meses a dos años y multa de diez a cien días de salario para cuando haya negativa injustificada de los médicos en ejercicio a prestar sus servicios oportuna y diligentemente cuando para ello sean requeridos, en tratándose de casos graves en que peligre la vida o la salud de enfermos o lesionados.

Artículo 471.- Se sancionará con prisión de dos a diez años y multa de diez a cien días de salario, a los que sustraigan o trasplanten órganos o partes del cuerpo humano, sin la autorización del paciente o de quien corresponda darla, y sin los requisitos legales, para realizar trasplantes o injertos.

Si la extirpación, el injerto o el trasplante se realizan en persona plagiada o secuestrada, a los responsables se les incrementará un tercio de la sanción prevista en este artículo, sin perjuicio de las penas que les correspondan por los delitos cometidos en contra de la libertad de las personas.

<sup>1126</sup> Artículo 182.- Delitos cometidos en el ejercicio de actividades profesionales o técnicas. Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior a:

I. Los médicos, que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la curación de algún lesionado o enfermo lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada o no cumplan con los deberes que les impone el Código Nacional de Procedimientos Penales;

II. Los médicos, cirujanos, parteros, enfermeros y demás profesionales y similares y auxiliares que se nieguen a prestar sus servicios a un lesionado o enfermo, en caso de notoria urgencia, por exigir el pago

servicio médico), lo novedoso de los CP de Chiapas y del Estado de México, es que también establecen lo relativo a la sustracción o trasplante de órganos o partes del cuerpo humano, sin la autorización del paciente o de quien corresponda darla, y sin los requisitos legales, para realizar trasplantes o injertos. Estos supuestos incluirían delitos de lesión para la salud.

Solo encontraremos en el CP de Chihuahua<sup>1127</sup> los supuestos relativos a la Práctica indebida del servicio médico, similares a los supuestos manejados por los CP de Baja California Sur y Campeche, de los cuales supra líneas, ya vertimos los comentarios pertinentes.

En el CP de Coahuila<sup>1128</sup> solo se encuentra contemplado el delito de negación de asistencia médica, relativo a la negación de atención médica a lesionados o enfermos. Donde la parte que resaltaremos es la relativa a la condicionante que establece que: siempre y cuando de no asistirlo corra peligro la vida de este o de que se agrave su enfermedad o padecimiento. Comprendiendo en el mismo precepto legal, un delito de peligro concreto y un delito de peligro abstracto, ya que por una parte requiere que se ponga en peligro la vida, supuesto en el cual configurarían un delito de peligro concreto y por la otra parte, señala que solamente que se agrave su enfermedad o padecimiento, configurándose un peligro abstracto para la salud, al no requerir la puesta en peligro del bien jurídico en concreto.

En Guanajuato<sup>1129</sup> y en Yucatán<sup>1130</sup>, sus CP bajo el delito de Responsabilidad médica, prevén la negación y abandono del servicio médico, de una persona lesionada o

---

anticipado de sus servicios, sin dar inmediato aviso a las autoridades correspondientes u organismos de asistencia pública para que procedan a su atención.

III. Los médicos, cirujanos, parteros, enfermeros y demás profesionales y similares y auxiliares o cualquier persona, los propietarios de clínicas u hospitales que participen o faciliten por cualquier medio el tráfico, comercialización o cirugía de un trasplante de órgano o tejido humano, sin la autorización necesaria de la secretaría del ramo, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa, así como la suspensión del derecho del ejercicio de la profesión por veinte años y la cancelación de la licencia de funcionamiento por veinte años. Independientemente de los delitos que se cometan.

Si se trata de servidores públicos del sector salud, se les destituirá de seis a dieciséis años del empleo, cargo o comisión públicos.

<sup>1127</sup> Artículo 320. Práctica indebida del servicio médico. Se impondrá de seis meses a seis años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica; o

III. Sin autorización del paciente o de la persona que ante la imposibilidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital.

<sup>1128</sup> Artículo 215 (Negación de asistencia médica). Se impondrá de tres días a seis meses de prisión y de trescientos a quinientos días multa, o de un mes a tres meses de trabajo en favor de la comunidad relacionado con la medicina, y de trescientos a quinientos días multa: a quien ejerza la medicina y previo requerimiento se niegue a prestar asistencia a un enfermo o accidentado que tiene ante él, y aquél no esté en condiciones de recurrir a otro médico ni a una institución hospitalaria, siempre y cuando de no asistirlo corra peligro la vida del mismo o de que se agrave su enfermedad o padecimiento.

<sup>1129</sup> Artículo 229-a. Responsabilidad médica. Al médico que habiendo aceptado hacerse cargo de la atención de una persona lesionada o enferma, la abandone o le niegue el servicio requerido sin motivo justificado, se le impondrá prisión de uno a cinco años y de diez a cincuenta días multa. Este delito se perseguirá por querrela.

<sup>1130</sup> Responsabilidad Médica. Artículo 270.- Se impondrá sanción de seis meses a cinco años de prisión, de cien a trescientos días-multa, estarán obligados a la reparación del daño causado por su acto u omisión y, suspensión de tres meses a un año, a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de

enferma de quien aceptaron hacerse cargo de la atención, sin que haya motivo justificado para dicho abandono. Agregando en el CP de Yucatán una sanción para al profesional de la salud que se negare sin causa justificada a prestar sus servicios a una persona que los necesitare. Ambos supuestos manejados bajo el delito de Responsabilidad médica, se tratan de delitos de peligro abstracto, al no requerir la efectiva o concreta puesta en peligro del bien jurídico.

Mientras que en el CP de Hidalgo<sup>1131</sup> siguen de forma similar los supuestos que encontramos en los CP de BCS, Campeche, Durango y Guerrero, solo cambia la denominación, pues lo tipifican bajo el nombre de Delitos cometidos en el ejercicio de una actividad profesional o técnica. Donde se incluye la negación y abandono de personas enfermas o lesionadas, así como la práctica indebida en un solo artículo. Lo que destacaremos es lo señalado en la fracción IV del artículo 278, que señala que cuando se niegue el médico a prestar la asistencia a un enfermo, en caso de notoria urgencia, se ponga en peligro la vida o la salud del enfermo. Con lo cual, la citada fracción contemplará un delito de peligro concreto, ya que expresamente así lo señala el tipo penal, aunado a que deberá comprobarse que efectivamente con la negación del servicio médico, se puso en peligro la vida o salud del sujeto pasivo.

En el CP de Jalisco<sup>1132</sup>, se prevé en un artículo penal, el abandono de lesionado o enfermo sin causa justificada y la práctica indebida, solo relativa a realizar intervenciones

---

la atención de un lesionado o enfermo, sin causa justificada y sin aviso oportuno, lo abandonen en su tratamiento o en casos urgentes, así como al facultativo que se negare sin causa justificada a prestar sus servicios a una persona que los necesitare.

<sup>1131</sup> Artículo 278.- Se impondrá prisión de seis meses a cinco años, de 50 a 300 días multa y además, suspensión o inhabilitación para el ejercicio profesional de hasta tres años, al médico que:

I.- Habiendo otorgado responsiva de hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente, o no cumpla con las obligaciones que le impone el Código de Procedimientos Penales;

II.- No recabe la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en caso de urgencia, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital;

III.- Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

IV.- Ejerciendo la medicina y sin motivo justificado se niegue a prestar asistencia a un enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo, cuando éste, por las circunstancias del caso, no pudiera recurrir a otro médico o a un servicio de salud, o abandone sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado; o

V.- Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de cumplir una obligación que la Ley impone para adquirir algún derecho.

Los tipos penales previstos por las fracciones I, II y III de este artículo, también serán punibles si se causan culposamente y bajo esta forma de realización, serán perseguibles por querrela.

En el supuesto de que un médico se ostente con una especialidad no validada legalmente, la punibilidad señalada en el presente Artículo, se aumentará en una mitad.

<sup>1132</sup> Artículo 157. Responsabilidad Médica. Se impondrán de uno a dos años de prisión y suspensión en el ejercicio de su profesión hasta por dos años, al médico o a quien válidamente haga sus veces, que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de algún lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada.

En caso de reincidencia, la pena será de dos a cuatro años de prisión y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio profesional.

Cuando para el abandono se tenga causa justificada, deberá darse aviso a la autoridad competente para que esta provea lo relativo a la atención médica del lesionado y, mientras que ello suceda, el facultativo seguirá prestando sus servicios al lesionado, salvo el caso de impedimento personal de orden físico o psíquico. La infracción de esta disposición se castigará con pena de uno a tres años de prisión, aparte de las demás sanciones antes señaladas.

quirúrgicas innecesarias y en artículo diverso sanciona el negarse a prestar servicios a un enfermo que lo solicite por notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de dicho enfermo. En el primer supuesto estamos ante un delito de peligro abstracto, ya que de forma abstracta se pone en peligro la salud y vida de las personas, mientras que, en la negativa a prestar el servicio médico, se trata de un delito de peligro concreto, en tanto que exige peligro para la vida del enfermo. Lo anterior muy similar al CP de BCS, sin embargo, contiene un apartado novedoso relativo a los directores, administradores, médicos de sanatorios y clínicas o quienes los substituyan, incurrirán en responsabilidad cuando, sin justificación rechacen la admisión y tratamiento médico de urgencia a una persona.

Del artículo 158, el párrafo segundo, contiene un delito de lesión, al señalar que si de la negativa de servicio médico, se produjeren daños a la salud, por lo que ya no se trataría de un delito de peligro sino de lesión a la salud.

En el Estado de Morelos<sup>1133</sup>, tipificaron varias conductas en un solo artículo (249), relativas al abandono, negación y práctica indebida del servicio médico, un tanto similar a lo previsto por los CP de Jalisco y de BCS. Por lo que solo destacaremos lo más relevante. De igual manera que el CP de Jalisco, tipifica el negar la asistencia a un enfermo que lo solicite en caso de urgencia notoria, poniendo en peligro la vida o la salud de aquél, cuando por las circunstancias del caso no sea posible recurrir a otro médico o a un servicio de salud. Aquí el tipo exige que debe ponerse en peligro la vida o la salud,

---

La sanción y suspensión a que se refieren los párrafos primero y segundo de este artículo serán duplicadas al médico o a quien válidamente haga sus veces, que practique una intervención quirúrgica innecesaria.

Artículo 158. Quienes ejerzan la medicina y, sin causa justificada, se nieguen a prestar servicios a un enfermo que lo solicite por notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de dicho enfermo, serán sancionados con multa por el importe de veinte a doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

Si se produjere daño en la salud por falta de intervención, se les impondrán además de seis meses a dos años de prisión e inhabilitación para el ejercicio profesional, por el término de un mes a dos años.

Artículo 161. Los directores, administradores, médicos de sanatorios y clínicas o quienes los substituyan, incurrirán en responsabilidad cuando, sin justificación rechacen la admisión y tratamiento médico de urgencia a una persona. En este caso, la pena será de uno a cinco años de prisión y multa por el importe de veinte a ciento noventa y seis veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

<sup>1133</sup> Artículo 249.- Se impondrá de dos a seis años de prisión y de cien a quinientos días multa, al médico que:

I. Habiéndose hecho cargo de la atención de un enfermo o lesionado, abandone su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad competente, o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia;

II. No recabe la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en casos de urgencia, cuando se trate de practicar alguna intervención quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital;

III. Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

IV. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

V. Ejerciendo la medicina, se niegue a prestar asistencia a un enfermo en caso de urgencia notoria, poniendo en peligro la vida o la salud de aquél, cuando por las circunstancias del caso no sea posible recurrir a otro médico o a un servicio de salud;

VI. Certifique con falsedad que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para eximirlo de cumplir una obligación que la ley le impone o para adquirir un derecho; o

VII. Sin necesidad terapéutica ni consentimiento del paciente, altere por cualquier medio el funcionamiento de alguno de sus órganos.

VIII. (SIC) Será excluyente de responsabilidad, la conducta del médico que por principios éticos, se abstenga u objete practicar el aborto.

Si el responsable se trata de un servidor público, además se le impondrá la sanción prevista por el artículo 269 del presente Código, en los términos que establece.

cuando se niegue la asistencia médica, mientras en el CP de Jalisco solo se habla de la puesta en peligro de la vida. De acuerdo con lo establecido, el CP señala expresamente que esos bienes jurídicos se vean en peligro, por ello la fracción V de este artículo, comprende un delito de peligro concreto. Por otro lado, encontramos en este CP un supuesto nuevo, dentro de este precepto penal: “el alterar por cualquier medio el funcionamiento de algún órgano del enfermo, sin que haya necesidad terapéutica o no exista consentimiento del paciente”. En este último supuesto, según sea el caso, con alterar el funcionamiento de un órgano, se puede poner en peligro la vida del sujeto pasivo, por lo que estaríamos en este caso ante un delito de peligro abstracto, pues a diferencia del precepto anterior que comentamos, el tipo penal no exige que debamos comprobar esa puesta en peligro la vida o salud de la persona.

Los CP de Nayarit<sup>1134</sup> y Zacatecas<sup>1135</sup>, van a establecer dos figuras delictivas que hemos visto hasta ahora, el abandono y negación del servicio médico, sin mucho que destacar. La negación del servicio médico, en ambos CP se trata de un delito de peligro concreto, en Nayarit es similar al CP de Jalisco, pero el CP de Zacatecas agrega a la negación del servicio médico, que se... “ponga en peligro la vida, por exigir que se les paguen o garanticen anticipadamente sus honorarios”. En este segundo supuesto de negación del servicio médico, el delito agrega que la puesta en peligro sea por el hecho de exigir el pago de honorarios, situación que en otros CP no se había observado.

Lo que destacaremos de los CP mencionados en el párrafo anterior, es que en estos Estados se prevé otro tipo penal que no se encuentra en ningún otro CP de México, en los

---

<sup>1134</sup> Artículo 266.- El artículo anterior, se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y no den aviso inmediato a la autoridad competente.

Artículo 267.- A quienes ejerzan la medicina y sin causa justificada, se nieguen a prestar sus servicios a un enfermo que lo solicite por notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de dicho enfermo, serán sancionados con multa hasta de quinientos días.

Si se produce daño por la falta de intervención se les impondrán, además, prisión de uno a ocho años e inhabilitación para el ejercicio profesional por el término de tres meses a dos años.

<sup>1135</sup> Artículo 213.- El artículo anterior se aplicará a los profesionales, similares y auxiliares que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y no den aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Artículo 214.- Quienes ejerzan la medicina y sin causa justificada se nieguen a prestar sus servicios a un enfermo que lo requiera por notoria urgencia, o dicha negativa haya puesto u ordinariamente ponga en peligro la vida, por exigir que se les paguen o garanticen anticipadamente sus honorarios, serán sancionados con la pena de uno a tres años de prisión, multa de cincuenta a cien cuotas y prestación obligatoria de servicio a favor de la comunidad de hasta tres meses.

Si se produjere daño por la falta de intervención, las penas anteriores se duplicarán y, además, se impondrá inhabilitación para el ejercicio profesional por un término de tres meses a dos años. Cuando la falta de intervención y el daño consiguiente sean imputables a los directores, administradores o encargados del sanatorio, hospital o establecimiento de salud en donde el médico preste sus servicios, serán aquellos y no éste quienes incurran en responsabilidad penal y deban ser sancionados con las penas previstas en este párrafo y el anterior.

Cuando una persona de las mencionadas en el artículo 212 efectúe una exploración ginecológica por motivos deshonestos o que no sea necesaria, se le sancionará con prisión de tres meses a un año y multa de diez a cincuenta cuotas. Si con la exploración se causa el desfloramiento, las sanciones se duplicarán, sin perjuicio de las que deban aplicarse por los otros delitos que por el mismo acto se cometan.

artículos 269<sup>1136</sup> del CP de Nayarit y 214<sup>1137</sup> del CP de Zacatecas, se prevé que “cuando una persona efectúe una exploración ginecológica por motivos deshonestos, se le sancionará... Si con la exploración se causa el desfloramiento de la mujer, las sanciones serán...”. En el CP de Zacatecas se especifica que la persona que realice la exploración debe ser una persona dedicada al ámbito de la salud, aunado que los motivos pueden ser deshonestos o bien, no sea necesaria la exploración. Protegiéndose desde mi punto de vista en el primer supuesto no la salud de la mujer, sino su libertad sexual, por cuanto una exploración ginecológica en casos normales y siguiendo las normas de salud, no causa daños a la salud y el tipo penal tampoco lo exige. Y al final cuando señala que, si de la exploración se causa el desfloramiento de la mujer, ya estaríamos ante un delito de lesión. Tratándose en el primer caso (solo exploración ginecológica) de un delito de lesión a la libertad sexual y en el segundo, de un delito de lesión (si se causa el desfloramiento).

En el Estado de Nuevo León<sup>1138</sup> estimaron solamente tipificar en su CP, el delito de abandono del servicio médico, bajo la denominación Responsabilidad médica, para los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin avisar de inmediato a la autoridad correspondiente.

De manera similar al CP de Nayarit, el CP de Oaxaca<sup>1139</sup>, solo prevé dentro de la Responsabilidad médica y técnica, el abandono y la negación del servicio médico, solo destacaremos que en la negación del servicio médico también incluye a los que, teniendo celebrado contrato de prestación de servicios con alguna persona, se nieguen a prestarlos, con grave perjuicio para la vida o para la salud de los interesados. En el abandono del servicio médico, estamos ante un delito de peligro abstracto, en tanto que en abstracto el bien jurídico que se protege es la salud, así mismo no se ha visto lesionado el bien jurídico, solo se pondría en peligro. Mientras que, en la negativa de prestar los servicios médicos, del artículo 219, si viene expresamente señalado que debe haber un grave perjuicio para la vida o la salud de la persona enferma, por lo que aquí si debe haber una lesión, el perjuicio a la salud o vida. Finalmente este CP contempla otra negativa, en el artículo 220, la injustificada de los médicos a prestar sus servicios oportunos y diligentemente cuando para ello sean requeridos, en casos graves, en que peligre la vida o la salud; para este supuesto, en este artículo si bien señala que el caso debe ser grave, en donde peligre la vida o la salud, se refiere en mi opinión al peligro en concreto, donde se debe comprobar

---

<sup>1136</sup> Artículo 269.- Cuando una persona efectúe una exploración ginecológica por motivos deshonestos, se le sancionará con prisión de uno a cinco años y multa de diez a cuarenta días. Si con la exploración se causa el desfloramiento de la mujer, las sanciones serán de dos a nueve años de prisión y multa de veinte a cien días.

<sup>1137</sup> Vid. Cita 1135. Art. 214 del CP. de Zacatecas.

<sup>1138</sup> Artículo 228.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

<sup>1139</sup> Artículo 219.- Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada o sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente; y a los que teniendo celebrado contrato de prestación de servicios con alguna persona, se nieguen a prestarlos con grave perjuicio para la vida o para la salud de los interesados.

Artículo 220.- La negativa injustificada de los médicos a prestar sus servicios oportuna y diligentemente cuando para ello sean requeridos, en casos graves, en que peligre la vida o la salud, constituirá un delito culposo quedando a prudente arbitrio del Juez la calificación de la gravedad de cada caso según las circunstancias.

que el sujeto activo con su negativa a prestar el servicio médico ponga en peligro la vida o salud del sujeto pasivo, por tanto estaremos ante un delito de peligro concreto.

Los CP de Querétaro<sup>1140</sup> y Veracruz<sup>1141</sup>, contemplan de forma similar este delito, a los CP de BCS y de Morelos, ya que en un solo artículo contempla las tres figuras de responsabilidad médica: el abandono, la negación y la práctica indebida del servicio médico. Por lo que no estimo oportuno volver a repetirlas, solo comentare que, en este tipo penal de responsabilidad profesional, encontramos los dos tipos de peligro, el concreto y el abstracto, toda vez que, en una de las fracciones (en el CP de Veracruz son dos fracciones II y IV), en la relativa a la negación del servicio médico, el tipo penal expresamente señala que debe de ponerse en peligro la vida o la salud del enfermo, a causa de la negación de asistencia médica. Al señalar que deberá ponerse en peligro la vida o la salud del enfermo, estamos ante un delito de peligro concreto. Respecto a los demás supuestos de este artículo, se tratarán de supuestos de delitos de peligro abstracto, salvo las fracciones IV y III de los CP citados respectivamente, pues como lo hemos adelantado en otros CP, el realizar una intervención quirúrgica innecesaria, ya se trata de un delito de lesión. Por otro lado, el CP de Querétaro, agrega una fracción, la VI al artículo 243, que no veremos en el CP de Veracruz, relativo a abandonar a una persona sin causa justificada, respecto de la cual este encargado de su asistencia, por ejemplo, a través de un contrato, como a un enfermero.

Con respecto a la Responsabilidad Profesional y técnica, en el CP de Quintana Roo<sup>1142</sup> se tipifico de forma equivalente, las tres figuras delictivas ya descritas

---

<sup>1140</sup> Artículo 243.- Se impondrá prisión de 3 meses a 3 años y de 50 a 200 días multa, al médico que:

I. Habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone en su tratamiento sin justa causa y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente;

II. No cumpla con las obligaciones que le imponga el Código de Procedimientos Penales,

III. No recabe la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla salvo en los casos de urgencia, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital;

IV. Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

V. Ejerciendo la medicina y sin motivos justificados, se niegue a prestar asistencia al enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo, cuando éste, por las circunstancias del caso, no pudiese obtener de otro la prestación del servicio;

VI. Abandone sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado, o

VII. Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de cumplir una obligación que la Ley le impone o para adquirir algún derecho.

<sup>1141</sup> Artículo 253.-Se impondrán prisión de seis meses a cinco años, multa hasta de doscientos días de salario y suspensión de dos meses a dos años para ejercer la profesión al médico que:

I. Habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone sin causa justa y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente;

II. Sin la autorización del paciente o de quien legítimamente pueda otorgarla ante la imposibilidad o incapacidad de aquél, salvo casos de urgencia, realice una intervención quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital;

III. Realice una intervención quirúrgica innecesaria;

IV. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo en caso de urgencia notoria, sin causa justificada, poniendo en peligro la vida o la salud de aquél; o

V. Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de cumplir una obligación que la ley impone o para adquirir un derecho.

<sup>1142</sup> Artículo 196.- Se impondrá prisión de seis meses a tres años, de cincuenta a doscientos días multa y, además, suspensión, privación o inhabilitación para el ejercicio profesional de seis meses hasta tres años, a juicio del juzgador, al médico que:

anteriormente en el CP de Querétaro, por ello no volveremos sobre lo ya expuesto (a excepción del supuesto del abandono sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado fracción VI). Aquí lo que destacaremos es el tipo penal denominado Violencia obstetricia<sup>1143</sup>, el cual, desde mi punto de vista, también podemos encuadrar en la Responsabilidad profesional, toda vez que contiene supuestos de negligencia u omisión médica. Pues tipifica conductas cometidas por personal de la salud, como: la no atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, o en emergencias obstétricas; también la alteración del proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración. Los supuestos de violencia obstetricia, ponen en peligro la vida de la madre y del hijo, por ello el CP de Quintana Roo, estimo necesario tipificarlos, junto con el de Aguascalientes, son los únicos que lo contemplaron, bajo los supuestos de delitos de peligro abstracto. Por otro lado, el supuesto de acoso o presión psicológica de una mujer embarazada (fracción IV), con la finalidad de inhibir la libre decisión de su maternidad, considero que no se trata de un delito de peligro para la salud, pues más bien lo que se está lesionando es la libertad de la mujer para elegir la forma en que se realizará el parto.

---

I.- Habiendo otorgado responsiva de hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente, o no cumpla con las obligaciones que le impone el Código de Procedimientos Penales;

II.- No recabe la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en caso de urgencia, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital;

III.- Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

IV.- Ejerciendo la medicina y sin motivo justificado se niegue a prestar asistencia al enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo, cuando éste, por las circunstancias del caso, o abandone sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado, o

V.- Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de cumplir una obligación que la ley le impone o para adquirir algún derecho.

<sup>1143</sup> Artículo 112 Bis. Comete el delito de violencia obstétrica el personal de salud que:

I. No atienda o no brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas;

II. Altere el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

III. No obstante existir condiciones para el parto natural, practique el parto por vía de cesárea, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer;

IV. Acose o presione psicológica u ofensivamente a una parturienta, con el fin de inhibir la libre decisión de su maternidad, o

V. Sin causa médica justificada, obstaculice el apego del niño o la niña con su madre, mediante la negación a ésta de la posibilidad de cargarle o de amamantarle inmediatamente después de nacer.

A quien realice las conductas señaladas en las fracciones I, II, III y IV, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de doscientos hasta trescientos días multa; y quien incurra en los supuestos descritos en la fracción V será sancionado con prisión de seis meses a tres años y de cien hasta doscientos días multa.

Si el sujeto activo del delito fuera servidor público, además de las penas señaladas en el párrafo primero y las que correspondan a la ley de la materia, se le podrá inhabilitar para el ejercicio de la profesión médica hasta por un año.

Delito comprendido dentro del Título Delitos contra la vida y salud personal.

Los Estados de San Luis Potosí<sup>1144</sup> y Sinaloa<sup>1145</sup> tutelaron en sus CP, similares supuestos a los establecidos por los CP de Querétaro y Quintana Roo, sin embargo, en el CP de San Luis Potosí lo tutelan bajo la figura Fidelidad profesional. Los mismos supuestos quedaron asentados *supra* líneas (a excepción del supuesto del abandono sin causa justificada a la persona de cuya asistencia esté encargado, fracción VI, del artículo 243 del CP de Querétaro). Encontrando que algunas de las fracciones contemplan delitos de peligro abstracto, a excepción de las fracciones que contempla un delito de peligro concreto, la fracción VI del artículo 247 del CP de SLP y la V del artículo 280 del CP de Sinaloa, pues en dichas fracciones, establece el CP que con la negación del servicio médico se ponga en peligro la vida o la salud del enfermo. Por otro lado, la fracción III del artículo 247 de SLP y IV del artículo 280 del CP de Sinaloa, es un delito de lesión, como ya lo hemos mencionado.

La Responsabilidad médica y técnica se tipificó en los artículos 195 y 197 del CP de Sonora<sup>1146</sup>, donde contemplan el abandono y la negación del servicio médico, de forma similar a los ya comentados; en la negación a prestar sus servicios médicos, exige el tipo que se ponga en peligro la vida de dicho enfermo, por exigir que se les pague anticipadamente su trabajo. Este último supuesto de negación del servicio médico, como

---

<sup>1144</sup> Artículo 247. La pena prevista en el párrafo segundo del artículo anterior se aplicará al médico que:

I. Abandone en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente, a quien habiendo otorgado responsiva de hacerse cargo de la atención de algún lesionado;

II. Omita recabar la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en caso de urgencia, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause pérdida de un miembro, o que ataque la integridad de una función vital;

III. Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

IV. Se niegue, ejerciendo la medicina y sin motivo justificado, a prestar asistencia a un enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo, cuando éste, por las circunstancias del caso no pudiera recurrir a otro médico, o cuando abandone sin causa justificada a la persona cuya asistencia esté encargada, o

V. Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento para dispensarla de cumplir una obligación que la ley le impone para adquirir un derecho.

En el caso de que un médico se ostente con una especialidad no validada legalmente la punibilidad señalada en el artículo 246, se aumentara en una mitad.

<sup>1145</sup> Artículo 280. Se impondrá prisión de tres meses a cinco años y de cincuenta a doscientos días multa, al médico que:

I. Habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de algún lesionado, lo abandone en su tratamiento sin justa causa y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente;

II. No cumpla con las obligaciones que le impone el Código Nacional de Procedimientos Penales; (Ref. Según Decreto 160, de fecha 30 de julio de 2014 y publicado en el Periódico Oficial “El Estado de Sinaloa”, No. 091 de fecha 30 de julio de 2014).

III. No recabe la autorización del paciente o de la persona que deba otorgarla, salvo en los casos de urgencia, cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital;

IV. Practique una intervención quirúrgica innecesaria;

V. Ejerciendo la medicina y sin motivo justificado, se niegue a prestar asistencia al enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida o la salud de dicho enfermo; o

VI. Certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante, para dispensarla de cumplir una obligación que la ley le impone o para adquirir algún derecho.

<sup>1146</sup> Artículo 195.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y no den aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Artículo 197. - Quienes ejerzan la medicina y sin causa debidamente justificada se nieguen a prestar sus servicios a un enfermo en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro la vida de dicho enfermo, por exigir que se les pague anticipadamente su trabajo, se les aplicará de diez a trescientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad. Si se produjere daño por la falta de intervención, se les impondrán prisión de un mes a cinco años e inhabilitación para el ejercicio profesional por el mismo plazo.

en algunos otros casos, he mencionado que en mi opinión se trata de un delito de peligro concreto, ya que se exige que con la negativa se ponga en peligro la vida del enfermo.

En el CP de Tabasco<sup>1147</sup> se tipifican tres figuras bajo el título de Delitos contra la prestación adecuada del servicio profesional: el abandono de la prestación de servicios; la negación del servicio médico, que prevé dos supuestos negar la atención a un lesionado y negar la asistencia a un enfermo en caso de urgencia notoria, poniendo en peligro la vida o la salud de aquél. La práctica indebida que encontramos en otros CP, aquí es denominada Operaciones quirúrgicas y atenciones médicas indebidas, contemplando, un supuesto nuevo, es el relativo al médico que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se halle, proporcione servicios médicos o consultas con propósitos de lucro. Algunos de los supuestos encuadran en delitos de peligro abstracto, a excepción de la negación del servicio médico del artículo 340 fracción II, que como he mencionado, encuadra en un delito de peligro concreto, al exigir el tipo penal que se ponga en peligro la vida o salud del enfermo. Así mismo, el artículo 341 fracciones I y III, contemplan en primer lugar un delito de lesión y el segundo supuesto un delito de peligro concreto.

Encontraremos el delito de Responsabilidad médica, técnica y administrativa en el CP de Tamaulipas<sup>1148</sup>, donde en varios artículos encontramos las figuras relativas al abandono y negación del servicio médico. En la primera figura delictiva, además del abandono a persona enferma o lesionada, de la que tenga carta responsiva; se incluyó un segundo supuesto, para quien se haga cargo de la atención de un lesionado y éste abandone el tratamiento, deje de comunicarlo inmediatamente a la autoridad

---

<sup>1147</sup> Abandono de la prestación de servicios. Artículo 339. Se aplicará prisión de uno a cuatro años y multa de cien a trescientos días multa al médico que habiéndose hecho cargo de la atención de un enfermo o de un lesionado, deje de prestar el tratamiento sin dar aviso inmediato a la autoridad competente o no cumpla con las obligaciones que le impone la legislación de la materia.

Negación de servicio médico. Artículo 340. Se aplicará prisión de uno a cuatro años y multa de cien a trescientos días multa, al médico en ejercicio que:

I. Estando en presencia de un lesionado o habiendo sido requerido para atender a éste, no lo atienda ni lo traslade a la institución adecuada para su curación, o

II. Se niegue a prestar asistencia a un enfermo en caso de urgencia notoria, poniendo en peligro la vida o la salud de aquél, cuando por las circunstancias del caso, no pueda recurrir a otro médico ni a un servicio de salud.

Operaciones quirúrgicas y atenciones médicas indebidas. Artículo 341. Se aplicará prisión de dos a ocho años, de mil a cinco mil días multa, suspensión o privación de derechos e inhabilitación o destitución, hasta por un tiempo igual a la pena de prisión impuesta al médico que:

I. Realice una operación quirúrgica innecesaria;

II. Simule la práctica de una intervención quirúrgica;

III. Sin autorización del paciente ni de la persona que ante la imposibilidad o incapacidad de aquél pueda legítimamente otorgarla, salvo en casos de urgencia, realice una operación quirúrgica que por su naturaleza: ponga en peligro la vida del enfermo o cause la pérdida de un miembro o afecte la integridad de una función vital; y,

IV. Engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se halle, proporcione servicios médicos o consultas con propósitos de lucro.

<sup>1148</sup> Artículo 236.- Lo dispuesto en el Artículo anterior se aplicará a los médicos, que:

I.- Habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de un lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada;

II.- Habiéndose hecho cargo de la atención de un lesionado y éste abandone el tratamiento, deje de comunicarlo inmediatamente a la autoridad correspondiente.

Artículo 237.- A quienes ejerzan la medicina y sin causa justificada se nieguen a prestar sus servicios a un enfermo en caso de notoria urgencia, serán sancionados con multa de una a cinco veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización. Si se produjere daño, por falta de intervención, se les impondrán, además, la sanción de un mes a cinco años de prisión e inhabilitación para el ejercicio profesional, por el término de tres meses a dos años.

correspondiente. En la negación del servicio médico solo se incluye a los médicos que se nieguen a prestar sus servicios a un enfermo en caso de notoria urgencia. Los mencionados supuestos encuadran en un delito de peligro abstracto, en tanto que no se requiere comprobar ningún tipo de peligro concreto o efectivo al bien jurídico.

Finalmente, en el Código Penal Federal<sup>1149</sup>, solo se tiene previsto bajo el Delito de responsabilidad profesional, el abandono del servicio médico, al sancionar al médico que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin avisar de inmediato a la autoridad correspondiente<sup>1150</sup>. Configurándose un delito de peligro abstracto, por los comentarios que ya hemos vertido en los CP mencionados anteriormente.

Se ha señalado que, con este delito de abandono del servicio médico, lo que se pretendía prevenir era el «coyotaje» de las responsivas, ya que existían profesionales de la salud sin escrúpulos que cobraban sus servicios por adelantado, otorgando la carta responsiva y no se volvían a preocupar por el paciente<sup>1151</sup>.

Los delitos que hemos abordado en este apartado, se encuentran en la mayoría de los CP de México, sistemáticamente ubicados en Títulos relacionados con la Responsabilidad profesional o también en los Delitos cometidos en el ejercicio de una actividad profesional o técnica. Solamente cinco CP manejan otra denominación en sus títulos, son los casos de: Durango, que los ubica en los Delitos contra la salud pública; Coahuila, en los Delitos de peligro para la vida o la salud personal; San Luis Potosí, en los Delitos contra la fidelidad profesional; y por último Campeche y Tabasco en los Delitos contra la prestación adecuada del servicio profesional.

Con respecto a este delito en el Código penal español encontramos dentro de los delitos de omisión del deber de socorro, en el artículo 196<sup>1152</sup>, un delito similar al que hemos venido abordando en este apartado, denominado denegación y abandono de asistencia sanitaria. Para sancionar a los profesionales de la salud que se nieguen a prestar un servicio médico o bien, abandonen los servicios sanitarios, debiendo con esas conductas derivar un riesgo grave para la salud de las personas.

La acción típica consistirá ya sea en la negativa de la asistencia médica, o bien, en el abandono de los servicios médicos, ambas conductas realizadas por un profesional de la salud, por lo que se trata de un delito especial<sup>1153</sup>.

Sin embargo, en ambas modalidades de la conducta, la tipicidad se condiciona a la producción de un riesgo grave para la salud de las personas, constituyendo de este modo, desde mi punto de vista, un delito de peligro concreto, ya que el tipo penal

---

<sup>1149</sup> Responsabilidad médica. Artículo 229.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

<sup>1150</sup> Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El Código penal comentado*. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 304.

<sup>1151</sup> *Ibíd.*

<sup>1152</sup> Artículo 196. - El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

<sup>1153</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. cit.* p. 325.

expresamente señala, que con las conductas descritas se debe derivar un grave riesgo o, peligro para la salud de las personas. Como lo ha señalado la sentencia de TS núm. 56/2008 de 28 enero “la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas”<sup>1154</sup>.

Este tipo penal va a incorporar, al igual de los tipos penales que hemos visto en los CP mexicanos, un elemento referente a la antijuridicidad de la conducta, al exigir que el profesional de la salud, este obligado a prestar la asistencia médica.<sup>1155</sup>.

#### 4.1. C. a Suministro o sustitución de medicamentos.

---

<sup>1154</sup> Sentencia del TS núm. 56/2008 de 28 enero. Que tiene como hechos probados los siguientes: Primero. - Entre las 7,30 horas y 7,41 horas del día 11 de enero de 2001 Serafin sufrió un episodio cardíaco, perdiendo el control del vehículo que conducía y que terminó empotrándose entre unos contenedores sitos en la calle Ciudad de Alfajar. Acudieron al lugar varias personas que observaron los síntomas de gravedad que presentaba el conductor, y uno de ellos realizó una llamada telefónica al 061, que se registró a las 7,41 horas, en la que comunicó las circunstancias del conductor del vehículo. Otro de los ciudadanos que se habían detenido al observar lo anteriormente expuesto se dirigió al Centro de Salud llegando al mismo sobre las 7,50 horas y tras llamar al timbre, pues el Centro se encontraba cerrado fue atendido por el acusado Pedro Jesús, celador del Servicio Especial de Urgencia, que se encontraba trabajando en el Centro de Salud Mercedes Navarro, del Parque Alcosa de Sevilla, informándole el ciudadano que a unos cincuenta metros del centro, en medio de unos contenedores de basura, situado en la calle Alfajar y al lado de la Parroquia, había un señor en el interior de un vehículo que requería asistencia sanitaria, ante lo cual Cesar no salió a ver lo que ocurría, procediendo a efectuar inmediatamente una llamada al 061, llamada que fue registrada por dicho Servicio a las 7,53 horas, donde le indicaron que ya tenían conocimiento del hecho por la llamada anterior y que una unidad móvil había salido hacia el lugar. En el Centro de Salud en esos momentos no se encontraba persona alguna estando en el mismo únicamente el personal de Guardia. Segundo. - A la hora en que Pedro Jesús tuvo conocimiento del hecho, el conductor del vehículo Serafin, no había fallecido. Tercero. - Pedro Jesús no es personal sanitario. Cuarto. - Cesar, médico de guardia y personal sanitario recibió aviso del celador, Pedro Jesús, que le comunicó igualmente que ya tenía aviso el 061, y decidió permanecer en el Centro de Salud. Quinto. - Cesar, médico de guardia y personal sanitario, tuvo conocimiento del hecho cuando el conductor del vehículo, Serafin aún no había fallecido. RJ\2008\1406. Fuente: Thomson Aranzadi Instituciones.

<sup>1155</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. cit.* p. 326.

En los CP de Baja California<sup>1156</sup>, Hidalgo<sup>1157</sup>, Morelos<sup>1158</sup>, Nuevo León<sup>1159</sup>, Querétaro<sup>1160</sup>, Quintana Roo<sup>1161</sup>, Tabasco<sup>1162</sup> (donde entre los sujetos activos se incluye a los dueños de una farmacia), Tamaulipas<sup>1163</sup>, y Veracruz<sup>1164</sup> (también incluye a los dueños de una farmacia como sujetos activos) de forma similar, se contemplan la figura típica de Responsabilidad por sustitución de medicamentos, para los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia que al surtir una receta sustituyan el medicamento específico por otro, que cause daño o bien, resulte ineficaz o inapropiada para el padecimiento que se prescribió. En este delito de responsabilidad por sustitución de medicamento, el tipo exige por un lado que se cause un daño, en ese supuesto, se estaría ante un delito de lesión; pero el tipo penal también prevé el supuesto de que el medicamento sustituido, resulte ineficaz para la enfermedad que se padece, con lo cual se podría causar un peligro a la salud, esto último, el tipo penal no lo señala, pero será el fin último proteger la salud, además que aún no se lesiona el bien jurídico, por lo que el segundo supuesto del tipo penal, se trataría de un delito de peligro y sería abstracto, al no señalar que deba ponerse en concreto peligro el bien jurídico.

---

<sup>1156</sup> Artículo 272.- A los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente recetada por otra que cause daño o resulte ineficaz al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrá prisión de un mes a tres años y hasta cincuenta días multa.

<sup>1157</sup> Artículo 280.- A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente señalada, por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió, se les impondrá prisión de seis meses a dos años y de 5 a 50 días multa.

Este delito también será punible si se causa culposamente y bajo esta forma de realización, será perseguible por querrela.

<sup>1158</sup> Artículo 251.- Se impondrá de tres a nueve meses de semilibertad a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina prescrita por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada para el tratamiento de la enfermedad que determinó la expedición de la receta.

<sup>1159</sup> Artículo 230.- A los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente recetada, por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrá prisión de un mes a tres años, y multa de una a quince cuotas, independientemente del daño que se cause, en cuyo caso se aplicaran las reglas del concurso.

<sup>1160</sup> Artículo 246.- A los encargados, empleados o dependientes de farmacias que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente señalada, por otra que cause daños o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió, se le impondrá prisión de 3 meses a 2 años y hasta 50 días multa.

<sup>1161</sup> Artículo 198.- A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente señalada, por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió, se les impondrá, prisión de seis meses a dos años y hasta cincuenta días multa.

<sup>1162</sup> Enajenación fraudulenta de medicinas nocivas o inapropiadas. Artículo 344. Se aplicará de seis meses a un año de semilibertad y multa de veinte a cincuenta días multa a los dueños, encargados, empleados o dependientes de una farmacia que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente recetada por otra que sea dañina o evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

<sup>1163</sup> Artículo 239.- A los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta substituyan la medicina específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrá una sanción de un mes a tres años de prisión y multa de una a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, independientemente del daño que se cause, en cuyo caso se aplicarán las reglas del concurso.

<sup>1164</sup> Artículo 256.- Se impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa hasta de cien días de salario a los dueños, encargados, empleados o dependientes de farmacias que, al surtir una receta, substituyan la medicina específicamente indicada por otra que sea dañina o evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

Si el daño en la salud se realiza, se impondrán además las sanciones que correspondan a este delito, aplicando en su caso las reglas del concurso.

En los CP de Baja California Sur<sup>1165</sup> y Michoacán<sup>1166</sup>, también prevén el Suministro de medicamento inapropiado, donde el precepto penal señala que con la sustitución deberá ponerse en peligro la salud o ser inapropiada para el padecimiento. Como vemos estos artículos contienen por un lado un delito de peligro concreto y por otro, un delito de peligro abstracto; cuando se exige concretamente que haya un peligro para la salud, el delito se convierte en un delito de peligro concreto, mientras que al solo referir que la sustitución del medicamento sea inapropiado para el padecimiento del enfermo, en abstracto se protege el bien jurídico de la salud.

En el CP de Chiapas<sup>1167</sup> en lo relativo al delito de Suministro de medicamento nocivo o inapropiado, incluyeron además de la sanción, a quien sustituya el medicamento por otro que cause daño o sea evidentemente inapropiado, también una sanción a los empleados de farmacias que expendan medicamentos que hayan alcanzado su fecha de caducidad. Esta última modalidad, también comprenderá un delito de peligro abstracto, ya que la lesión aún no se produce, ni un efectivo y concreto peligro para el bien jurídico, será de forma abstracta como se protegerá al bien jurídico.

---

<sup>1165</sup> Artículo 346. Suministro simulado de medicamento. A quien tenga la calidad de encargado, empleado o dependiente de una farmacia, que al surtir una receta sustituya la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se le impondrán de seis meses a dos años de semilibertad y multa de doscientos a cuatrocientos días

<sup>1166</sup> Artículo 288. A quien tenga la calidad de encargado, empleado o dependiente de una farmacia, que al surtir una receta sustituya la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se le impondrá de seis meses a dos años de semilibertad y de doscientos a cuatrocientos días multa.

<sup>1167</sup> Artículo 472.- A los encargados, empleados o dependientes de farmacias que al surtir una receta sustituyan el medicamento señalado en la misma por otro que cause daño o sea evidentemente inapropiado para el padecimiento para el que se prescribió aquél, así como a los que expendan medicamentos que hayan alcanzado su fecha de caducidad, se les impondrá sanción de seis meses a tres años de prisión sin perjuicio de la reparación de los daños y de la sanción que resultare a causa de su conducta ilícita.

En Chihuahua<sup>1168</sup>, Ciudad de México<sup>1169</sup>, Durango<sup>1170</sup>, Guerrero<sup>1171</sup>, Tlaxcala<sup>1172</sup> se prevé en sus CP, bajo el tipo penal de Suministro de medicamentos nocivos o inapropiados, dos artículos, en uno de ellos se tipifica la conducta del profesionista en medicina o enfermería que suministre, o prescriba (en el CP de Tlaxcala), un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente. Este artículo establece un perjuicio a la salud, por lo que estaremos ante un delito de lesión, donde deberá comprobarse ese perjuicio o daño, para ser sancionado penalmente.

El segundo artículo que prevén, relativo a las personas encargadas, empleadas o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud, o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, o cause daño (esto último previsto en los CP de Ciudad de México, Durango y Tlaxcala, que comprenden un delito de lesión). El segundo artículo que prevén estos CP, contienen dos modalidades, una de ellas señala que deberá de ponerse en peligro la salud, en cuyo caso estaremos ante un delito de peligro concreto, en tanto que expresamente el tipo penal señala que deberá de ponerse en peligro ese bien jurídico; la segunda modalidad contemplada, que la medicina sustituida sea evidente inapropiada para el padecimiento del sujeto pasivo, dicho supuesto

---

<sup>1168</sup> Artículo 323. Suministro de medicinas nocivas o inapropiadas. Al profesionista en medicina o enfermería que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 324. A las personas encargadas, empleadas o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud, se les impondrán seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

<sup>1169</sup> Artículo 328. Al médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión, de cincuenta a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Artículo 329. A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o cause daño, o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrán seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa.

<sup>1170</sup> Artículo 238. Prescripción o suministro de medicinas nocivas o inapropiadas. Al médico, enfermero que prescriba o suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa de treinta y seis a doscientas dieciséis veces la Unidad de Medida y Actualización y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un año.

Artículo 239. A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de dieciocho a ciento cuarenta y cuatro veces la Unidad de Medida y Actualización.

<sup>1171</sup> Artículo 333. Suministro de medicamento inapropiado Al médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de uno a tres años de semilibertad, de cincuenta a ciento cincuenta días multa y suspensión para ejercer la profesión hasta por el tiempo de la sanción restrictiva de la libertad impuesta.

Artículo 334. Suministro simulado de medicamento A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se le impondrán de seis meses a dos años de semilibertad y de veinticinco a cien días multa.

<sup>1172</sup> Artículo 384. Al médico o enfermero que prescriba o suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa de treinta y seis a doscientos dieciséis días de salario y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un año.

Artículo 385. A los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente señalada por otra que ponga en peligro la salud o cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el que se prescribió, se les impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de dieciocho a ciento cuarenta y cuatro días de salario.

encuadraría en los delitos de peligro abstracto, pues en mi opinión, el tipo penal se limita a describir una conducta o una acción peligrosa, porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de la conducta descrita.

El CP del Estado de México<sup>1173</sup>, es similar al de BC, en cuanto a que sanciona al sujeto activo que al surtir una receta sustituya por otra la medicina específicamente recetada, sin embargo, aquí no requiere que exista un daño a la salud, o bien, que resulte inapropiada para el padecimiento para el que se prescribió, simplemente con la plena sustitución se estará cometiendo el delito, pero existe una salvedad, cuando se trate de los medicamentos genéricos intercambiables, en dicho supuesto no existirá sanción. Con lo que podemos ver que se trata de un delito de peligro abstracto, porque se ha estimado que la reacción penal es anterior a la lesión, ello porque el legislador determinó que para la consumación bastará con una amenaza todavía remota, aunado a que como delitos de peligro abstracto castigan una conducta considerada generalmente como peligrosa, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido.

Ahora bien, el CP del Estado de México plantea una excepción interesante en el artículo 185, al incluir la salvedad de que no existirá el delito, cuando se trate de medicamentos genéricos intercambiables, en dicho supuesto, el Legislador permite que se planté ante el Juzgador la prueba en contrario, frente a la existencia del delito de peligro abstracto contenido en dicho artículo.

Con esta excepción se pone de relieve la conveniencia de que en los Juzgados se admita la prueba en contrario y evitar cumplir con la mera comprobación de la conducta típica, pues de seguir sancionando en ese sentido, la parte acusadora siempre estará violando la presunción de inocencia del imputado. Si se permite la prueba en contrario, la parte defensora podrá allegarse de los elementos, circunstancias y particularidades pertinentes en el caso en concreto, para desvirtuar lo alegado por la parte acusadora.

Similar al CP del Estado de México, es el CP de Puebla<sup>1174</sup>, ya que si los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta médica substituyen un medicamento por otro, ya estarán cometiendo este delito, sin necesidad de que exista algún peligro o daño a la salud. Sin embargo, este tipo penal trae otras dos conductas que en otros CP no se habían observado, ya que no sólo se sanciona la sustitución de un medicamento por otro, sino que también sancionan el alterar la receta, o variar la dosis. Configurándose un delito de naturaleza de peligro abstracto, por que como hemos mencionado, la conducta descrita en el tipo penal desde el principio es considerada como peligrosa, sin que sea necesaria la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

---

<sup>1173</sup> Artículo 185.- A los propietarios, responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta substituyan por otra la medicina específicamente recetada, se les impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cincuenta a setecientos días multa, salvo que se trate de los medicamentos genéricos intercambiables.

<sup>1174</sup> Artículo 241.- Se sancionará con tres meses a tres años de prisión y multa de cinco a cincuenta días de salario, a los responsables, encargados, empleados o dependientes de una botica o farmacia, que al surtir una receta médica:

- I.- Substituyan un medicamento por otro;
- II.- Alteren la receta; o
- III.- Varíen la dosis.

El CP de Yucatán<sup>1175</sup> prevé dos artículos de Responsabilidad por administración o venta de medicamentos. El primer artículo 272 similar al previsto en los CP de BC, Morelos, NL y Querétaro, por lo que no abundaremos en él. El que vale la pena mencionar es un artículo denominado Alteraciones nocivas, donde en el artículo 193<sup>1176</sup> sanciona a quien venda, distribuya o suministre medicamentos una vez vencida su fecha de vigencia, similar al tipo penal previsto por el CP de Chiapas. Este último tipo penal se encuentra en los delitos contra la salud pública, mientras que el primero se encuentra en el apartado de Responsabilidad profesional.

Un tipo penal distinto a los que hemos abordado en este apartado, es el contenido en el CP de Campeche<sup>1177</sup>, denominado Riesgos para la salud, donde se sancionará al dueño, encargado, empleado o dependiente de cualquier establecimiento que venda, suministre o distribuya medicamentos caducos o en mal estado, y nos señala el tipo penal que con ello pueda ponerse en riesgo o peligro la salud. En este artículo nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, ya que solo requiere el tipo penal, que al menos haya una posibilidad o idoneidad para poner en peligro al bien jurídico protegido.

Mientras que los CP de Guanajuato, Nayarit, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora y el CPF, no contemplan figura penal relativa al suministro inapropiado de medicamentos.

Por otro lado, antes de finalizar con los códigos penales de los Estados, debemos mencionar que, en el CP de Aguascalientes en el delito de Responsabilidad profesional médica<sup>1178</sup>, viene en la fracción VI, establecido *el suministro de un medicamento evidentemente inapropiado con perjuicio de la salud del paciente*, sin embargo, de acuerdo con la redacción, no podemos incluirlo dentro de los delitos de peligro, pues expresamente se requiere, que con el suministro se cause un perjuicio en la salud del paciente, por lo que el delito se vuelve en un delito de lesión.

---

<sup>1175</sup> Artículo 272.- Asimismo, se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a doscientos días-multa, de veinte a doscientos días de trabajo en favor de la comunidad y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud o de agencias funerarias cuando incurran en alguno de los casos siguientes:

I.- Impedir la salida de un paciente cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudo de cualquiera índole;

II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior, y

III.- Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

<sup>1176</sup> Alteraciones Nocivas. Artículo 193.- A quien venda, distribuya o suministre medicamentos una vez vencida su fecha de vigencia se le aplicará prisión de uno a cuatro años y de diez a sesenta días-multa.

<sup>1177</sup> Artículo 350.- Riesgos para la salud. Se impondrán sanción de tres meses a un año de tratamiento en semilibertad y multa de cien a trescientos días de salario, al dueño, encargado, empleado o dependiente de cualquier establecimiento que venda, suministre o distribuya alimentos, bebidas o medicamentos caducos o en mal estado que puedan poner en riesgo la salud.

Igual sanción se impondrá al que sustituya una medicina específicamente señalada en una receta médica por otra que sea dañina o resulte ineficaz al padecimiento para el cual se prescribió.

<sup>1178</sup> Vid. *Supra* tema 4.1.C. de la Responsabilidad profesional.

En el CP Español encontramos algunos artículos que hacen referencia a los tópicos aquí abordados, así el artículo 361<sup>1179</sup> establece una sanción para quien, entre otras actividades, suministre, comercie o ponga en el mercado medicamentos que carezcan de la autorización de la ley; o estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.

En este artículo contiene previsiones no solo para los medicamentos de uso humano y veterinario, sino que también se han incluido los productos sanitarios<sup>1180</sup>.

El artículo 361 del CP, contiene varias formas de comisión de la acción típica, donde se incluyen todas las fases o etapas por las que debe pasar el producto: desde la fabricación, importación, exportación, suministro, intermediar, comercializar, ofrecer o poner en el mercado, o bien, almacenar con estas finalidades; las cuales pueden recaer ya sea en medicamentos humanos o veterinarios, o productos sanitarios<sup>1181</sup>.

La exigencia de este tipo penal, que es un elemento común para todas las acciones descritas es que deberán generar un riesgo para la vida o salud de las personas, se requiere, por tanto, que exista prueba de ese riesgo o peligro generado a la vida o salud de las personas para que pueda ser sancionado penalmente<sup>1182</sup>.

Sin embargo, por otro lado, existen autores que consideran que, si bien el tipo penal habla de un riesgo para la salud o la vida de las personas, no entienden que ese riesgo se traduzca en un peligro concreto para la vida e integridad de estas, aunque si sea posible ofrecer una interpretación del precepto más próxima a lo que tradicionalmente viene entendiéndose por peligro concreto<sup>1183</sup>.

---

<sup>1179</sup> Artículo 361. - El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a tres años.

<sup>1180</sup> El artículo 2 inciso I) de la Ley de Garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (de 24 de julio de 2015), define el «Producto sanitario»: “Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1.º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; 2.º Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; 3.º Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; 4.º Regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.”

<sup>1181</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. cit.* p. 597.

<sup>1182</sup> *Ibid.*

<sup>1183</sup> Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel. *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Coord. José Luis González Cussac, Ángela Matallín Evangelio y Elena Górriz Royo. Segunda Edición, 2015. Número epígrafe: 68. Título epígrafe: Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.). Documento TOL5.009.894. <http://www.tirantonline.com>. p. 5.

Es decir, señalan que, en el plano ontológico, debe existir, como efecto separado de la conducta y lógicamente imputable a la misma, una efectiva situación de peligro. Puesto que la situación de peligro, aunque vaya relacionada a las personas, no requiere que el conjunto de circunstancias que, en el plano ontológico, sustentan su relevancia típica, se focalice en personas concretas; es decir, no es necesario que en el ámbito de tal conducta, haya entrado ninguna persona que pudiera verse afectada, de forma que pueda afirmarse que la misma ha sido puesta en concreto peligro, aunque sí que es preciso un peligro efectivo «más o menos intenso», para bienes jurídicos individuales<sup>1184</sup>.

Y agregan que, “el umbral mínimo para integrar el tipo vendrá determinado por la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido, idoneidad que se evidenciará cuando a consecuencia de ella derive una alta probabilidad de lesión para la vida o salud de las personas atendidas las particularidades con las que se lleve a cabo el comportamiento típico, así como las demás circunstancias que rodeen al mismo. El umbral máximo para integrar el tipo vendrá determinado por la concreción de esa situación de peligro en bienes de personas lo que permitirá afirmar que las mismas han sido puestas en concreto peligro”<sup>1185</sup>.

En relación con el artículo penal en comento, no debemos perder de vista, que cuando el tipo penal nos señala “y *con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas*” debemos iniciar por el término «genere», que proviene de «generar», cuyo significado es “*producir, causar algo*”<sup>1186</sup>, en ese sentido, el legislador establece que las acciones típicas deberán producir o causar un riesgo para los bienes jurídicos vida o salud, y aquí habría que preguntarnos. ¿Cómo podremos saber si se ha producido o causado ese riesgo? Más que con una valoración *ex post*, donde ese riesgo o peligro debe quedar demostrado con elementos fehacientes para que el sujeto activo pueda ser sancionado penalmente.

Así mismo, porque desde un momento anterior debe contar con la idoneidad de poner en peligro al bien jurídico (valoración *ex ante*), aunado a lo anterior, deberá comprobar la producción o generación de un riesgo para la vida o la salud de las personas, debemos contar con elementos concretos que sirvan al juzgador para verificar que efectivamente se puso en peligro al bien jurídico (valoración *ex post*).

Por lo anterior, considero que estaremos ante un delito cuya naturaleza jurídica es de peligro concreto, al establecer el legislador que con las conductas descritas deberá probarse que se ha generado o producido un riesgo o peligro para los bienes jurídicos enunciados, y dicha comprobación *ex post*, es una de las características de los delitos de peligro concreto.

A *contrario sensu*, si no se logra demostrar el riesgo para la vida o la salud de las personas, a través de actos concretos, estaríamos ante supuestos de delitos de peligro abstracto.

---

<sup>1184</sup> *Ibíd.*

<sup>1185</sup> *Ibíd.*

<sup>1186</sup> *Vid.* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <https://www.rae.es/>

Semejante al artículo anterior, encontramos el 362<sup>1187</sup> del CP, donde en el apartado 1, sanciona la elaboración o producción de modo que se presenten engañosamente alguno o algunos de los diversos datos que ahí señala, como la fecha de caducidad, nombre de componentes, etc.

En el apartado 2 se sancionará a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior.

En ambos apartados del artículo 362, el tipo penal hace la misma exigencia que el artículo 361, que se genere con la acción típica, un riesgo o peligro para la vida o salud de las personas. Por lo que este artículo, también considero, debe catalogarse como un delito de peligro concreto, por ser necesario para la sanción penal de las conductas descritas, que se compruebe (*ex post*) efectivamente, el riesgo o peligro para alguno de los bienes jurídicos mencionados.

Por otro lado, también tenemos los artículos 362 bis y 362 ter, de los que mencionaremos brevemente los aspectos más relevantes relacionados con el tema de este trabajo.

El artículo 362 bis<sup>1188</sup> del CP va a sancionar diversas conductas relacionadas con la comercialización de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales; conscientes de su falsificación o alteración.

---

<sup>1187</sup> Artículo 362. - 1. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que elabore o produzca,

a) un medicamento, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación; o una sustancia activa o un excipiente de dicho medicamento;

b) un producto sanitario, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad;

de modo que se presente engañosamente: su identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados, siempre que estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas.

2. Las mismas penas se impondrán a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior, de un modo que reduzca su seguridad, eficacia o calidad, generando un riesgo para la vida o la salud de las personas.

<sup>1188</sup> Artículo 362 Bis. -Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que, con conocimiento de su falsificación o alteración, importe, exporte, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite, expendá, despache, envase, suministre, incluyendo la intermediación, trafique, distribuya o ponga en el mercado, cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el artículo anterior, y con ello genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Las mismas penas se impondrán a quien los adquiera o tenga en depósito con la finalidad de destinarlos al consumo público, al uso por terceras personas o a cualquier otro uso que pueda afectar a la salud pública.

Exigiendo en el primer párrafo que se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, con lo cual los supuestos previstos en este primer párrafo, encuadran en delitos de peligro concreto, por ser una exigencia que deberá comprobarse para poder ser sancionadas penalmente.

El segundo párrafo del artículo en comento, también va a sancionar a quien adquiera o tenga en depósito los productos enunciados en el artículo 362, con la finalidad de destinar al consumo público, al uso por terceras personas o a cualquier otro uso que pueda afectar a la salud pública.

Dicho párrafo, lo podemos dividir según la finalidad de la acción típica, es decir, la adquisición o depósito va a realizarse con alguna de las finalidades mencionadas. Aunque las finalidades puedan ser tres supuestos distintos, las tres poseen un común denominador, no tienen la exigencia de generar un riesgo para la vida o salud de las personas.

Lo anterior me permite considerar que la naturaleza de este párrafo no es igual al del 362.1, ya que bastara con que se tenga en depósito alguno de los productos enunciados en el artículo 362, para que la conducta sea típica, sin necesidad de ninguna lesión o puesta en peligro concreto a la salud o a la vida. Así mismo, si se adquiere para el uso de terceras personas o bien, para cualquier uso que pueda afectar a la salud pública. El tipo penal no señala expresamente que deba comprobarse la lesión o se genere peligro o riesgo en para el bien jurídico, por lo que el legislador en este apartado 2, opto por un delito de naturaleza jurídica de peligro abstracto.

Por otra parte, el artículo 362 ter<sup>1189</sup>, va a sancionar a quien elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362.

Este artículo para mi opinión no lesiona ni pone en peligro algún bien jurídico, más bien pareciera un delito meramente formal, porque bastara elaborar un documento falso sobre un medicamento para presentar engañosamente el nombre de sus componentes y con esa conducta se estará cometiendo el delito, por lo que considero que una lesión o puesta en peligro al bien jurídico es demasiado lejana, porque dependerá si es utilizado o no el documento falso, o si efectivamente con ese documento se facilita o permite la comisión de alguno de los delitos del artículo 362 del CP.

Estos delitos contra la salud pública que hemos analizado del Código Penal Español, son delitos de peligro, unas veces de peligro concreto y otras de peligro abstracto, como hemos mencionado en cada uno de los artículos que abordamos. Las conductas tipificadas en esos artículos tienen por objeto la protección del colectivo de los consumidores de un peligro real o abstracto.

---

<sup>1189</sup> El que elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años.

En algunas sentencias de la jurisprudencia española, catalogan a los delitos que hemos señalado anteriormente en una posición intermedia entre los delitos de peligro abstracto y concreto (361, 362, 362 bis primer párrafo), ya sea como delitos de peligro potencial o hipotético<sup>1190</sup>, al considerar que «poner en peligro la vida o la salud de las personas» debe entenderse en el sentido de su nocividad en general, es decir, de peligro para la salud en su acepción colectiva o peligro hipotético o mera aptitud nociva del medicamento para la salud individual. La SJP Madrid 29 abril 2013 en el caso «Operación Puerto»: que señala “Ciertamente el tipo no lo indica de modo expreso como sí ha hecho el legislador en otros delitos de riesgo concreto (por ejemplo, los de los arts. 348 y 349 CP y el delito contra la seguridad del tráfico del art. 381 CP. Es por esto que el panorama expuesto aconseja huir de respuestas tajantes y ubicar este delito en una posición intermedia entre los delitos de peligro abstracto y concreto, esto es, clasificarlo como un delito de "peligro hipotético"; de este modo sí es preciso que se identifiquen las potenciales víctimas, pero no es sin embargo necesario que la conducta genere una situación objetiva de riesgo, entendida ésta como una nocividad efectivamente actualizada, como portadora de un riesgo materializado. De este modo la mera tenencia de los medicamentos no será punible, sin perjuicio de su eventual responsabilidad en el orden administrativo. Para entender consumado el delito debería quedar acreditado que dicho medicamento se ha transmitido al destinatario, con independencia de que éste lo consuma o no al movernos en el terreno de los delitos de peligro intermedio”<sup>1191</sup>.

---

<sup>1190</sup> Vid. *Supra* Capítulo II sobre los delitos de peligro hipotético.

<sup>1191</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 21 de Madrid. La JP Madrid 29 abril 2013 en el caso «Operación Puerto», de la cual extrajimos parte de sus antecedentes de hechos: “... SEGUNDO.- Las actuaciones de procedimiento abreviado nº 4293/06 del Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid, se iniciaron con ocasión de una investigación llevada a cabo por la Sección de Consumo y Medio Ambiente (SECOMA) de la Guardia Civil (SECOMA), como colofón de la cual, el día 23 de mayo de 2.006, con la pertinente autorización judicial, en virtud de Auto de fecha 22 de mayo de 2.006 dictado por el Juzgado de Instrucción Nº 31 de Madrid, se practicaron las siguientes diligencias de entrada y registro:

En el registro practicado en la CALLE003 nº NUM018 - NUM019 NUM020 de la localidad de Madrid, domicilio de la familia del acusado Juan Maximo, se encontraron los siguientes efectos:

-Arcón frigorífico con 10 bolsas de plasma y un mínimo de 57 bolsas de sangre y/o concentrados de hemafés congeladas. - Dos frigoríficos, uno de los cuales contenía una multiplicidad de envases de especialidades farmacéuticas, interviniéndose numerosos medicamentos diferentes en pequeñas cantidades. - Documentación relativa a distintas pruebas deportivas, en concreto, la planificación de la temporada 2.005 de distintos corredores, incluyendo calendarios con previsiones de competiciones, con anotaciones a mano, siglas y apodos. -Material destinado a extracciones y transfusiones sanguíneas. -Varias recetas en blanco selladas a nombre de Juan Maximo.

En el registro practicado en la CALLE004 número NUM021 de la localidad de Madrid, domicilio vinculado a Juan Maximo al haber sido alquilado por un familiar del mismo, pero utilizado solo por el acusado Juan Maximo, se encontraron: -Dos máquinas ACP215 y treinta y seis resultados del testado realizado por las máquinas encontradas en la vivienda. -Varios frigoríficos. -86 bolsas de plasma congelado y un mínimo de 17 bolsas de sangre refrigerada. -Dos maletas conteniendo calendarios de las principales carreras ciclistas, con programaciones de etapas, numerosos medicamentos y diverso material para transfusiones (jeringuillas, viales, suero...). -Diversos medicamentos en el refrigerador. -Documentación relativa a análisis clínicos realizados en el Laboratorio de Análisis Clínicos del Dr. Leandro Adrian.

En el registro practicado en la CALLE005 número NUM022 de la localidad de Madrid, domicilio de Leandro Adrian, se encontraron: -3 bolsas de plasma. -Documentación relativa a la adquisición y al funcionamiento de máquinas ACP215.

En el registro practicado en el apartamento sito en la AVENIDA000 nº NUM005 de la localidad de Zaragoza, domicilio del acusado Paulino Oscar, se encontraron: -5.300 euros en efectivo, producto de la ilícita actividad. -Cuatro envases de la especialidad farmacéutica ACTOVEGYN de procedencia alemana. El mismo día 23 de mayo de 2.006, sobre las 11,50 horas se procedió a la detención por agentes de la Guardia Civil (Sección de Consumo y Medio Ambiente, SECOMA) del acusado Juan Maximo, cuando salía de una reunión mantenida con Leandro Adrian, provisionalmente acusado en esta causa y respecto al

En algunas otras ocasiones la jurisprudencia española, con respecto a la exigencia del tipo de que con la acción típica se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, consideran que deben ser tratados como delitos de peligro abstracto, aunque al mismo tiempo, señalan que se tratan de delitos de peligro hipotético, sin aceptar que se traten de delitos de peligro concreto. Sirvan de ejemplo las sentencias núm. 1546/1999 de 6 noviembre RJ\1999\8102, y núm. 1973/2000 de 15 diciembre RJ\2000\10337, del TS (Sala de lo Penal).

Así, la sentencia 1546/1999 de 6 noviembre señala:

“El art. 364 CP establece de una manera clara que la conducta peligrosa que en la primera alternativa típica consiste en «administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas». 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 clenbuterol es una sustancia prohibida por el RD 1262/1989, de 20 de octubre (RCL 1989\2307). El art. 364 CP es en este punto una ley penal en blanco referida a las normas que no permiten la administración de determinadas sustancias, precisamente por su carácter perjudicial para la salud humana... En la STS 1397/1999 (RJ 1999\7218), esta Sala ya sostuvo que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético y que, en consecuencia, «la perfección (del delito) se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas<sup>1192</sup>».... Dicho lo anterior se presenta una segunda cuestión concerniente a si la cantidad comprobada es suficiente para generar el riesgo propio del delito. La Audiencia ha considerado los puntos de vista de los peritos oficiales y del perito de parte inclinándose por el de los primeros, en razón de la

---

cual se acordó con carácter previo al inicio de las sesiones del Juicio Auto de Archivo Provisional por enfermedad sobrevenida, por lo que no es objeto de enjuiciamiento en el plenario, y con el acusado Cristobal Dimas , en la cafetería del Hotel Pío XII de la localidad de Madrid. En el momento de la detención se ocupó en poder del acusado Cristobal Dimas una bolsa verde, conteniendo una caja de cartón blanca, figurando en la parte de arriba pegatina de un albarán de la empresa MRW, donde figuraba como remitente un teléfono con prefijo de Zaragoza (976) y como destinatario Juan Maximo, en la CALLE003 nº NUM018 , NUM019 NUM020 de la localidad de Madrid, conteniendo cuatro envases del medicamento denominado SYNACTHENE serigrafados en francés y alemán, además de un maletín conteniendo 42.224,10 euros, 38.500 francos suizos y 310 dólares australianos.

Con posterioridad a las citadas detenciones, se procedió a la imputación y posterior acusación de Enrique Bienvenido y Aida Pura, por su supuesta participación en los hechos objeto de investigación.

TERCERO.- Practicada la prueba propuesta y admitida, el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales en el sentido de añadir en el último párrafo de la conclusión I que "en los registros se intervinieron además numerosos medicamentos no autorizados en España y destinados a ser administrados a los deportistas sin finalidad terapéutica alguna, con potenciales efectos adversos para su salud"; elevando el resto de sus conclusiones provisionales a definitivas, calificando definitivamente los hechos como constitutivos de un delito continuado contra la salud pública de los arts. 361 y 74 del Código Penal, del que responderán en concepto de autores del art. 28 del Código Penal todos los acusados Juan Maximo, Cristobal Dimas , Aida Pura y Paulino Oscar , sin la concurrencia en ninguno de los acusados de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, considerando procedente imponer a cada uno de los acusados la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 18 meses, con una cuota diaria de 30 euros, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago e inhabilitación para el ejercicio de su profesión durante dos años y comiso de todo el dinero intervenido y pago de costas...”

Sentencia núm. 144/2013 de 29 abril. ARP\2013\1589. Buscador Thomson Reuters. Aranzadi Instituciones.

<sup>1192</sup> El subrayado es propio, buscando hacer énfasis en que se señala que es un delito de peligro abstracto, más que se trata de un peligro hipotético.

prohibición reglamentaria total del clembuterol. Este punto de vista es correcto 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. Pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que el problema planteado tiene una notoria similitud con la cuestión referente a si el veneno - contemplado como una circunstancia del asesinato en el art. 406 CP/1973 (RCL 1973\2255y NDL 5670)- requería conceptualmente que la cantidad administrada fuera mortal. Esta problemática fue tratada en la STS 1094/1977, de 5 de noviembre (RJ 1977\4209), a propósito de un hecho en el que la autora había dado a la víctima una cantidad de veneno inocua para producirle la muerte. En dicha Sentencia se citan antiguos precedentes de esta Sala de 21-11-1876, 26-11-1879, 7-11-1890 y 9-12-1895 en los que se sostuvo una tesis negativa y asimismo, otros de 29-7-1874, 16-4-1877, 11-8-1925, 2-10-1931 (RJ 1930\31, RJ 1930\1656), 1-2-1943 (RJ 1943\166) y 15-1-1947 (RJ 1947\106) en los que se estimó que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato. «Mutatis mutandis», es decir, teniendo en consideración que el tipo del art. 364 CP es un delito de peligro abstracto que, por lo tanto, no requiere la producción de ningún resultado, el criterio de la STS 1094/1977, es aplicable a estos casos. En consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma”<sup>1193</sup>.

---

<sup>1193</sup> Parte de los Hechos probados en esta sentencia son los siguientes: “Los Servicios Veterinarios de la Sección de Ganadería del Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación del Gobierno de Navarra, dentro del Plan Nacional de Investigación de Residuos (PNIR), en los Animales y en las Carnes Frescas, procedieron con carácter aleatorio, a la inspección y toma de muestras en la explotación ganadera, ubicada en la carretera de Estella s/n, de Lerín, dedicada en exclusiva a la cría y engorde de ganado vacuno, destinada al consumo humano -con una media de explotación, entre 400 y 500 cabezas-, estando gestionada la misma por el matrimonio formado por los acusados cuyos restantes datos de identidad ya constan: José Luis A. M. y María Inés P. S., así como por el hijo de ambos, el también acusado Jesús A. P., cuyos datos de identidad asimismo constan, ejerciendo los tres expresados acusados, de forma efectiva y directa, las labores materiales y de dirección de la expresada explotación ganadera, con perfecto conocimiento de las incidencias que afectaban a la misma, siendo los señalados, partícipes exclusivos y administradores solidarios de la sociedad: "Ganados Las Salinas, SL", que aparecía a efectos mercantiles como titular de la explotación.

Como resultado de la expresada actividad inspectora, de los señalados Servicios Veterinarios, se pudo detectar:

1. En las muestras recogidas el día 19 de septiembre de 1996 -dos muestras de pienso y dos de agua-, la presencia en las dos muestras de pienso de > 0,02 mg/kg de clembuterol; en análisis realizado con la técnica H/PTLC, con fecha 14 de noviembre de 1996, por el laboratorio del Instituto de Salud Pública del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

En el desarrollado de la recogida de muestras, la expresada María Inés P. S., quien se hallaba presente como responsable de la explotación, no hizo constar, que todos o alguna parte de los animales estuvieran sometidos a algún tipo de tratamiento terapéutico y no se presentó receta veterinaria.

El resultado de tales análisis, fue comunicado a "Ganados Las Salinas, SL", mediante oficio suscrito por el "Jefe de la Sección de Producciones y Mercados ganaderos", del expresado Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación del Gobierno de Navarra, fechado el 19 de noviembre de 1996.

2. En las muestras recogidas el día 20 de noviembre de 1996 -seis muestras de orina, cinco de pienso y una de agua- se detectó la presencia de 2/ugl de clembuterol, en tres muestras de orina y > 0,02 mg/kg de clembuterol, en dos de pienso. Mediante la técnica H/PTLC, en análisis verificado con fecha 28 de noviembre de 1996, por el laboratorio de Salud Pública del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

En la recogida de las muestras, se hallaban presentes José Luis A. M. y Jesús A. P., quienes no hicieron constar que todos o alguna parte de los animales estuvieron sometidos a algún tratamiento terapéutico, ni presentaron receta veterinaria. El resultado de los análisis fue comunicado por el mismo responsable de la administración antes señalado, a "Ganados Las Salinas, SL", en oficio fechado el 9 de diciembre de 1996.”  
Buscador Thomson Reuters. Aranzadi Instituciones.

La sentencia núm. 1973/2000 de 15 diciembre retoma lo señalado por la anterior sentencia, y agrega lo siguiente:

“La figura penal tipificada en el art. 364 CP presenta una primera alternativa típica que se describe como la acción de «administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgos para la salud de las personas». La mera descripción del tipo indica que estamos ante un supuesto de peligro abstracto en el que se integra la conducta de suministrar a los animales un producto peligroso como el clenbuterol y, como tal, prohibido por el RD 1262/1989, de 20 de octubre y por el RD 1373/1997, de 29 de agosto.

En cuanto al concreto reproche de que la cuantificación de clenbuterol detectado en el caso enjuiciado (20 pp/b en cada muestra de hígado analizada, y 25 pp/b en la orina) es suficiente para integrar el elemento requerido por el tipo de «generar riesgos para la salud de las personas» –que el recurrente niega por falta de prueba–, cabe indicar que es ésta una cuestión sobre la que tuvo ocasión de pronunciarse la sentencia de esta misma Sala de 6 de noviembre de 1999, declarándose en esta resolución que «lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública», advirtiendo de la similitud de estas conductas con la cuestión de si el delito de asesinato mediante administración de veneno requería que la cantidad de éste sea mortal, y citaba numerosa jurisprudencia que establecía que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato, de donde se llegaba a la conclusión reiterada de que, siendo el art. 364 CP un tipo de delito de peligro abstracto que no requiere la producción de un resultado concreto, finalmente, «el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma». Conclusión ésta que abunda en la que mantenía la STS de 4 de octubre de 1999, en la que se calificaba esta clase de ilícitos como de «peligro potencial o hipotético», en el que la perfección se alcanza por el mero hecho de administrar al ganado destinado al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas; y que, en definitiva, es la razón de la prohibición por la Administración Pública de tales productos, añadimos.... Pero, con independencia de ello (que ya sería suficiente razón para rechazar el reproche), cabe significar que incluso la hipotética ausencia en el Hecho Probado de la referencia a los peligros que para los grupos humanos allí concretados produce el consumo de esas carnes «en cualquier cantidad», no permitiría la acogida del motivo, toda vez que, como ya se ha dicho, estamos ante un delito de peligro abstracto, en el que lo determinante es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real para la salud pública generado por la acción de administrar al ganado esa sustancia. Igual conclusión a la que llega la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1999 en la que se califica el art. 364.2.1, como un tipo mixto de «peligro abstracto-concreto», o de «peligro potencial e hipotético», en el que la perfección se alcanza por la simple acción de suministrar a los animales destinados al consumo de las personas esas sustancias que hipotéticamente originan riesgo para la salud humana, como ya ha quedado dicho”<sup>1194</sup>.

---

<sup>1194</sup> Una extracción de los Hechos probados en esta sentencia son los siguientes: “El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Logroño incoó procedimiento abreviado con el núm. 21/1998 contra Juan A. M., y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Logroño, que con fecha 27 de febrero de 1999, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: «Probado y así se declara:

«a) El acusado Juan A. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, viene ejerciendo la actividad de ganadero en la localidad de Sorzano (La Rioja), dedicándose a la crianza y engorde de su propio ganado para destinarlo a la alimentación. b) El pasado 18 de septiembre de 1997, transportó en vehículo de su propiedad, con la correspondiente guía de origen, un total de 12 cabezas de ganado, del total de 18 autorizadas, identificadas en la guía núm. ... y acompañado con una identificación adjunta de “control de

Con respecto a los artículos anteriores 361, 362, 362 bis y 362 ter, como hemos visto, tanto la doctrina penal, como la jurisprudencia, tiene criterios distintos en cuanto a la naturaleza jurídica de estos delitos.

Tomando como referencia la sentencia 1546/1999 de 6 noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, la cual se considera el principal precedente de todas las demás sentencias, ESCOBAR VÉLEZ considera que es la sentencia «hito» en cuanto a la aplicación del principio de precaución<sup>1195</sup>, y que en la doctrina española se discute si la exigencia típica referida a que las sustancias «generen riesgo para la salud de las personas» hace que se configure un delito de peligro concreto o abstracto<sup>1196</sup>.

Por otra parte, Doval Pais afirma que la exigencia relativa a que «generen un riesgo para la salud de las personas», no es sencilla de interpretar, y plantea que el tipo puede estar exigiendo un peligro en términos del característico peligro concreto, es decir, un resultado típico autónomo con respecto a la propia acción; lo que supondría que, no sería suficiente la administración de la sustancia no permitida, para tener comprobado el delito, sino que además tendría que ponerse en peligro el bien jurídico (salud) de algún consumidor. Sin embargo, admite que el precepto también puede interpretarse en el sentido de aludir “a la posibilidad de que la sustancia no permitida provoque un daño (es

---

trabajo” ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., y..., entregando dicha partida de 12 reses en el matadero INCARSA, de Burgos, en donde la partida fue separada sin ser alimentada nada más que con agua, tal como es costumbre, antes de su sacrificio para el mercado alimenticio. c) El siguiente día 22 de septiembre, se llevó a cabo el preceptivo análisis del ganado teniendo como objeto del mismo los animales núm. ... y ..., de cada uno de los cuales se analizaron dos muestras, una de hígado y otra de orina, dando como resultado la presencia en todas las muestras de Betaagonista indicador de la presencia de Clembuterol (fórmula química C<sub>12</sub>H<sub>18</sub>C<sub>22</sub>N<sub>2</sub>O), sustancia utilizada, aparte de para usos médicos también para engorde del ganado al incrementar la masa muscular y disminuir la grasa corporal, pero que ingerida con la carne en cualquier cantidad en caso de mujer embarazada, niños menores de 6 años, ancianos o personas con enfermedades coronarias produce en estas personas peligro para su salud y estando expresamente prohibida su administración a animales dedicados a la alimentación por RD 1373/1997, de 29 de agosto. d) Las muestras analizadas, ante la ausencia del acusado, al haber éste regresado inmediatamente a su residencia en Sorzano fueron introducidas en tres bolsas de plástico debidamente selladas e identificadas cada una con el fin de que el acusado pudiera tener oportunidad de solicitar un contraanálisis, firmándose el acta con el resultado del análisis por las tres personas presentes en el mismo, los dos veterinarios señores F. y S., así como el Encargado del matadero señor V. e) El día 23 de septiembre y ante el resultado del análisis se citó telegráficamente al acusado a fin de que se presentase en el matadero el siguiente día 25 del mismo mes a fin de realizar el análisis contradictorio, telegrama que no pudo ser entregado al acusado por estar ausente de su domicilio en ese momento y no reclamado pese al aviso dejado por Correos, con lo cual se le remitió escrito de fecha de recepción 29 de septiembre citándole para tal análisis el 1 de octubre, y ante la incomparecencia del acusado se dio orden de la destrucción de todo el ganado remitido, declarándolo no apto para el consumo. f) El clembuterol detectado dio una cuantificación de 20 ppb, en cada muestra de hígado analizada, y 25 ppb en la orina. g) Realizadas el 12-11-1997 tomas de muestras en la explotación del acusado, el análisis de orina dio negativo en tanto que el relativo al pienso dio positivo al Clembuterol.” Buscador Thomson Reuters. Aranzadi Instituciones.

<sup>1195</sup> ESCOBAR VÉLEZ, Susana. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. p. 51. Disponible en línea. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490333587?showPage=46> La autora señala que aplicar el principio de precaución se refiere a “(determinadas medidas de protección para «adelantarse» a la producción de eventuales daños) no puede justificarse sin más en el Derecho penal.”

<sup>1196</sup> *Ibid.* p. 52.

decir, a la peligrosidad de la propia sustancia)” y, por tanto, a la configuración de un delito de peligro abstracto<sup>1197</sup>.

Retomando esta sentencia, la autora ESCOBAR VÉLEZ señala que el TS transcribe un fragmento en su decisión —y que a su vez transcriben todas las demás sentencias que la siguen— señalando lo siguiente:

...“correspondiente a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, se refiere expresamente a la posibilidad, en materia de medio ambiente, de fundamentar a través del principio de precaución determinadas «medidas legislativas (en sentido amplio)» se refiere a la posibilidad de que las instituciones adopten «medidas de protección»”.

Y expone la misma autora, que en contra de lo resuelto por el TS en la sentencia citada *supra* líneas:

“la sentencia del Tribunal de Justicia no otorga ningún fundamento para la aplicación de sanciones penales a partir de la interpretación de los tipos como de peligro abstracto, según el principio de precaución”<sup>1198</sup>.

En relación con lo mencionado, me parece muy importante de resaltar, la afirmación de que el principio de precaución no debería de utilizarse para fundamentar por sí mismo, la interpretación de los tipos penales como de peligro abstracto, a lo que más podría aspirarse es a interpretarlos como de mera desobediencia.

En el mismo sentido señala la autora:

“En efecto, el principio de precaución parte de un contexto de incertidumbre, de falta de certeza frente a la existencia de riesgos, mientras que los delitos de peligro abstracto requieren, en virtud del principio de ofensividad, un mínimo de peligrosidad real de la conducta. No obstante, el TS omitió cualquier consideración con respecto a esa peligrosidad mínima y castigó la mera administración de la sustancia no permitida, bajo el ropaje de la categoría de delito de peligro abstracto, que, en el supuesto analizado, no pasó de ser una sospecha de peligro”<sup>1199</sup>.

E incluso si se prescinde de la valoración de la peligrosidad real de las sustancias para la salud de las personas, y se atiende solamente al hecho de que las sustancias no están autorizadas y que «hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas», considera la autora -con lo que concuerdo-, que no habría ninguna diferencia entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, pues al final lo que se está sancionando penalmente es la administración al ganado de una sustancia no autorizada, sin ninguna otra consideración, por tanto, cabría preguntarnos en este punto ¿Cómo se justificaría en estos casos la imposición de una sanción penal?<sup>1200</sup>

Responderemos la anterior pregunta, señalando que será a través de la interpretación de los tipos penales en el sentido más amplio posible, para sancionar delitos de mera desobediencia –donde se sanciona el simple hecho de administrar la sustancia

---

<sup>1197</sup> Vid. DOVAL PAIS, Antonio. “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo”. En *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Javier Boix Reig, Alessandro Bernardi (Coordinadores). Ed. Iustel. p. 359.

<sup>1198</sup> ESCOBAR VÉLEZ. *La responsabilidad penal por productos defectuosos*. Op. Cit. p.55, 56.

<sup>1199</sup> *Ibíd.*

<sup>1200</sup> *Ibíd.* Incluso señala que el TS pareciera desconocer el principio de ofensividad o lesividad y el carácter de ultima ratio del Derecho penal. pp. 55-58.

prohibida o no autorizada- como un delito de peligro abstracto, lo cual aun y cuando se haya hecho, podemos observar que ni la doctrina penal ni la jurisprudencia está totalmente de acuerdo.

Finalmente, señalaré que si el legislador hubiera deseado que se tratara de un delito de peligro abstracto, donde lo «determinante fuera el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real para la salud generado por la conducta», el tipo penal solamente hubiera dispuesto la conducta típica sin requerir en la generación o producción de un riesgo para el bien jurídico, o bien, hubiera establecido incluir que «hipotéticamente» o «pudiera» generar un riesgo o peligro, para que se tratará de un delito de peligro hipotético, sin embargo, el legislador optó por incluir que con la conducta típica se «genere», cause o produzca un riesgo para el bien jurídico, ante lo cual considero que para sancionarse, debería comprobarse que realmente o efectivamente se puso en riesgo la vida o la salud de las personas,<sup>1201</sup>.

Este tema parecía sencillo al abordarlo, pero resultado de los más debatidos, como pudimos observar, sin embargo, no puedo extenderme más, pues daría para una sola monografía, de las cuales existen muchas y más extensas.

Solo podemos señalar a manera de conclusión, que se busca que el legislador sea lo más claro posible a la hora de tipificar conductas, para evitar situaciones como la que abordamos y que seguiremos citando, donde existen debates en la doctrina y en la jurisprudencia, para saber si se trata de delitos de peligro abstracto o de peligro concreto, ante la ambigüedad muchas veces, de los tipos penales.

#### 4.1. D Armas prohibidas

En este tema, donde el bien jurídico que parece protegerse es la seguridad pública, estableceremos como la mayoría de los CP de México, incluido el CPF, manejan un tipo penal específico, para aquellas personas que fabriquen, comercien o porten armas, que denominan armas prohibidas. Solo cinco CP de los estados de Aguascalientes, Chihuahua, Durango, Michoacán y Veracruz, no contemplan este tipo penal.

Es un tipo penal que considero de peligro abstracto, ya que bastara fabricar, importar, portar, regalar, hacer acopio, etc., para encuadrar esas conductas típicas en un delito, no hace falta disparar, o cometer algún otro delito; simplemente bastara por ejemplo portar, poseer, regalar un arma prohibida. No se necesita lesionar ningún bien jurídico, lo que se busca es proteger la seguridad pública, en todo caso se pone en peligro el bien jurídico de la vida de las personas<sup>1202</sup>. Así mismo, los tipos penales que veremos

---

<sup>1201</sup> Aun y cuando las jurisprudencias españolas citadas, hagan la distinción de los delitos de peligro abstracto con los delitos de peligro hipotético, gran parte de la doctrina considera a los delitos de peligro hipotético como una subespecie de los primeros, es decir, siguen siendo parte de los delitos de peligro abstracto. *Vid.* Como quedo asentado en el capítulo II de este trabajo, en el tema 2.1.3.

<sup>1202</sup> *Vid.* Capítulo III, sobre los Delitos de lesión-peligro, dentro de los Bienes jurídicos intermedios, tema 4.1. Donde resaltamos que existen delitos que, debido a la posición ocupada por ambos bienes, se tratan de delitos de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados. *Vid. Infra.* La sentencia núm. 427/2020 de 10 diciembre. Audiencia Provincial. AP de Madrid (Sección 29ª) JUR\2021\98198. Donde se pone de manifiesto que el bien jurídico protegido, desde la tesis del adelantamiento se entiende que coincide con los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación delictiva y desde la tesis del injusto autónomo se han considerado como

a continuación no requieren que el peligro que deba correrse sea concreto, ningún delito de armas prohibidas, así lo requiere.

Baja California<sup>1203</sup>, Campeche<sup>1204</sup>, Hidalgo<sup>1205</sup>, tienen tipificado en su CP, la portación, fabricación, importación y acopio de armas prohibidas, además en Hidalgo también se tiene tipificado el tráfico y enajenación de armas en el tipo penal. Para esos CP por armas prohibidas debemos entender: los puñales, cuchillos, verdugillos y demás armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos; los boxes, manoplas, macanas, hondas, correas con balas, pesas o puntas y las demás similares. Queda excluida la acción penal cuando fehacientemente se demuestre que dichos instrumentos son utilizados para fines laborales, domésticos o deportivos. En Campeche establecen que el acopio se entiende como la reunión de tres o más armas de las mencionadas anteriormente, sin un fin lícito. En Hidalgo se agregaron además de las armas prohibidas mencionadas anteriormente, las bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos y demás similares; pistolas, revólveres, escopetas, rifles, carabinas y fusiles; ganzúas, llaves falsas y demás similares.

---

tales: el orden público o seguridad, entendida como una situación que permite el desarrollo de las relaciones entre personas e instituciones o como prevención de la comisión de delitos, habiéndose incluso entendido el mismo como un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado. Pudiéndose ver la relación entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales.

<sup>1203</sup> Artículo 245.- Tipo. - Para los efectos de este Código son armas prohibidas:

- I.- Los puñales, cuchillos, verdugillos y demás armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;
- II.- Los boxes, manoplas, macanas, hondas, correas con balas, pesas o puntas y las demás similares.
- III.- A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas.

Artículo 246.- Punibilidad. - Se aplicará de seis meses a tres años de prisión y de doscientos trescientos días multa;

I.- Al que porte un arma de las señaladas en el artículo anterior.

II.- Al que sin un fin lícito o sin el permiso correspondiente, hiciera acopio de las armas señaladas en el artículo anterior, y al que las importe, fabrique, regale o venda.

En todos los casos incluidos en este artículo, además de las sanciones señaladas, se decomisarán las armas.

<sup>1204</sup> Artículo 272.- Portación y fabricación de armas prohibidas. Se impondrán de seis meses a tres años de prisión, multa de cien a trescientos cincuenta días de salario y decomiso de los objetos del delito, al que porte, fabrique, importe o acopie, sin un fin lícito, alguna o algunas de las armas siguientes:

- I. Los instrumentos cortantes, punzantes o punzocortantes que por su descripción, tamaño y la dimensión de su cache, si la tuviera, deban estimarse potencialmente lesivos;
- II. Las manoplas, macanas, hondas con pesas o puntas similares;
- III. Los instrumentos laborales que por sus características puedan ser utilizados para agredir y se porten para menesteres diversos al trabajo.

En caso de que cualquiera de las armas mencionadas en las fracciones anteriores esté oculta o disimulada en bastones u otros objetos, se aumentará la multa hasta un tercio. Se entiende por acopio la reunión de tres o más armas de las mencionadas en las fracciones anteriores, sin un fin lícito.

<sup>1205</sup> Artículo 247.- Portación, fabricación y acopio de armas prohibidas. Se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de 10 a 50 días, al que sin autorización o licencia porte, fabrique, trafique, acopie o enajene cualquiera de las armas o instrumentos prohibidos siguientes:

- I.- Puñales, verdugillos y además armas ocultas o disfrazadas en bastones y otros objetos;
- II.- Boxers, manoplas, macanas, hondas, correas con balas, pesas o puntas y demás similares;
- III.- Bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos y demás similares;
- IV.- Pistolas, revólveres, escopetas, rifles, carabinas y fusiles;
- V.- Ganzúas, llaves falsas y demás similares; y
- VI.- Las que otras leyes o el Ejecutivo señalen como tales.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán en cuanto a lo no previsto por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en materia de fuero federal.

En el CP de San Luis Potosí<sup>1206</sup> se tipifica este delito, con las mismas conductas descritas en los CP de BC, Campeche e Hidalgo, y a las armas que se mencionan *supra* líneas, le agregan las siguientes: machetes, o navajas, dagas, estrellas, discos, chacos, cadenas y demás similares, o petardos, pero no incluye las pistolas, revólveres, escopetas, rifles, carabinas y fusiles; ganzúas, llaves falsas y demás similares.

En los CP de Baja California Sur<sup>1207</sup>, Guerrero<sup>1208</sup>, el tipo penal señala que a quien, sin causa justificada, porte, fabrique, acopie, importe (solo en el CP de Guerrero), sin autorización, armas o instrumentos que puedan ser aptos para agredir. Entendiendo por armas o instrumentos que pueden ser aptos para agredir, los que, utilizados con tal carácter, fueren peligrosos para la seguridad pública dada su gravedad dañosa. El CP de BCS denomina armas blancas: como las punzantes, cortantes, punzocortantes, contundentes, manuales o arrojadas, (esta última descripción de armas blancas no se incluye en el CP de Guerrero).

Similar a la redacción de los CP anteriores, es el CP de Yucatán<sup>1209</sup>, en las conductas típicas descritas por los CP de BCS y Guerrero, se incluye la distribución y la comercialización. Coincide con esos CP, en que menciona el tipo penal, que los instrumentos o armas prohibidas, son lo que resulten peligrosos para la seguridad pública, dada su gravedad dañosa y menciona algunas. Sin embargo, se diferencia en que no se exige que debe ser sin causa justificada el desarrollo de las conductas típicas.

---

<sup>1206</sup> Artículo 287. Comete el delito a que se refiere este Capítulo, quien porta machetes, cuchillos o navajas, cuando se acredite que no serán empleados como instrumento de trabajo; o quien porta, trafica, fabrica, importa o acopia alguna de las siguientes armas:

- I. Puñales, dagas, verduguillos, estrellas, discos y demás armas disimuladas en bastones u otros objetos;
- II. Boxers, manoplas, macanas, hondas, correas con balas o pesas, chacos, cadenas y demás similares, o
- III. Petardos, bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos.

Este delito se sancionará con una pena de uno a cinco años de prisión, sanción pecuniaria de cien a quinientos días del valor de la unidad de medida y actualización, y el decomiso.

En caso de indígenas, o campesinos, la acreditación como instrumento de trabajo será otorgada por la autoridad comunitaria.

<sup>1207</sup> Artículo 265. Portación o fabricación de objetos aptos para agredir. Son armas o instrumentos que pueden ser aptos para agredir, los que utilizados con tal carácter, fueren peligrosos para la seguridad pública dada su gravedad dañosa, sean de las denominadas blancas, punzantes, cortantes, punzocortantes, contundentes, manuales o arrojadas.

A quien sin causa justificada porte, fabrique o acopie sin autorización armas o instrumentos que puedan ser aptos para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le impondrán multa de cien a trescientos días o de ciento cincuenta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad. Se entiende por acopio la retención de tres o más armas.

<sup>1208</sup> Artículo 263. Portación, fabricación, importación y acopio de objetos aptos para agredir. A quien sin causa justificada porte, fabrique, importe o acopie armas o instrumentos que puedan ser aptos para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión o cincuenta a doscientos días multa. Se entiende por acopio la retención de tres o más armas.

Son armas o instrumentos que pueden ser aptos para agredir, los que, utilizados con tal carácter, sean peligrosos para la seguridad pública dada su gravedad dañosa, cualquiera que sea su denominación o características.

<sup>1209</sup> Artículo 162.- Son armas e instrumentos prohibidos los que utilizados con tal carácter fueren peligrosos para la seguridad pública dada su gravedad dañosa, sean de las denominadas blancas, punzantes, cortantes, punzocortantes, contundentes, manuales o arrojadas.

Artículo 163.- Se impondrá prisión de tres meses a tres años y de quince a cien días-multa, a quien porte, fabrique, importe, distribuya, acopie o comercialice armas prohibidas, a no ser que se pruebe que el arma o armas de que se trata, están destinadas a actividades laborales o recreativas.

Se entiende por acopio la retención de tres o más armas de aquellas que se definen en el artículo 162 de este Código.

En Chiapas<sup>1210</sup>, el tipo penal sanciona las mismas conductas que los Estados de Baja California y Campeche, pero agrega otras sanciones para quien sea detenido con un disfraz y con armas, ganzúas, silenciadores de armas de fuego, o cualquier instrumento que, fuera de su ámbito utilitario pueda ser utilizado para agredir.

Los CP de Querétaro<sup>1211</sup> y Sinaloa<sup>1212</sup> siguen de manera similar la descripción del CP de BCS, solo se distingue en que, en los CP de Querétaro y Sinaloa, señalan que sin un fin lícito y que los instrumentos no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas. Además, en el CP de Sinaloa, refieren que armas prohibidas serán los instrumentos de los no previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, así mismo, respecto al acopio, se entenderá como la reunión de 5 o más armas o instrumentos.

En Quintana Roo<sup>1213</sup>, en su CP se tipifica de forma similar este delito, a los CP de BCS y Querétaro, solo se agrega una conducta a las ya enunciadas, la comercialización; igualmente que sea sin fin lícito, y las conductas típicas se realizaran con respecto a las armas punzo cortantes, armas químicas o instrumentos que solo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas.

---

<sup>1210</sup> Artículo 367.- Armas prohibidas. A quien porte, fabrique o acopie de manera o con fines ilícitos instrumentos que, de acuerdo a las circunstancias de lugar, tiempo y modo sólo puedan ser utilizados para agredir, se le impondrá prisión de tres meses a tres años y hasta sesenta días de multa, así como el decomiso del objeto del delito.

Para los efectos de este artículo, se entiende por acopio la reunión de tres o más de los instrumentos señalados en el párrafo anterior.

Artículo 368.- A quien sea detenido con un disfraz y con armas, ganzúas, silenciadores de armas de fuego, o cualquier instrumento que, fuera de su ámbito utilitario pueda ser utilizado para agredir, se le aplicará prisión de uno a dos años y multa de diez a cien días de salario y quedará sujeto, durante el tiempo que el Juez estime pertinente, a la vigilancia de la autoridad.

Si el sujeto activo sorprendido en posesión de los instrumentos a que se refiere el párrafo anterior, cometiere además un delito relacionado o no relacionado con el uso de tales instrumentos, se aplicarán las reglas del concurso según el caso.

<sup>1211</sup> Artículo 219.- A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de 3 meses a 2 años, hasta 25 días multa y decomiso.

<sup>1212</sup> Artículo 252. A quien porte, fabrique o acopie sin un fin lícito, instrumentos de los no previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de ciento ochenta a trescientos días multa y decomiso.

Se entiende por acopio, la reunión de cinco o más armas de las que se refiere el párrafo anterior.

Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación respectiva.

<sup>1213</sup> Artículo 180.- A quien porte, fabrique, importe o acopie y comercialice sin fin lícito armas punzo cortantes, armas químicas o instrumentos que solo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de seis meses a seis años, de quince a cien días multa y decomiso.

Los Servidores Públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas.

Se entiende por acopio la detentación de tres o más armas de aquellas a que se refiere al primer párrafo de este artículo.

A diferencia de los anteriores CP, el de Coahuila<sup>1214</sup> y Colima<sup>1215</sup>, solo sancionan la portación de armas, ya sea en vía o lugar que sean públicos, o en un lugar de reunión pública o privada con acceso al público, a quien porte cuchillo, navaja, puñal, daga, verduguillo, punzón, manopla de metal, macana, porra o correas con puntas. En el Estado de Colima, también se sanciona la portación de armas prohibidas, en lugares donde se consuman bebidas alcohólicas y centros de diversión y hacen un catálogo más amplio de las armas blancas.

El CP de Nuevo León<sup>1216</sup> es similar al CP de Colima, sanciona además de la portación en lugares donde se consuman bebidas alcohólicas y centros de diversión, también en cualquier otro lugar público, cuando en este último caso el activo se encuentre en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas. Y en el

---

<sup>1214</sup> Artículo 336 (Portación prohibida de ciertas armas). Se impondrá de uno a tres meses de prisión y de cincuenta a cien días multa, o de dos a seis meses de libertad supervisada y de cincuenta a cien días multa, a quien en una vía o lugar que sean públicos, o en un lugar de reunión pública o privada con acceso al público, porte cuchillo, navaja, puñal, daga, verduguillo, punzón, manopla de metal, macana, porra o correas con puntas.

Las modalidades de conducta previstas en el párrafo anterior no serán punibles, cuando la persona porte el arma con fines o por motivos laborales, deportivos, domésticos o de colección.

<sup>1215</sup> Artículo 246. Portación de armas prohibidas. Se sancionará con pena de seis meses a cuatro años de prisión y multa por un importe equivalente de ocho a veinte unidades de medida y actualización, a quien porte armas blancas, en lugares que se revele que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, o donde se consuman bebidas embriagantes y centros de diversión; y que sólo puedan ser utilizados para agredir.

Se consideran como armas blancas:

- I.** Los cuchillos, verduguillos, navajas, machetes, o cualquier otro instrumento cortante o punzocortante;
- II.** Las manoplas, macanas, hondas con pesas o puntas similares;
- III.** Cualesquiera de las armas que anteceden, cuando estén ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos; y
- IV.** Las que otras leyes consideren como tales.

No cometerá este delito, quien para su estricto desempeño de su función laboral, porte o utilice cualquier tipo de arma blanca prohibida, siempre y cuando no se encuentre en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas.

<sup>1216</sup> Portación prohibida de armas. Artículo 173.- Se consideran armas:

- I.- Los instrumentos cortantes, punzantes o punzocortantes que por su descripción, tamaño, y la dimensión de su cache, si la tuviera, deba estimarse potencialmente lesiva;
- II.-Las manoplas, macanas, hondas con pesas o puntas similares;
- III.- Los instrumentos laborales que por sus características puedan ser utilizados para agredir y se porten para menesteres diversos al trabajo;
- IV.- Las que otras leyes locales consideren como tales; y
- V.- Cualesquiera de las armas que anteceden, cuando estén ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos.

Artículo 174.- Se sancionará con pena de seis meses a un año de prisión y con multa de una a diez cuotas, a quien porte alguna de las armas a que se refiere el artículo 173 de este código, en lugares donde se consuman bebidas embriagantes y centros de diversión, o en cualquier otro lugar público, cuando en este último caso el activo se encuentre en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas.

Los servidores públicos podrán portar las armas autorizadas para el ejercicio de su cargo, sujetándose para ello a las leyes y reglamentos respectivos.

Cometen el delito de portación prohibida de armas los servidores públicos, cuando portan, en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o sustancias tóxicas, las armas autorizadas para el ejercicio de su cargo.

artículo 173 hacen una lista de lo que deben considerarse por armas. En Tabasco<sup>1217</sup> tipificaron de forma similar a lo enunciado es este párrafo, ya que establece que sancionaran al que porte en lugares públicos, objetos tales como puñales, navajas de muelle, boxers, chacos, manoplas y otros semejantes que se utilicen para agredir. Y las mismas penas se aplicarán a quien las fabrique o comercie con ellas, estas conductas no aparecen en el CP de Nuevo León.

En los CP de Guanajuato<sup>1218</sup> y Jalisco<sup>1219</sup>, se sigue de manera similar la previsión realizada en el CP de BCS y Guerrero, para quien fabrique, transmita, compre, porte, haga acopio, suministre, regale, venda (estas últimas tres conductas sólo en el CP Jalisco) instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir. En el CP de Jalisco se entiende como instrumentos utilizados para agredir: navajas, verdugillos, puñales, dagas o cualquier otro objeto punzocortante, así como objetos pirotécnicos o que contengan material inflamable, corrosivo, explosivo o cualquier otro que pueda provocar lesiones o daños a las personas y objetos.

En el Estado de México<sup>1220</sup>, siguen una descripción similar a la de BC, Campeche e Hidalgo, sin embargo, agrega una conducta a las ya descritas, la de regalar armas

---

<sup>1217</sup> Portación y fabricación de armas prohibidas. Artículo 338. Se aplicará prisión de seis meses a tres años y multa de treinta a noventa días multa y decomiso al que porte, en lugares públicos, objetos tales como puñales, navajas de muelle, boxers, chacos, manoplas y otros semejantes que se utilicen para agredir.

Las mismas sanciones se aplicarán a quien fabrique los citados objetos o comercie con ellos.

<sup>1218</sup> Artículo 226. Armas prohibidas. A quien sin la debida autorización fabrique, transmita, compre, porte o haga acopio de instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le aplicará de tres meses a tres años de prisión y de tres a treinta días multa.

<sup>1219</sup> Artículo 119. Armas y objetos prohibidos. Se impondrán de diez a cincuenta días de multa o de veinte a cien jornadas de trabajo a favor de la comunidad, a quien fabrique, haga acopio, suministre, regale, compre, venda o porte, sin causa justificada, algún instrumento que comúnmente pueda ser utilizado para agredir, tales como navajas, verdugillos, puñales, dagas o cualquier otro objeto punzocortante así como objetos pirotécnicos o que contengan material inflamable, corrosivo, explosivo o cualquier otro que pueda provocar lesiones o daños a las personas y objetos.

Al reincidente, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

No se considerarán como objetos prohibidos los instrumentos, herramientas o utensilios que, comprendidos en el párrafo anterior, normalmente sean utilizados en las labores domésticas, del campo o en cualquier otro oficio, arte, profesión o actividad deportiva, pero su uso se deberá de limitar siempre al local, ruta o área en que su poseedor se aboque o desempeñe tales actividades.

Cuando haya necesidad de transportar los instrumentos o utensilios referidos en el primer párrafo, sea por requerimientos de trabajo o para la práctica de algún deporte, la o las personas que lo realicen quedarán exentas de cualquier responsabilidad penal.

<sup>1220</sup> Artículo 179.- Portación, tráfico y acopio de armas prohibidas. Son armas prohibidas:

- I.** Los puñales, cuchillos, puntas y las armas ocultas o disimuladas;
- II.** Los boxer, manoplas, macanas, ondas, correas con balas y pesas;
- III.** Las bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos; y
- IV.** Otras que por sus características o circunstancias de portación puedan generar peligro.

Artículo 180.- A quien porte, fabrique, importe, regale, trafique, o acopie sin un fin lícito las armas prohibidas en el artículo precedente, se le impondrá prisión de seis meses a seis años y de treinta a doscientos cincuenta días multa y decomiso de objetos.

Se entiende por acopio la reunión de tres o más armas de las mencionadas en el artículo anterior.

Se aumentará la pena de prisión de uno a dos años y la multa de sesenta a cien días, cuando la portación ocurra en:

- I. Medios de transporte público de pasajeros; y
- II. Actos deportivos, artísticos, culturales, religiosos o de culto, mítines políticos, ceremonias cívicas y desfiles.

prohibidas. Por otro lado, en la descripción de armas prohibidas que también es similar a las de los CP mencionados, solo agregan en su fracción IV, “otras que por sus características o circunstancias de portación puedan generar peligro”. Esta fracción IV, considero que es demasiada amplia y ambigua, al señalar que «otras que por sus características de portación puedan generar peligro», podemos poner como ejemplo, el portar una llave de casa, una pluma, un lápiz, un desarmador, etc., pues con cualquier objeto con punta, podría generarse un peligro, por esta amplitud, se estaría generando inseguridad jurídica en la población. Y este CP aumenta la pena, cuando la portación ocurra en medios de transporte público de pasajeros; y actos deportivos, artísticos, culturales, religiosos o de culto, mítines políticos, ceremonias cívicas y desfiles.

En el CP de Morelos<sup>1221</sup> se sigue una descripción típica similar a la de los CP de Guanajuato y Jalisco, solo se diferencia, en que agrega la conducta de importación y no contiene la transmisión, compra, suministro, regalo o venta. Y que el acopio se refiere a la reunión de tres o más instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir.

En el Estado de Nayarit<sup>1222</sup> tutelan este delito con algunas peculiaridades que comentaremos enseguida. Primero hay que decir que existen tres artículos referidos a las armas prohibidas, tipificando las siguientes conductas: portación, acopio, fabricación, posesión o venta o las regale o trafique con ellas. Y en el artículo 183, hace un listado de lo que se considera por armas prohibidas, dicha lista es similar a la de los CP de BC e Hidalgo. Debemos resaltar que es el único CP que incluye la conducta típica de posesión, respecto de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho la distinción con la conducta de portación “...el delito de posesión de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea se actualiza cuando una persona es sorprendida con un arma de esas características en su domicilio, pero no se configura el delito de portación de esa arma, precisamente porque la tenencia se da dentro de su domicilio”...<sup>1223</sup>

---

<sup>1221</sup> Artículo 245.- A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión.

Para los efectos de este artículo, se entiende por acopio la reunión de tres o más instrumentos de las características referidas en el párrafo anterior.

<sup>1222</sup> Artículo 183.- Son armas prohibidas:

- I. Los puñales, verdugillos, cuchillos y otros similares, excepto cuando se usen como instrumentos de trabajo; y las demás armas ocultas o disimuladas en cualquier objeto;
- II. Las manoplas, macanas, boxes, hondas, correas con balas o con pesos ocultos y los demás similares;
- III. Las bombas, aparatos explosivos o gases y los demás similares;
- IV. Las ganzúas, llaves falsas y demás similares, y
- V. Las que otras leyes o reglamentos señalen como tales.

Artículo 185.- Se aplicará de uno a tres años de prisión y multa de cinco a veinte días, al que porte alguna de las armas a que se refiere el artículo 183.

Artículo 186.- Se aplicará la pena señalada en el artículo anterior al que:

- I. Introduzca al Estado, fabrique, posea o venda las armas enumeradas en el artículo 183 o las regale o trafique con ellas, y
- II. Al que sin un fin lícito o sin permiso haga acopio de armas prohibidas.

En todos los casos incluidos en este capítulo además de las sanciones señaladas se decomisarán las armas.

<sup>1223</sup> Tesis de jurisprudencia: “POSESIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SE ACTUALIZA ESTE DELITO CUANDO UNA PERSONA LA TIENE O LA LLEVA CONSIGO EN EL INTERIOR DE SU DOMICILIO. El artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde su origen distingue la posesión de armas de la portación de armas y, en su texto vigente, prevé el derecho de los habitantes de la República Mexicana a poseer armas en el domicilio, con un propósito de seguridad y legítima defensa; quedando exceptuado del ejercicio de ese derecho la posesión de armas prohibidas por la ley federal, así como las reservadas para el uso exclusivo de la Fuerza Armada Permanente y de los cuerpos de reserva. Además, prevé que podrá

En el CP de Oaxaca<sup>1224</sup> se regula de manera muy similar lo relativo a las armas prohibidas a los CP Baja California, Campeche e Hidalgo, sanciona a quien importe, fabrique, venda, regale, trafique, o posea las armas enumeradas en el artículo 162 de ese CP.

De manera similar a los CP anteriores, el CP de Puebla<sup>1225</sup>, tipifica al que fabrique, trasmita, porte o haga acopio de las armas o instrumentos descritos en el artículo 179. Lo destacable es que este CP hace alusión a los instrumentos que se utilizan como los rociadores, espolvoreadores, gasificadores y dosificadores de sustancias químicas y a las armas electrónicas, ambos que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano; respecto a los cuales no son considerados como armas o instrumentos prohibidos susceptibles de sancionar, siempre que su uso no provoque la pérdida del conocimiento ni ponga en riesgo la vida, en caso contrario, entiendo que serían sancionables<sup>1226</sup>.

---

autorizarse a los habitantes la portación de armas en los casos, condiciones y lugares que determine la citada ley federal. Así, de conformidad con la Constitución y con la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (ley reglamentaria de la materia), para determinar si se actualiza el delito de posesión, o bien, el de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, es de trascendencia el lugar en que se tenga el arma de fuego, de manera que la posesión se dará cuando una persona la tiene o la lleva consigo en el interior de su domicilio, mientras que la portación será cuando la tiene o la lleva consigo fuera del domicilio. En esas condiciones, atento al principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, el delito de posesión de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea se actualiza cuando una persona es sorprendida con un arma de esas características en su domicilio, pero no se configura el delito de portación de esa arma, precisamente porque la tenencia se da dentro de su domicilio, sin que sea relevante que el arma de fuego sea de uso exclusivo de las fuerzas armadas, pues si bien la posesión no puede considerarse amparada bajo la previsión del artículo 10 referido, lo cierto es que las características del arma no varían la acción de posesión que dará lugar a la conducta delictiva”. Décima época. Núm. de Registro: 2022055. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1a./J. 5/2020 (10a.). <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1224</sup> Artículo 162.- Son armas prohibidas;

- I.- Los puñales, verduguillos y demás armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;
- II.- Los boxes (sic), manoplas, macanas, hondas, correas con balas, pesas o puntas y las demás similares;
- III.- Las que otras leyes designen como tales.

Artículo 163.- Se aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión y multa de doscientos a dos mil pesos;

I.- Al que importe fabrique o venda las armas enumeradas en el artículo 162, o las regale o trafique con ellas;

II.- Al que porte un arma de las prohibidas en el artículo 162.

En todos los casos incluidos en este artículo, además de las medidas señaladas, se decomisarán las armas.

<sup>1225</sup> Artículo 179.- Son armas e instrumentos prohibidos:

- I.- Los puñales, verduguillos y demás armas similares ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;
- II.- Las manoplas, macanas, chacos, hondas, correas con balas, pesas o puntas y las demás similares;
- III.- Las bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos y las demás similares;
- IV.- Las ganzúas, llaves falsas y demás similares;
- V.- Las que otras leyes o reglamentos señalen como tales.

No se consideran armas e instrumentos prohibidos los rociadores, espolvoreadores, gasificadores y dosificadores de sustancias químicas que produzcan efectos pasajeros en el organismo humano, sin llegar a provocar la pérdida del conocimiento, siempre que no sean de capacidad superior a los ciento cincuenta gramos.

Tampoco se consideran armas e instrumentos prohibidos las armas electrónicas que sólo produzcan efectos pasajeros en el organismo humano, siempre que su uso no provoque la pérdida del conocimiento ni ponga en riesgo la vida.

Artículo 181.- Se aplicarán de seis meses a un año de prisión y multa de uno a diez días de salario, al que fabrique, trasmita o porte armas prohibidas, y al que haga acopio de éstas sin un fin lícito.

<sup>1226</sup> En el caso de que se utilizara un arma electrónica y con ello se pusiera en riesgo o peligro la vida, a mi consideración, podemos afirmar que estaríamos ante un delito de peligro concreto, donde se requiere probar que se haya puesto en peligro la vida del sujeto pasivo.

El CP de Sonora<sup>1227</sup> sanciona la portación en la vía o en establecimiento público, así como también a quien fabrique, acopie o comercialice armas propias. Entendiendo por armas propias: los instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, como las contenidas en el artículo 140 de ese CP. Este tipo penal es interesante, ya que también hace un listado de las armas denominadas impropias, de las cuales su portación es sancionada, salvo que fuesen instrumentos de la profesión, actividad u oficio del portador o éste no pueda probar que los trasladaba para su aprovechamiento lícito; y se consideran armas impropias, aquellos objetos o utensilios con capacidad lesiva pero creados como instrumentos de trabajo, recreación o actividades domésticas. El artículo 141 del CP hace un listado de las llamadas armas impropias.

En el Estado de Tamaulipas<sup>1228</sup>, en su CP solo se tipificó la portación de armas enunciadas en el artículo 168, de las que destacan las armas réplica (que, sin ser armas auténticas, parezcan, reúnan o simulen las características de éstas), que en otros CP no lo habían incluido en su listado de armas prohibidas. Este último supuesto nos pone de

---

<sup>1227</sup> Artículo 140.- Son armas propias los instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas como son:

I.- Los puñales, estoques o verduguillos y cualquier instrumento punzante, así como las armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;

II.- Los chacos, así como las manoplas metálicas, macanas, hondas, correas con balas, pesas ocultas y otras similares; y

III.- Los gases asfixiantes o tóxicos y sustancias análogas.

Se aplicará prisión de uno a cinco años, multa de cincuenta a trescientas Unidades de Medida y Actualización, además del decomiso, a quien porte en la vía o en establecimiento público cualquiera de los instrumentos señalados en este artículo, como también a quien fabrique, acopie o comercialice armas propias.

La prisión será de uno a seis años, multa de cien a quinientas Unidades de Medida y Actualización, además del decomiso, cuando la portación del arma se realice en lugares donde se consuman bebidas embriagantes, en centros de diversión o al interior de cualquier institución de educación o sus inmediaciones.

Los funcionarios y agente de la autoridad pueden portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo.

El presente delito será perseguible de oficio.

Artículo 141.- Son armas impropias y su portación será castigada con prisión de seis meses a cuatro años, multa de veinte a doscientas Unidades de Medida y Actualización, además del decomiso, aquellos objetos o utensilios con capacidad lesiva pero creados como instrumentos de trabajo, recreación o actividades domésticas, como son los cuchillos, machetes, navajas, trinchetas, bisturís, picahielos, tijeras y otros, cuando no fuesen instrumentos de la profesión, actividad u oficio del portador o éste no prueba que los trasladaba para su aprovechamiento lícito.

Cuando se utilicen armas propias o impropias para cometer un delito, se aplicarán las reglas del concurso material o real, pero no se tomará en cuenta la calificativa derivada del uso del arma en el ilícito resultante.

El presente delito será perseguible de oficio.

<sup>1228</sup> Artículo 168.- Son armas prohibidas:

I.- Los puñales, verduguillos y demás armas ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos;

II.- Los cuchillos, las navajas de muelle, o cualquier otro instrumento que aun siendo de uso doméstico o de actividad laboral o deportiva sirva para agredir;

III.- Los boxes, manoplas, macanas, correas con varas, pesas o puntas y las demás similares;

IV.- Las bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos y los demás similares;

V.- Las armas réplica, que sin ser armas auténticas, parezcan, reúnan o simulen las características de éstas; y

VI.- Las que otras leyes y reglamentos designen como tales.

Artículo 169.- Se aplicará de seis meses a tres años de prisión y multa de quince a cincuenta veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, al que porte alguna de las armas a que se refiere el artículo anterior.

Tratándose de las señaladas en la fracción II del artículo anterior, solo se sancionará cuando sean portadas en lugares o reuniones públicas y no se justifique su portación.

manifiesto hasta dónde va la protección que se busca dar a través del Derecho penal, ya que bastara con que se detenga a una persona con un arma réplica de una pistola para ser sancionado penalmente. Aquí cabría preguntarnos si realmente se está poniendo en peligro a la seguridad pública, y cuan lejana debe ser la protección del Derecho penal, hasta donde debe abarcar. Pues, si bien es cierto, que hoy en día algunas personas utilizan estas armas réplicas, para asaltar o cometer robos a transeúntes o negocios, también es cierto que, existen figuras penales específicas para dichos supuestos, como el robo, que protegen el patrimonio de las personas, y no sería necesario contemplar otra figura penal que sancionara además la portación de esa arma réplica. Ya que, de ninguna forma, un arma réplica pone en peligro la vida o salud de las personas, así como tampoco la seguridad pública.

En Tlaxcala<sup>1229</sup> y Ciudad de México<sup>1230</sup>, sus CP sancionan penalmente a quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito, instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas. Aquí lo novedoso que nos ofrecen estos CP, es que nos señala que debe tomarse en cuenta las referencias de tiempo, modo y lugar.

El CP de Zacatecas<sup>1231</sup> sigue una descripción penal similar a la de Tlaxcala, donde se sanciona penalmente a quien porte, fabrique, introduzca al Estado o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas. Y en el artículo 140 hace un listado de las armas prohibidas, del que destaca las pistolas y revólveres de calibre superior al 38, resaltan estas últimas, porque otros CP no las habían señalado.

---

<sup>1229</sup> Portación, fabricación e importación de objetos aptos para agredir. Artículo 311. A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o multa de dieciocho a doscientos dieciséis días de salario.

Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas.

<sup>1230</sup> Portación, fabricación e importación de objetos aptos para agredir. Artículo 251. A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de noventa a trescientos sesenta días multa.

Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas.

<sup>1231</sup> Artículo 139.- Al que ilegalmente porte, fabrique, introduzca al Estado o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años, multa hasta de cien cuotas y decomiso.

Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas.

Estos delitos, cuyo conocimiento compete al fuero común, se sancionarán sin perjuicio de lo previsto por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, de aplicación federal en lo que concierne a estos objetos.

Artículo 140.- Para los efectos de este Código, son armas prohibidas:

- I. Los puñales, cuchillos y otros similares, excepto cuando se usen como instrumento de trabajo; los verduguillos y las demás armas ocultas o disimuladas en cualquier objeto;
- II. Los boxes, manoplas, macanas, hondas, correas con balas o con pesas o puntas y las demás similares;
- III. Las bombas, aparatos explosivos o de gases asfixiantes o tóxicos y los demás similares;
- IV. Las pistolas y revólveres de calibre superior al 38; y
- V. Las que otras leyes o reglamentos señalen como tales.

Finalmente el Código Penal Federal<sup>1232</sup>, en el delito de armas prohibidas establece una redacción similar a la del Estado de Zacatecas, pero además debo mencionar que en dos artículos el 160 y 162, se describen varias conductas que son desde mi punto de vista repetitivas, ya que se sancionara penalmente a quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas; además de las conductas descritas en el artículo 162 (importar, fabricar o vender las armas enumeradas en el artículo 160; o las regale o trafique con ellas; vender pistolas o revólveres, careciendo del permiso necesario; portar una arma de las prohibidas en el artículo 160; hacer acopio de armas, y al que, sin licencia, porte alguna arma de las señaladas en el artículo 161.)

Las diversas redacciones de los tipos penales, que enunciamos en cada uno de los Códigos penales de los Estados de la República Mexicana, que contemplan el delito de Armas prohibidas (esta es una de las múltiples denominaciones que tiene el tipo penal), nos pone de manifiesto la finalidad de los legisladores de sancionar conductas como la portación, fabricación, acopio<sup>1233</sup>, entre otras; de armas prohibidas o de instrumentos que por su peligrosidad solo pueden ser aptos para agredir, algunos Códigos Penales, como quedo de manifiesto, hace un listado de lo que consideran armas prohibidas, mientras que otros lo dejaran a la interpretación del juzgador, a la hora de sancionar penalmente.

Si bien la mayoría de los CP en México hacen un listado de las armas consideradas como prohibidas<sup>1234</sup>, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que no se debe tener esos listados como limitativos, toda vez que son ejemplificativos “porque la enumeración que allí se contempla es ejemplificativa y no exhaustiva de las armas que deben conceptuarse como prohibidas, precisamente por la potencialidad ofensiva que

---

<sup>1232</sup> Artículo 160.- A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de 180 a 360 días multa y decomiso.

Los servidores públicos podrán portar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo, sujetándose a la reglamentación de las leyes respectivas.

Estos delitos, cuyo conocimiento compete al fuero común, se sancionarán sin perjuicio de lo previsto por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, de aplicación federal en lo que conciernen a estos objetos.

Artículo 161.- Se necesita licencia especial para portación o venta de las pistolas o revólveres.

Artículo 162.- Se aplicará de seis meses a tres años de prisión o de 180 a 360 días multa y decomiso:

I.- Al que importe, fabrique o venda las armas enumeradas en el artículo 160; o las regale o trafique con ellas;

II.- Al que ponga a la venta pistolas o revólveres, careciendo del permiso necesario;

III.- Al que porte una arma de las prohibidas en el artículo 160;

IV.- Al que, sin un fin lícito o sin el permiso correspondiente, hiciere acopio de armas, y

V.- Al que, sin licencia, porte alguna arma de las señaladas en el artículo 161.

En todos los casos incluidos en este artículo, además de las sanciones señaladas, se decomisarán las armas.

Los funcionarios y agentes de la autoridad pueden llevar las armas necesarias para el ejercicio de su cargo.

<sup>1233</sup> En la mayoría de los CP, que tutelan esta conducta típica, no aclara el mínimo de armas que constituye el acopio, mucho menos señalan el lugar donde han de hallarse reunidas, almacenadas o depositadas, dejando a la indeterminación, cuando se considerará acopio. Los CP que si señalan cuando se considera acopio, son los de los Estados de Campeche, BCS, Guerrero, Yucatán, Chiapas, Sinaloa, Q.R., Estado de México y Morelos; a excepción de Sinaloa, todos refieren que por acopio de entiende la reunión de tres o más armas prohibidas, Sinaloa señala que deberá ser la reunión de cinco o más armas prohibidas.

El problema del acopio de armas queda firme cuando se carece de permiso para acopiar, depositar o almacenar armas. Y habrá mayor problema porque se dejaría en las manos del juzgador rellenar esa laguna, dejando en sus manos una función creadora que es inconstitucional. *Vid. JIMENEZ HUERTA. Derecho penal Mexicano. Op. cit. pp.132, 133.*

<sup>1234</sup> Los CP donde se hace el listado de armas prohibidas son BC, Campeche, Hidalgo, SLP, Coahuila, Colima, NL, Tabasco, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Tamaulipas y Zacatecas.

viene a constituir un peligro para la seguridad pública por quienes en forma indiscriminada las portan<sup>1235</sup>.” De igual manera la Suprema Corte ha señalado en cuanto al vocablo de armas el significado y contenido que se le debe dar: “dentro del vocablo "armas" se haya comprendido solamente a las de fuego, sino que su redacción es genérica, esto es, comprende tanto a éstas como a aquellas que sirvan para agredir, sin que requieran deflagrar cartuchos... como instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse y no exclusivamente a las de fuego.”<sup>1236</sup>

El CPF prescindió de la lista de las consideradas armas prohibidas, pues se consideró que lo que verdaderamente importaba, es la unívoca utilización de

---

<sup>1235</sup> La jurisprudencia “ARMAS PROHIBIDAS. LO SON LAS NAVAJAS Y LOS CUCHILLOS, AUN CUANDO EXPRESAMENTE NO SE INCLUYAN EN EL ARTÍCULO 179 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA. Conforme a la disposición de referencia, son armas e instrumentos prohibidos los puñales, verdugillos y demás armas similares ocultas o disimuladas en bastones u otros objetos, así que es factible establecer que puñales y verdugillos, por su naturaleza, son objetos para inferir heridas, y entran en el concepto de las denominadas armas blancas, de modo que siendo instrumentos ofensivos, al igual que otros, como las navajas y los cuchillos, debe considerarse que son aptos para inferir heridas punzocortantes, y aun cuando éstos no se enuncien en el citado precepto legal como armas o instrumentos prohibidos, se actualiza la portación como conducta antijurídica, porque la enumeración que allí se contempla es ejemplificativa y no exhaustiva de las armas que deben conceptuarse como prohibidas, precisamente por la potencialidad ofensiva que viene a constituir un peligro para la seguridad pública por quienes en forma indiscriminada las portan.” Novena época. Núm. de Registro: 188690. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Octubre de 2001. Tesis: VI.1o.P. J/18. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1236</sup> Tesis aislada: “ARMAS. EL SIGNIFICADO DE ESTE VOCABLO CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 10 Y 19, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ASÍ COMO 173 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, CORRESPONDE AL DEFINIDO POR EL DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA COMO INSTRUMENTO, MEDIO O MÁQUINA DESTINADOS A ATACAR O A DEFENDERSE Y NO EXCLUSIVAMENTE A LAS DE FUEGO. Del análisis del artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que los habitantes del país tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, que no sean de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas al uso exclusivo de las Fuerzas Armadas Nacionales, así como que la reglamentación detallada de este artículo se dejó al legislador ordinario federal, quien al emitir la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, previó en sus artículos 12 y 13 que son armas prohibidas las señaladas en el Código Penal Federal, y no consideró con tal carácter los utensilios, las herramientas o los instrumentos idóneos para realizar trabajos del campo o de cualquier oficio, arte, profesión o deporte, pero limitó su uso al lugar en que se trabaje o practiquen; sin embargo, estableció en el artículo 160 del citado código diversas penas para cualquier persona que porte sin un fin lícito instrumentos que sólo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas. Por otra parte, de la exposición de motivos de la reforma al artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, no se colige que dentro del vocablo "armas" se haya comprendido solamente a las de fuego, sino que su redacción es genérica, esto es, comprende tanto a éstas como a aquellas que sirvan para agredir, sin que requieran deflagrar cartuchos; además, el legislador del Estado de Chihuahua tampoco hace referencia en exclusiva a las armas de fuego en el artículo 173 del Código de Procedimientos Penales de la entidad, pues igualmente se refiere al término genérico "arma", lo que se corrobora con el contenido de la fracción II del artículo 212 del Código Penal del Estado, que prevé penas agravadas cuando el delito de robo se cometa empleándose arma blanca u otro instrumento punzo cortante o punzo penetrante. Consecuentemente, el significado del vocablo "armas" contenido en los artículos 10, 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal y 173 del Código de Procedimientos Penales de la entidad corresponde al definido genéricamente por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española como instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse y no exclusivamente a las de fuego”. Novena época. Núm. de Registro: 165340. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Febrero de 2010. Tesis: XVII.2o.P.A.36 P. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

determinados objetos para agredir y sobre todo que no tengan utilización en las actividades laborales o recreativas<sup>1237</sup>.

Lo que no deja lugar a dudas, es que se trata de un delito de peligro<sup>1238</sup> abstracto, al estimarse que la conducta es considerada generalmente como peligrosa sin que sea necesario el efectivo peligro para el bien jurídico protegido. Se entiende que en este tipo de delitos no es necesario probar en el caso concreto, el peligro que corrió el bien jurídico, porque el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador. Así mismo, se trata de un adelantamiento del Derecho penal a una etapa previa, es decir, se trata de actos preparatorios, se buscan evitar que, con esas armas prohibidas, se cometan otros ilícitos penales.

Con respecto al bien jurídico que se protege con este delito, debemos mencionar que, si tomamos en cuenta la ubicación sistemática de los CP en México, encontramos que se ubican dentro de tres catálogos: de los Delitos de peligro contra la seguridad colectiva<sup>1239</sup>, de los Delitos contra la seguridad pública<sup>1240</sup> y finalmente, en los Delitos contra la seguridad colectiva<sup>1241</sup>. Al respecto debemos señalar que este delito protege el bien jurídico colectivo de la seguridad pública, así también lo ha manifestado la Suprema Corte de Justicia de la Nación "... no sólo la tranquilidad pública que pueda afectarse con la ostentación de un arma, sino el de la seguridad general que se ve potencialmente amenazada, mediante la posesión indiscriminada por particulares, de armamento de una mayor potencia lesiva, innecesaria para su defensa personal"<sup>1242</sup>.

---

<sup>1237</sup> Vid. GONZALEZ DE LA VEGA. *El Código penal comentado. Op. cit.* p. 221.

<sup>1238</sup> Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que es un delito de peligro, sin especificar qué tipo de delito de peligro. En la tesis aislada: ARMAS PROHIBIDAS, PORTACION DE. ES DELITO DE PELIGRO. Si en la sentencia se estima que la portación de un arma pone en peligro a la sociedad y que tal peligro se materializa si con el arma se lesiona a una persona, tal razonamiento no corresponde al que debe seguirse, atendiendo al bien jurídico protegido, pues el delito de portación, siendo exclusivamente de peligro, carente de resultado material, resulta evidentemente autónomo. Por tanto, incurriría en falta de *sindéresis* jurídica, quien calificaría la peligrosidad del agente, en un delito como el que se analiza, a través de "su resultado"; sobre todo, si se pretendiera que el diverso delito de lesiones había sido el resultante del de portación de arma prohibida; se olvidaría que, lógicamente, requeriría previamente de un delito medio para cometerlo, pero no sería el de portación, sino el de disparo de arma de fuego. Esa es la razón legal por la que el catálogo de delitos incluye al de portación de arma prohibida entre aquellos que tutelan no la "vida y la integridad corporal", sino la "seguridad pública". Séptima época. Núm. de Registro: 234627. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Volumen 145-150, Segunda Parte. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1239</sup> Aquí se encuentran los CP de los Estados de BC, Hidalgo, Querétaro, Sinaloa y Colima, este último lo ubica dentro de los Delitos de peligro contra la seguridad pública.

<sup>1240</sup> Se encuentran aquí los CP de Campeche, SLP, Yucatán, Chiapas, Coahuila, NL, Tabasco, Guanajuato, Jalisco, Estado de México, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Sonora, Tamaulipas, Zacatecas y el CPF.

<sup>1241</sup> Los CP de Guerrero, BCS, Quintana ROO y Morelos, aquí se ubican.

<sup>1242</sup> Tesis Aislada: ARMAS PROHIBIDAS, PORTACION DE. INTRASCENDENCIA DEL LUGAR DONDE SE LLEVEN (VEHICULOS). BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS. El artículo 10 constitucional establece: "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquiera clase para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las prohibidas expresamente por la ley y de las que la Nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional; pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía". La portación de las armas que no se permiten en este dispositivo de nuestra Carta Magna, se estima delictuosa en la fracción I del artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Las infracciones en el caso de armas cuya portación no está prohibida, pero sí restringida por condiciones reglamentarias en centros de población, están supeditadas al lugar en que ocurra la portación, pudiendo tratarse solamente de infracciones administrativas; pero tratándose de las expresamente prohibidas, es intrascendente el lugar en que el sujeto activo las porte, porque cualquiera que éste sea, el delito se agota por el simple hecho de la portación misma. Si el inculcado argumenta que las

Las actividades descritas en cada uno de los CP a los que hicimos referencia, encierran un peligro para la seguridad pública. Pues en mayor o menor escala, los comportamientos citados, encierran un peligro abstracto para la paz, tranquilidad y seguridad pública; como se ha puesto de relieve incluso en el ámbito internacional, pues existen intentos para limitar el acopio de armas a nivel internacional, así como el tráfico<sup>1243</sup>.

En este sentido, no debemos dejar de mencionar que, en México, existe un grave problema de tráfico de armas de los Estados Unidos hacia México, del país del norte se envían grandes cantidades de armamento para los carteles mexicanos de la droga<sup>1244</sup>.

En el CP encontramos en los artículos 563, 564, 566, 567, 568<sup>1245</sup>, diversas modalidades de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.

---

porta en su vehículo, sin hacer ostentación, esto no impide la configuración del delito en cita, porque no se trata de armas de portación permitida o restringida, sino prohibida en todo lugar a personas ajenas al Ejército, Armada o Fuerza Aérea. El bien jurídico protegido por la fracción I del artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, es no sólo la tranquilidad pública que pueda afectarse con la ostentación de un arma, sino el de la seguridad general que se ve potencialmente amenazada, mediante la posesión indiscriminada por particulares, de armamento de una mayor potencia lesiva, innecesaria para su defensa personal. Séptima época. Núm. de Registro: 234352. Fuente: Seminario Judicial de la Federación. Volumen 169-174, Segunda Parte. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1243</sup> Vid. JIMENEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* p. 125.

<sup>1244</sup> Gran cantidad de armas que cruzan de los Estados Unidos a México de manera ilegal, sin que haya control alguno, mismas que van a parar a los carteles de la droga. Basta ver el escándalo que se generó al conocer sobre la operación denominada “Rápido y furioso”, que la Oficina de Alcohol, Tabaco, Armas de fuego y explosivos de los Estados Unidos, organizo para tratar identificar a los responsables del tráfico de armas, permitiendo el paso de más de 2,500 armas de fuego. <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/12/05/rapido-y-furioso-el-fallido-operativo-que-desato-la-crisis-del-trafico-de-armas-entre-mexico-y-eeuu/>

<sup>1245</sup> Artículo 563. La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.

Artículo 564. 1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1.º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados. 2.ª Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. 3.ª Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales.

Artículo 566. 1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados: 1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación. 2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación. 3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo. 2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o minas antipersonas o municiones en racimo, o inicien preparativos militares para su empleo o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Artículo 567. 1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas

MUÑOZ CONDE nos dice que el interés del Estado en tutelar estos delitos, lo hace por dos razones: por un lado, evitar que el ciudadano obtenga los medios necesarios para poder atacar o resistir al propio Estado, y, en segundo lugar, porque busca controlar las adquisición y manejo de medios peligrosos como las armas, municiones o explosivos, con lo cual se busca disminuir la criminalidad y asegurar la tranquilidad pública<sup>1246</sup>.

Como lo había establecido en párrafos anteriores en el caso de los CP Mexicanos, también se estima que los delitos comprendidos en los artículos citados del CP, se consideran delitos de peligro abstracto, pues en su tipificación como delito, no es necesaria ni su lesión efectiva ni su puesta en peligro en el caso en concreto<sup>1247</sup>.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia española, al señalar que:

“El delito mencionado es de los llamados de peligro abstracto, que se consuma con la mera posesión del arma útil, sin necesidad de constatar un peligro concreto e inminente que se derivaría de la intención de uso al resultar consustancial a la mera posesión del arma prohibida un peligro potencial para la comunidad, para la seguridad colectiva. La acreditación completa de la posesión del arma, de su estado y aptitud para el funcionamiento, y además dotada de cartuchos, colma las exigencias del tipo básico...<sup>1248</sup>”

---

antipersonas o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas. El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la enajenación.2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte. Se entiende por desarrollo de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química, biológica, nuclear o radiológica, o mina antipersona o munición en racimo o la modificación de una preexistente.3. Se considera depósito de armas de fuego reglamentadas la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas.4. Respecto de las municiones, los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo.

Artículo 568. La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizado por las Leyes o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación.

<sup>1246</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. Cit.* p. 805.

<sup>1247</sup> *Ibíd.* p. 806.

<sup>1248</sup> Sentencia núm. 164/2015 de 17 marzo. AP de Madrid (Sección 23ª). JUR\2015\108809. Hechos probados: “El acusado Eulogio , mayor de edad, ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 3 de febrero de 2011 del Juzgado de lo Penal nº 29 de Madrid , por un delito del art. 153.1, a las penas, entre otras, de prohibición de aproximarse a su ex pareja Alicia , a menos de 500 metros y a su domicilio, y a la pena de privación de la tenencia y porte de armas, y habiéndose notificado en ejecutoria nº 784/11 del Juzgado de lo Penal nº 32 de Madrid, las liquidaciones de condena aprobadas que se extendían temporalmente hasta el día 25 de mayo de 2013 la pena de privación de tenencia y porte de armas, y hasta el 15 de octubre de 2012 la pena de prohibición de aproximación, sobre las 13.35 horas del día 1 de mayo de 2012, con ánimo de incumplir las penas impuestas tenía estacionado su furgoneta en la calle Torrelodones nº 11 de a localidad de Arroyomolinos, encontrándose a menos de 100 metros del domicilio de su ex pareja sito en la CALLE000 nº NUM003 de la citada localidad. Personada la policía local, e inspeccionada la furgoneta marca Ford Transit matrícula ....YYY , se encontró debajo del asiento del copiloto una bolsa de tela y en su interior una pistola semiautomática marca "STOSEL" de calibre 6.35 mm Browning, que se encuentra en correcto estado de funcionamiento, con cinco cartuchos percutidos y no disparados en su interior, y además 11 cartuchos sin disparar de calibre 65 mm, aptos para la pistola y en

Es conveniente también citar lo pronunciado por el Tribunal Supremo quien señala:

“que la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiera hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma...”<sup>1249</sup>

Al respecto de las dos sentencias que citamos en párrafos precedentes, hay que mencionar que, si bien la primera de ellas señala de que estamos ante delitos de peligro abstracto, ante los cuales es necesaria la acreditación completa de la posesión del arma, de su estado y aptitud para el funcionamiento, estos elementos se refieren a la idoneidad que todo delito debe contener para lesionar o en este caso, poner en peligro el bien jurídico, tal es el caso de los delitos de peligro abstracto.

Con respecto a la segunda de las sentencias del TS si bien en principio señala que se trata de un delito formal, posteriormente expone que un sector de la doctrina prefiera hablar de un delito de peligro comunitario y abstracto, y sobre ese sentido es por el que nos decantamos y por el que se decantó la primera de las sentencias citadas *supra* líneas. Ello en razón de que se requiere de cierta aptitud o idoneidad para poner en peligro un bien jurídico, situación que como delito formal no sucede, en cambio en los delitos de peligro abstracto, se requiere que haya una idoneidad para generar un peligro, que en otras palabras cita la sentencia de «la acreditación completa de la posesión del arma, de su estado y aptitud para el funcionamiento».

#### 4.1.E. Asociación delictuosa

---

buen estado de conservación. La pistola que carece de nº de identificación y de los punzones reglamentarios en algún Banco Oficial de prueba se considera Arma clasificada de la categoría 1ª, conforme al art. 3 del Reglamento de armas 137/93 de 29 de enero, en relación al art. 28 y 30””. Fuente: Thomson Reuters Aranzadi Instituciones.

<sup>1249</sup> Auto núm. 57/2007 de 18 enero. TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). JUR\2007\52024. Hechos: “PRIMERO: Por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección octava), en el Rollo de Sala nº 6/2005 , dimanante del Sumario nº 2/2005 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Gijón, se dictó sentencia de fecha 20 de abril de 2006 , en la que se condenó a Juan Alberto , como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa y otro de tenencia ilícita de armas, previstos y penados en los artículos 138, 16 y 564 del Código Penal, concurriendo en el primero de ellos la atenuante de reparación del daño, a la pena de tres años y seis meses de prisión, más accesoria legal, por el delito de homicidio y a un año y seis meses de prisión por el de tenencia ilícita de armas, accesoria legal y abono de las 2/3 partes de las costas procesales. Por otra parte, la misma sentencia, condenó a Casimiro como autor responsable de un delito de resistencia, previsto y penado en el artículo 556 del Código penal, concurriendo la agravante de reincidencia y la exigente incompleta de intoxicación etílica, a la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, y abono de 1/3 parte de las costas ocasionadas”. Fuente: Thomson Reuters Aranzadi Instituciones.

Existe en los CP de los Estados y el CPF, a excepción de los estados de Aguascalientes, Hidalgo, Michoacán y Veracruz<sup>1250</sup>, un tipo penal que sanciona la mera reunión de tres o más personas, que tengan como finalidad el delinquir, o estén organizadas de forma permanente o no, veremos las similitudes entre estos CP y las diferencias que presentan. Tratándose de un delito de peligro abstracto, en cuanto que el tipo penal solo requiere la reunión de dos o más personas con finalidad de delinquir, organizadas o no, por lo que no existe ninguna otra exigencia, es decir, no debemos probar que con ello se ponga en peligro concreto o se lesione, al bien jurídico.

En Baja California<sup>1251</sup> y Colima<sup>1252</sup>, se prevé en sus CP que al sujeto que de manera permanente tome participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir; observamos que por el sólo hecho de ser miembro de la asociación, e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiere cometer o haya cometido, se le sancionara bajo el delito de Asociación delictuosa. En Nayarit<sup>1253</sup> siguen de manera similar la descripción de los CP antes enunciados, lo único nuevo que aporta al tipo penal, es que, en la asociación o banda de tres o más personas, se reconozca jerarquía entre sus miembros y exista el propósito permanente de delinquir.

---

<sup>1250</sup> Si bien en el CP de Veracruz no se tiene contemplada la figura típica de la Asociación delictuosa, solo debemos mencionar que la Asociación delictuosa se establece en las formas de participación y se sanciona como una agravante toda vez que, el artículo 91 de ese CP, señala que a los que cometan el delito en asociación delictuosa, se les aplicarán hasta dos terceras partes más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.

<sup>1251</sup> Artículo 247.- Tipo y punibilidad. - Se impondrá prisión de seis a quince años y de doscientos a mil días multa, al que de manera permanente tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiere cometer o haya cometido.

Se aumentará hasta el doble la pena de prisión y multa que le corresponda, señalada en el párrafo anterior, además de destitución e inhabilitación definitiva para ejercer cualquier cargo público, cuando el delito sea cometido por servidor público de instituciones de seguridad pública, fuerzas armadas, procuración o impartición de justicia o de ejecución de sanciones penales, o haya laborado en ellas.

El juez en su sentencia, podrá disminuir la pena que corresponda por los delitos cometidos, hasta en una mitad, siempre que existan constancias de que el procesado haya proporcionado a la autoridad investigadora, datos que conduzcan a la plena identificación y localización de los demás integrantes de la asociación o banda.

<sup>1252</sup> Artículo 244. Asociación delictuosa. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o más delitos, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de una asociación delictuosa, siempre y cuando no se trate de los delitos enunciados en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, con pena de uno a siete años de prisión y multa de cien a trescientas unidades de medida y actualización. Si el sujeto activo miembro de la asociación delictuosa fue o es servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito, administración de justicia o reinserción social, se le aumentará en una mitad la pena de prisión establecida en el párrafo primero de este artículo, además de la privación para ejercer derechos o funciones públicas.

<sup>1253</sup> Artículo 187.- Se impondrá de tres a ocho años de prisión y multa hasta el equivalente de diez días, al miembro de una asociación o banda de tres o más personas, organizada, en la que se reconozca jerarquía entre sus miembros y con el propósito permanente de delinquir, independientemente de la sanción que le corresponda por el delito que cometa.

En los CP de Baja California Sur<sup>1254</sup>, Chihuahua<sup>1255</sup>, Durango<sup>1256</sup>, Guerrero<sup>1257</sup>, Quintana Roo<sup>1258</sup>, el tipo penal prevé como Asociación delictuosa, cuando tres o más personas formen parte de manera permanente de un grupo dedicado a delinquir, no requieren estar organizados. En Guanajuato<sup>1259</sup>, de similar descripción, su CP establece un número distinto de personas, precisa que se trate de dos o más personas.

El CP de Querétaro<sup>1260</sup>, también sigue de forma semejante la descripción típica de BCS, solo que difiere en el número de integrantes, así, en Querétaro, basta con que sean dos o más personas. También contiene supuestos novedosos, como el aumento de las sanciones en los casos en que la asociación esté integrada por tres o más personas y empleen la violencia o aprovechen estructuras comerciales o de negocios para cometer los delitos; y cuando los miembros de la asociación delictiva tengan facultades de mando o decisión.

---

<sup>1254</sup> Artículo 267. Definición de asociación delictuosa. Existe asociación delictuosa cuando tres o más personas formen parte de manera permanente de un grupo dedicado a delinquir. Al miembro de una asociación delictuosa se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión con independencia del delito cometido.

<sup>1255</sup> Artículo 246. Asociación delictuosa. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y multa de sesenta a cien veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien de manera permanente forme parte de una asociación o banda de tres o más personas, destinada a delinquir.

<sup>1256</sup> Artículo 229. Asociación delictuosa. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y multa de treinta y seis a cuatrocientas treinta y dos veces la Unidad de Medida y Actualización, a quien de manera permanente forme parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a delinquir.

<sup>1257</sup> Artículo 264. Asociación delictuosa. Al que forme parte de manera permanente de una asociación de tres o más personas dedicadas a delinquir, se le impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa. Cuando el sujeto activo sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial o miembro de una empresa de seguridad privada, las penas se aumentarán hasta en una mitad más y se le impondrá, además, en su caso, la destitución del cargo, empleo o comisión e inhabilitación por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

<sup>1258</sup> Artículo 181. Asociación delictuosa. - Al que forme parte de manera permanente de una asociación o banda de tres o más personas dedicadas a delinquir, se les impondrá de seis meses a cuatro años de prisión, independientemente de las penas que les correspondan por el delito o los delitos cometidos.

<sup>1259</sup> Artículo 224. Asociación delictuosa. A quien forme parte de una asociación o banda de dos o más personas, constituida permanentemente para delinquir, se le aplicará de uno a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días multa.

Cuando la asociación se integre por tres o más personas, permanentemente organizadas para cometer cualquier delito considerado como grave, se aplicará de tres a diez años de prisión y de treinta a cien días multa.

<sup>1260</sup> Artículo 220.- Al que forme parte de manera permanente de una asociación de dos o más personas destinada a delinquir, se le impondrá prisión de 3 meses a 4 años.

Cuando la asociación esté integrada por tres o más personas, y empleen la violencia o aprovechen estructuras comerciales o de negocios para cometer los delitos, la sanción será hasta una mitad más de la prevista en el caso anterior.

A los miembros de la asociación delictiva que tengan facultades de mando o decisión, se les impondrá de 6 meses a ocho años de prisión, y hasta setecientos cincuenta días multa. Cuando se trate de un servidor público encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos, que participe de cualquier manera en la asociación delictuosa, las penas correspondientes por los delitos cometidos se aumentarán hasta en una mitad, y se les impondrá además destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos, hasta por un tiempo igual al de la pena impuesta.

En Campeche<sup>1261</sup>, San Luis Potosí<sup>1262</sup>, Sinaloa<sup>1263</sup>, Sonora<sup>1264</sup>, Tamaulipas<sup>1265</sup>, Zacatecas<sup>1266</sup>, en sus CP a diferencia de los CP anteriores, la asociación o banda integrada por tres o más personas, no necesita ser permanente, solo deben estar organizadas para delinquir o con fines delictivos.

---

<sup>1261</sup> Artículo 282.- Asociación delictuosa. Se impondrán de uno a cinco años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días de salario al que forme parte de una asociación o banda integrada por tres o más personas organizadas con fines delictuosos, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de las sanciones que le correspondan por el delito que haya cometido. No se aplicará esta disposición, si el delito cometido es alguno de los contenidos en la legislación federal en materia de delincuencia organizada.

<sup>1262</sup> Asociación Delictuosa. Artículo 288. Cometén el delito de asociación delictuosa los que forman parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir.

Este delito se sancionará con una pena de uno a ocho años de prisión y sanción pecuniaria de cien a ochocientos días del valor de la unidad de medida y actualización.

Artículo 289. También comenten el delito de asociación delictuosa, y se impondrá la misma pena, quienes integren una pandilla.

Para los efectos de esta disposición se entiende por pandilla, la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizadas con fines delictuosos, cometén en común algún delito.

<sup>1263</sup> Artículo 253. Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, se le impondrá de uno a seis años de prisión, independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación de seguridad pública, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de tres a seis años para desempeñar otro.

<sup>1264</sup> Artículo 142.- Se impondrán prisión de tres a ocho años y multa de veinte a doscientas Unidades de Medida y Actualización, al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizadas para delinquir, haya o no jerarquía entre sus integrantes, e independientemente de la sanción que les corresponda por el delito que cometieron.

Se presumirá que una asociación o banda organizada tiene por objeto delinquir, cuando sus integrantes, careciendo de la autorización legal correspondiente, posean, porten o acopien armas de cualquier tipo.

Cuando el miembro de la asociación o banda sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, se le aplicará prisión de cuatro a nueve años, multa de veinte a doscientos cincuenta Unidades de Medida y Actualización y destitución, en su caso, e inhabilitación de uno a cinco años, para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Las penas de prisión establecidas en los párrafos anteriores, se aumentarán hasta en una cuarta parte, cuando la asociación o banda esté integrada, parcialmente, por menores de dieciocho años de edad, o por quienes no tuvieren la capacidad de comprender el significado del hecho.

Al individualizar la pena, además de las circunstancias previstas para tal efecto en este Código, el juez o tribunal tomará en cuenta el delito que el grupo pretendía cometer o hubiere cometido; así como el carácter de jefe de la asociación o banda, cuando entre los miembros de ésta exista jerarquización.

<sup>1265</sup> Artículo 170.- Se impondrá sanción de seis meses a seis años de prisión y multa de quince a ochenta veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación. En caso de haberse cometido otro delito se aplicarán las reglas del concurso.

El Juez, en su sentencia, disminuirá la pena que corresponda por los delitos cometidos, de seis meses hasta en una mitad, siempre que, según le informe el titular de la Procuraduría General de Justicia de Tamaulipas o la persona a quien éste designe, el procesado haya proporcionado a la autoridad investigadora datos convincentes que conduzcan a la plena identificación y localización de cualquiera de los demás integrantes de la banda.

<sup>1266</sup> Artículo 141.- Se impondrá prisión de dos a ocho años y multa de cien a trescientas cuotas, al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, independientemente de la sanción que le corresponda por el delito que cometa.

En Nuevo León<sup>1267</sup> si bien tipifican en su CP este delito, lo hacen de manera similar a los CP de Campeche, sin embargo, la denominación cambia, lo nombraron Delincuencia organizada, y otro aspecto diferente, es que la banda o asociación puede ser de dos o más personas organizadas para delinquir.

El CP de San Luis Potosí<sup>1268</sup>, además señala que también se entenderá que cometen el delito de asociación delictuosa, quienes integren una pandilla. El delito de pandillerismo lo hemos visto en otros CP, pero más como una agravante que como un delito independiente o que se sancione como delincuencia organizada.

En el CP de Jalisco<sup>1269</sup> a diferencia de los CP mencionados, señala que esas tres o más personas solo deben de estar unidas, con el propósito de delinquir; ni siquiera habla de organizadas, solamente bastará que las personas (tres o más) estén unidas con una finalidad de delinquir, para que se considere banda o asociación delictiva y sean sancionados. De manera muy similar se encuentra el CP del Estado de México<sup>1270</sup>, ya que basta que tres o más personas se formen o reúnan, para delinquir en la comisión de delitos del fuero común, para encuadrar la asociación delictuosa. En el mismo sentido y similar

---

<sup>1267</sup> Artículo 176. Se impondrá prisión de seis a quince años y multa de doscientas a mil cuotas, al que forme parte de una banda de dos o más personas, organizada para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la agrupación, e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que se cometiere.

Se aumentará hasta el doble la pena de prisión y multa que le corresponda, señalada en el párrafo anterior, además de destitución e inhabilitación de seis a quince años para ejercer cualquier cargo público, cuando el delito sea cometido por servidor público de instituciones de seguridad pública, fuerzas armadas, procuración o impartición de justicia o de ejecución de sanciones penales, o haya laborado en ellas.

El juez en su sentencia, disminuirá la pena que corresponda por los delitos cometidos, de seis meses hasta en una mitad, siempre que según le informe el titular de la Procuraduría General de Justicia de Nuevo León o de la persona a quien éste designe, el procesado haya proporcionado a la autoridad investigadora, datos que conduzcan a la plena identificación y localización de los demás integrantes de la banda.

<sup>1268</sup> Artículo 288. Cometen el delito de asociación delictuosa los que forman parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir. Este delito se sancionará con una pena de uno a ocho años de prisión y sanción pecuniaria de cien a ochocientos días del valor de la unidad de medida y actualización.

Artículo 289. También cometen el delito de asociación delictuosa, y se impondrá la misma pena, quienes integren una pandilla. Para los efectos de esta disposición se entiende por pandilla, la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.

<sup>1269</sup> Artículo 120. Asociación delictuosa. Se impondrán de uno a cuatro años de prisión al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas unidas con el propósito de delinquir, independientemente de la sanción que corresponda a los delitos que lleguen a cometerse.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido, en los tres años anteriores a que forme parte de la asociación, servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en una tercera parte más de la que le corresponda por el o los ilícitos cometidos; y se impondrán, además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos, e inhabilitación de uno a seis años, para desempeñar otro.

<sup>1270</sup> Artículo 178 Bis. Se impondrá prisión de dos a seis años y de cien a quinientos días multa, al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas para delinquir en la comisión de delitos del fuero común, independientemente de la sanción que le corresponda por el delito que cometa.

redacción están los CP de Chiapas<sup>1271</sup>, Ciudad de México<sup>1272</sup>, Coahuila<sup>1273</sup>, Tabasco<sup>1274</sup>, Tlaxcala<sup>1275</sup>, Yucatán<sup>1276</sup> y en el Código Penal Federal<sup>1277</sup>, que establecen que se sancionara al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir. El CP de Yucatán agrega, que sin importar que exista jerarquía o

---

<sup>1271</sup> Artículo 370.- Asociación delictuosa. Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir, se le impondrá, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación, prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días de multa.

Si el miembro de la asociación, es o ha sido servidor público o miembro de una empresa de seguridad privada, la pena a la que se refiere el primer párrafo, se aumentará en una mitad más y se impondrá además en su caso, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro.

Se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres o más personas, tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos.

<sup>1272</sup> Artículo 253. Se impondrán prisión de cuatro a ocho años y de cien a mil días multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir.

<sup>1273</sup> Artículo 329 (Asociación delictuosa). Se impondrá de seis a doce años de prisión y de quinientos a dos mil días multa a quien forme parte de una asociación de hecho, de tres o más personas, cuyo propósito sea cometer delitos, siempre y cuando no se trate de ninguno de los previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Se aumentará en un tercio el mínimo y el máximo de las penas señaladas en el párrafo anterior, a quien forme parte de la asociación delictuosa y sea servidor o ex-servidor público, miembro o ex-miembro de alguna institución de seguridad pública, o miembro o ex-miembro de una empresa que preste servicios de seguridad privada, aunque el sujeto activo no esté en servicio.

Además, se destituirá al servidor público, y tanto a él como, en su caso, al miembro o ex-miembro de institución de seguridad pública o al miembro o ex-miembro de empresa de seguridad privada, se le inhabilitará de quince a veinte años para desempeñar un cargo, empleo o comisión en cualquier entidad oficial del Estado o de sus municipios, y se le suspenderá de quince a veinte años del derecho a celebrar con aquellas entidades, contratos o convenios de prestación de servicios profesionales o de cualquier otra naturaleza, así como del derecho a realizar cualquier clase de actividad de seguridad privada.

<sup>1274</sup> Artículo 231. Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a doce años de prisión y de cien a quinientos días multa, además de las sanciones aplicables por los delitos cometidos.

Cuando los miembros de la asociación delictuosa incurran en alguno de los delitos considerados como graves por la ley, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte.

En el caso de que el miembro de la asociación sea servidor o ex servidor público de alguna de las instituciones de seguridad pública, procuración o administración de justicia, o integrante o ex integrante de las Fuerzas Armadas Mexicanas, la pena se aumentará en una mitad y se le inhabilitará de uno a diez años para desempeñar cargo o comisión pública.

<sup>1275</sup> Artículo 314. Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y multa de doscientos ochenta y ocho a quinientos setenta y seis días de salario al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir.

<sup>1276</sup> Artículo 164.- Se impondrá prisión de uno a ocho años y de treinta a cien días-multa, a quien forme parte de una asociación de tres o más personas con el propósito de delinquir, exista o no jerarquía o disciplina, por el sólo hecho de ser miembro de ella e independientemente de la sanción que le corresponda por el delito o delitos que pudiese cometer o haya cometido.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la sanción que señala el párrafo anterior, se aumentará en una mitad y se le impondrá además en su caso, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñarlos.

<sup>1277</sup> Artículo 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

disciplina en la asociación. Mientras que en Chiapas agregan en el CP, que se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres o más personas, tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos.

En el Estado de Morelos<sup>1278</sup>, tipificaron en su CP, una figura un poco diferente de asociación delictuosa, ya que el tipo penal señala que se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos. Para lo cual esas tres o más personas deben integrar una asociación formal o informal con la finalidad de cometer delitos de manera permanente o transitoria y no se trate de simple participación delictuosa. Esta descripción que hace el tipo penal es muy relevante, nos permite observar que el legislador optó por prever que en los casos en los que tres o más personas hayan participado de forma conjunta en dos o más delitos, seguramente lo podrían seguir haciendo, por ello sancionan esta reunión, porque existe un antecedente de la comisión conjunta de delitos. Situación que ningún otro CP hasta ahora visto, lo prevé.

Aunque la descripción penal difiere un poco de las figuras que hemos analizado hasta ahora, se sigue sancionando la mera reunión de tres o más personas con la finalidad de delinquir, tratándose de esta manera en un delito de peligro abstracto, pues en abstracto lo que se está protegiendo, aunque no lo diga el tipo penal, es la vida y la salud de las personas, a través de un bien jurídico colectivo como lo es la seguridad pública<sup>1279</sup>.

Para el CP del Estado de Oaxaca<sup>1280</sup> la asociación delictuosa es similar a las definiciones ya vistas en otros CP como los de Campeche, SLP, etc., al sancionar al que

---

<sup>1278</sup> Artículo 244.- Cuando tres o más personas integren una asociación formal o informal con la finalidad de cometer delitos de manera permanente o transitoria y no se trate de simple participación delictuosa, por el sólo hecho de pertenecer a la asociación se impondrá a los integrantes de dos a cinco años de prisión y de cien a quinientos días-multa además de las sanciones aplicables por los delitos cometidos. Cuando la organización delictuosa incurra en los delitos considerados como graves por la ley, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte.

Dicha sanción se incrementará hasta en una mitad más cuando el agente sea o haya sido servidor público en alguna institución de seguridad pública, procuración o administración de justicia. En estos casos se aplicará, asimismo, destitución e inhabilitación para obtener otro cargo, empleo o comisión hasta por diez años.

Cuando la asociación o alguno de sus miembros, utilice a menores de edad o incapaces para delinquir, la pena a que se refiere el primer párrafo se aumentará en una mitad más.

Se presumirá que existe asociación delictuosa cuando las mismas tres o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos.

<sup>1279</sup> Vid. Capítulo III. Sobre los bienes jurídicos intermedios y los delitos de lesión-peligro. Donde resaltamos que existen delitos que, debido a la posición ocupada por ambos bienes, se tratan de delitos de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados. Vid. *Infra*. La sentencia núm. 427/2020 de 10 diciembre. Audiencia Provincial. AP de Madrid (Sección 29ª) JUR\2021\98198. Donde se pone de manifiesto que el bien jurídico protegido, desde la tesis del adelantamiento se entiende que coincide con los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación delictiva y desde la tesis del injusto autónomo se han considerado como tales: el orden público o seguridad, entendida como una situación que permite el desarrollo de las relaciones entre personas e instituciones o como prevención de la comisión de delitos, habiéndose incluso entendido el mismo como un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado. Pudiéndose ver la relación entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales.

<sup>1280</sup> Artículo 164.- Se impondrán prisión de tres a seis años y multa de cincuenta a cien días de salario, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para cometer alguno o algunos delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiere cometer o haya cometido. Se presumirá que las organizaciones armadas tienen por objeto delinquir, cuando carezcan de la autorización legal correspondiente.

tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para cometer alguno o algunos delitos. Lo interesante y novedoso que trae este tipo penal es que nos da una definición o descripción de lo que debemos entender por objeto de delinquir, al señalar que «se presumirá que las organizaciones armadas tienen por objeto delinquir, cuando carezcan de la autorización legal correspondiente». Conforme a lo anterior, si una asociación o banda armada no posee autorización para portar o poseer armas, se presumirá que están organizadas con un objeto para delinquir y por tanto se les sancionaría por asociación delictuosa, más el posible concurso con el delito de armas prohibidas. Por otro lado, si bien no se tiene la certeza que su objeto es delinquir, se presume y aquí estaríamos ante una presunción *iuris et de iure*, ante un delito de peligro abstracto, mediante el cual se busca proteger el bien jurídico<sup>1281</sup>.

Por otra parte el CP de Puebla<sup>1282</sup>, parte de las mismas descripciones anteriores, pues sancionara a tres o más personas que formen parte de una asociación o banda cuyo propósito sea el de delinquir, sin embargo, hay un aspecto a resaltar, el que este CP señala que “se presumirá la existencia de una asociación delictuosa, cuando por lo menos a dos de los que cometan el ilícito se les impute haber participado con anterioridad en la concepción, preparación o ejecución de hechos delictuosos de la misma naturaleza”. Dicha presunción es una presunción *iuris et de iure*, pues si bien debe existir una imputación anterior, bastara la mera imputación en cualquier carpeta de investigación, sin que exista una sentencia condenatoria, donde efectivamente se compruebe que hayan

---

<sup>1281</sup> Vid. Cap. II de este trabajo, el tema 3.5.1, Las teorías de la presunción del peligro y del peligro como motivo del legislador. Donde abordamos esta teoría de la presunción del peligro, bajo la cual se procede a una justificación de la punición del comportamiento basada en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa. Ello se opera a través de una presunción de carácter general, llevada a cabo por el legislador, de que el comportamiento coincidente con el tipo penal, implica la producción de un peligro, o al menos, en otras versiones, la peligrosidad de la propia acción típica. Bajo esta teoría se considera a los delitos de peligro abstracto, como de mera actividad, dejándose de lado la probabilidad de ocurrencia de un resultado catastrófico, puesto que la conducta punible en este caso consiste en el simple desarrollo de una acción típicamente peligrosa. Siguiendo ese sentido, la punición de los delitos de peligro abstracto interpretados puramente como delitos formales de mera desobediencia, estarían muy cerca de la incompatibilidad con los principios informadores y limitadores del sistema penal del Estado de Derecho que nos rige. Por lo que nos hemos decantado en contra de los delitos de peligro abstracto como presunciones *iuris et de iure*, pues bajo ese concepto, se genera una enorme expansión del derecho penal, lo cual se critica, pues con ella se pierde muchas veces el contenido material del injusto penal, pues no quedan claras las referencias a un determinado bien jurídico protegido, y también quedan difuminados los límites entre el injusto penal y los ilícitos puramente formales o administrativos. A pesar de estar en contra de los delitos de peligro abstracto como meras presunciones *iure et de iure*, consideramos, que en muchos delitos el legislador así los tipifica, como delitos formales, donde solo es necesario realizar la conducta descrita en el tipo para cometerse el delito, sin ninguna exigencia de comprobación o prueba en contra, como ejemplo, el supuesto que estamos analizando en este tema.

<sup>1282</sup> Artículo 183.- Se impondrá prisión de seis meses a seis años y multa de diez a cincuenta días de salario, al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la sanción que le corresponda por el delito o delitos que cometa.

Se presumirá la existencia de una asociación delictuosa, cuando por lo menos a dos de los que cometan el ilícito se les impute haber participado con anterioridad en la concepción, preparación o ejecución de hechos delictuosos de la misma naturaleza.

Artículo 183 Bis. - La sanción para la asociación delictuosa se aumentará de uno a diez años de prisión y multa de doscientos cincuenta a quince mil días de salario, independientemente de la sanción que corresponda por el delito que se cometiere, cuando actúen de forma estructurada con el propósito de cometer algún delito de los de este Código, con excepción de los previstos en el artículo 186 Bis de esta Sección.

Artículo 184.- Se presumirá que las organizaciones armadas tienen por objeto delinquir, cuando carezcan de la facultad de organizarse o de la autorización legal correspondiente.

participado en la concepción, preparación o ejecución de hechos delictivos anteriores de la misma naturaleza.

Este CP de Puebla si bien nos señala que se presumirá la asociación delictuosa cuando por lo menos dos de los que comentan el ilícito penal, se les haya imputado haber participado con anterioridad en la concepción, preparación o ejecución de hechos delictivos de la misma naturaleza. Con respecto a esta redacción considero que es diferente a lo señalado en el CP de Morelos, donde se presume la asociación delictuosa cuando tres o más personas tengan alguna forma de autoría o participación conjunta en dos o más delitos; en principio porque el CP de Puebla solo requiere que se les haya imputado no sentenciado, la concepción, preparación o ejecución de un delito de similar naturaleza, mientras que, en el CP de Morelos, debió de haberse probado la autoría o participación. Por otra parte, en el CP de Puebla la imputación debe hacerse sobre delitos de la misma naturaleza, por el contrario, en el CP de Morelos, se requiere que la autoría o participación sea en dos o más delitos, pudiendo ser de diferente naturaleza.

Un poco diferentes son las redacciones que hemos analizado, pero básicamente lo que sancionan es la reunión de dos o más personas, con la finalidad de delinquir, ya sea que estén organizadas y de forma permanente, o no, pues no todos los CP lo establecen, aquí bastara por ejemplo, que se reúnan tres personas y estén planeado o ideando un robo, y se les encuentren planos, contraseñas, etc., es decir, estén en la etapa de ideación y planeación; si son detenidos de manera flagrante, se les sancionara sin que hayan realizado un acto externo que demuestre de forma cierta que ese será el fin de su conducta. Se sanciona una tentativa al igual que un delito consumado.

Sin embargo, es importante destacar que no basta el simple acuerdo de voluntades, ya que se ha señalado que es necesario la existencia de un nexo orgánico entre los miembros del grupo o banda que tenga como finalidad delinquir, es decir, debe existir una inequívoca y firme decisión para cometer delito<sup>1283</sup>.

Como vemos este tipo penal, sanciona por el sólo hecho de reunirse con una o más personas, o ser miembro de la asociación, con el propósito de delinquir, e independientemente de las sanciones que le correspondan por el delito que cometan. Asociación de personas que quizá si tenga como propósito el cometer un delito, pero quizá nunca lo lleven a cabo, sin embargo, ya podrán ser sancionadas penalmente por el delito de asociación delictuosa.

La justificación de una sanción penal en este delito, se encuentra en la afirmación que plantea que la simple existencia de una asociación formada para cometer delitos (aunque estos no se lleven a cabo efectivamente), se considera que es contrario al orden público y por ello debe ser penado<sup>1284</sup>.

El objeto de la tutela penal de este delito, se señala que es el interés de garantizar el orden público en sí mismo, y particularmente se busca la tranquilidad pública, la cual se ve turbada por el hecho de constituirse asociaciones, cuyo único fin sea el de cometer delitos. Se trata de una norma a título preventivo, por el simple peligro que representa la existencia de las asociaciones delictivas<sup>1285</sup>.

---

<sup>1283</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* p. 139.

<sup>1284</sup> Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA. *El Código penal comentado. Op. cit.* p. 222.

<sup>1285</sup> *Ibid.* pp. 223, 224.

En la mayoría de los CP de México, se encuentra ubicado sistemáticamente entre los “Delitos contra la seguridad pública”, pues en mayor o menor medida abstractamente provoca este delito alarma y peligro para la seguridad de todos, independientemente de los delitos que sus integrantes cometan<sup>1286</sup>. Es por ello por lo que el bien jurídico tutelado en estos delitos es la seguridad pública como bien jurídico colectivo, que en abstracto lo que protege es la vida y la salud de las personas. Así también lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una tesis aislada, cuando expresa que “el bien jurídico tutelado o protegido que es la seguridad pública, la paz y tranquilidad sociales”<sup>1287</sup>.

Observamos entonces hasta donde se extiende el brazo del Derecho penal, para proteger a la sociedad, en sancionar meras reuniones con una finalidad delictiva, estamos ante un delito de peligro abstracto, aun no hay lesión a ningún bien jurídico y no sabemos hasta qué punto efectivamente se pondrá en peligro el bien jurídico.

Por lo que hace al Código penal español, debemos señalar que tutela tres figuras similares a las que hasta ahora hemos visto de asociación delictuosa; la asociación ilícita,

---

<sup>1286</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Derecho penal Mexicano. Op. cit.* p 138.

<sup>1287</sup> Tesis Aislada: ASOCIACIÓN DELICTUOSA. EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, AL ESTABLECER SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, CUMPLE CON LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. La garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal prevista en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en la prohibición de imponer penas por analogía o por mayoría de razón, obliga al legislador a que, al expedir las normas de carácter penal, señale las conductas típicas y las penas aplicables con tal precisión que evite un estado de incertidumbre jurídica al gobernado y una actuación arbitraria del juzgador, por lo que la ley penal debe estar concebida de tal forma que los términos mediante los cuales se especifiquen los delitos o las penas, sean claros, precisos y exactos a fin de evitar que la autoridad aplicadora incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos y, en consecuencia, en demérito de la defensa del procesado; además, el legislador, establecerá los tipos penales y elementos que los contienen, acorde con la conducta que trate de regular y del bien jurídico que se pretenda proteger, por ende, no todos los tipos penales contienen los mismos elementos, sin que ello implique violación de garantías individuales en materia penal. En ese sentido, se concluye que el artículo 164 del Código Penal Federal cumple con la citada garantía constitucional, toda vez que el tipo penal del delito de asociación delictuosa, está conformado con los siguientes elementos: a) la conducta consistente en asociarse u organizarse; b) el sujeto activo que puede ser cualquier persona, dado que el tipo penal señala "Al que ...", requiriendo un número mínimo de tres partícipes; c) el sujeto pasivo que es la sociedad; d) el bien jurídico tutelado o protegido que es la seguridad pública, la paz y tranquilidad sociales; e) los elementos normativos: asociación o banda; y, f) los elementos subjetivos específicos: "... con propósito de delinquir ...", lo que permite afirmar que se trata de un delito eminentemente doloso, en el que el tipo penal de mérito contiene los supuestos de individualización de la conducta que el legislador estimó debe ser reprochable, puesto que de manera clara, precisa y exacta aquéllos son descritos, lo que no da lugar a confusión en cuanto a su aplicación, o a que en su caso disminuya el derecho de defensa del sujeto. Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Novena época. Núm. de Registro: 183341. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVIII, Septiembre de 2003. Tesis: 1a. XLVI/2003. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

las organizaciones y grupos criminales, ubicadas en los artículos 515<sup>1288</sup>, 570 bis<sup>1289</sup>, 570 ter<sup>1290</sup>.

En la asociación ilícita contemplada en el artículo 515 del CP, no establece el número mínimo de personas que la deberán integrar, como se ha establecido en los Códigos penales mexicanos, sin embargo, aunque el tipo penal no lo señala, se afirma que deberían de estar integradas por un mínimo de dos personas, así mismo, que debe además existir una cierta organización y que el acuerdo mediante el cual se asociaron, sea perdurable y no temporal<sup>1291</sup>. Así la asociación es autónoma e independiente del delito

---

<sup>1288</sup> Artículo 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

- 1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
- 2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar.
- 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

<sup>1289</sup> Artículo 570 bis. 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:
  - a) esté formada por un elevado número de personas.
  - b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
  - c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueron contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

<sup>1290</sup> Artículo 570 ter. 1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

- a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.
- b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.
- c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) esté formado por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

<sup>1291</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* p. 752.

que se cometa a través de ella (esta última característica la comparte con el delito de asociación delictiva que tutelan en México).

El artículo 515 del CP, contempla varios apartados<sup>1292</sup>, respecto de los cuales solo el apartado 1, coincide con el delito de asociación delictuosa de los CP en México.

Con respecto a las figuras delictivas de los artículos 570 bis y 570 ter, MUÑOZ CONDE señala que las diferencias entre organizaciones y grupos criminales, son sutiles y difíciles de precisar. Pese a esta dificultad, hace la diferenciación tomando como base las descripciones de organizaciones y grupos criminales, contenidas en los artículos 570 bis segundo párrafo y 570 ter último párrafo, de la forma siguiente<sup>1293</sup>.

La organización criminal tiene las siguientes características:

1. Se trata de una «agrupación» (en la definición de grupo que da el artículo 570 ter, 1 se habla de «unión»).
2. Conformada por más de «dos personas» (en esto coincide con el grupo).
3. Posee las características de estabilidad y ser indefinida en cuanto al tiempo.
4. Existir un reparto de tareas o funciones de común acuerdo y coordinada.
5. Tener como finalidad cometer delitos (al igual que el grupo).

En base a las anteriores descripciones, se concluye que el concepto de organización se caracteriza de dos elementos: “su carácter estable o por tiempo indefinido, y por la concertación y coordinación de sus integrantes, los cuales se reparten tareas o funciones”<sup>1294</sup>.

De igual forma, una jurisprudencia española, cita lo siguiente:

...“siguiendo el concepto legal, señala que para la apreciación de la organización criminal es necesaria la concurrencia de los siguientes cuatro elementos: 1º Pluralidad subjetiva : Agrupación formada por más de dos personas; 2º Permanencia : con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º Estructura : que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4º Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos [así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas] (STS 719/2013, de 9 de octubre)...” así mismo, esta jurisprudencia que el “fundamento de su tipificación reside "por un lado, en la mayor peligrosidad que la organización o el grupo transfieren a los delitos cometidos en su seno; y, por el otro, en su mera existencia" (LLOBET ANGLI), al conllevar una mayor grado de riesgo para los bienes jurídicos individuales que la delincuencia común, al comportar la cobertura de la organización una mayor eficacia en la comisión de cada delito y la posibilidad de su reiteración en el futuro. El bien jurídico protegido, desde la tesis del adelantamiento se entiende que coincide con los bienes jurídicos amenazados por el programa criminal de la agrupación delictiva (RUDOLPHI) y desde la tesis del injusto autónomo se han considerado como tales: el orden público o seguridad, entendida como una situación que permite el desarrollo de las relaciones entre personas e instituciones (SAINZ-CANTERO CAPARROS) o como

---

<sup>1292</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE. *Ibid.* pp. 751-754. Para abundar más acerca de los apartados y sus contenidos, pues el mismo autor señala que en la asociación ilícita solo deben ser consideradas los apartados 1 y 2, ya que la prohibición de las otras asociaciones se puede cumplir con normas administrativas, sin necesidad de recurrir al Derecho penal.

<sup>1293</sup> *Ibid.* pp. 812, 813.

<sup>1294</sup> *Ibid.*

prevención de la comisión de delitos (FARALDO CABANA), habiéndose incluso entendido el mismo como un ataque al monopolio de la violencia por parte del Estado (CANCIO MELIÁ). Se trata de un delito de peligro abstracto (SANCHEZ GARCIA DE PAZ) que sitúa en un nivel superior, a los que promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaren o dirigieren la organización criminal, y en un nivel inferior, a los que participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma”<sup>1295</sup>.

Ahora bien, se ha señalado que mantener las tres figuras delictivas similares, asociación ilícita, organización y grupo criminal, carece de sentido<sup>1296</sup>, sobre todo porque la asociación ilícita y el grupo criminal comparten los mismos elementos, estar formados por más de dos personas, como mínimo tres, tener una cierta organización y sobre todo la finalidad de cometer delitos.

La creación de la organización y grupo criminal, según se afirma, nace de la crítica a la figura de la asociación ilícita, pues está última se considera bastante amplia y a la que solo debería recurrirse en los supuestos de asociación para cometer delitos graves<sup>1297</sup>.

Las tres figuras delictivas comentadas anteriormente del CP, y las contempladas por los CP en México (relativas a este delito), son delitos de peligro abstracto, ya que como lo hemos señalado, se tratan de tipos penales, donde el legislador no estableció que se requiriera lesión alguna, así mismo, tampoco es necesario la puesta en peligro concreto del bien jurídico, de forma abstracta se protege la vida y salud de las personas, a través de un bien jurídico colectivo como la seguridad pública. Aunado a que, la reacción penal

---

<sup>1295</sup> Sentencia núm. 427/2020 de 10 diciembre. Mediante la cual se tiene como hechos probados los siguientes. Primero: “Resulta probado y así se declara que en el día 11 de junio de 2013 cuando Edmundo (nacido el NUM006-1997), Ernesto (nacido el NUM007-1997 y Benjamín (nacido el NUM008-1995) salieron de la estación del Metro de " DIRECCION001", a la altura de la c/ DIRECCION002, fueron perseguidos por un grupo de personas con las que anteriormente habían tenido un incidente, logrando huir el primero y recibiendo Ernesto "una herida con arma blanca a la altura del flanco izquierdo abdominal, con orificio de entrada en la fosa infrarenal izquierda penetrante que le produjo un hematoma retroperitoneal izquierdo con sección del borde antimesentérico del colón descendente cercano al ángulo esplénico e intestino delgado a nivel 30 centímetros de Treitz con algún hematoma en el mesocolon sin signos de sangrado activo", por las que precisó de tratamiento médico-quirúrgico especializado: "ingreso hospitalario con medicación multisistémica y de soporte, intervención de urgencia, practicándose laparotomía supra infraumbilical. Hemostasia Limpieza. Liberación del parietocolon izquierdo, así como sutura primaria de doble capa con puntos sueltos, sutura continua y sutura con el mismo material en intestino delgado. Debiendo practicarse dos drenajes", tardando en curar setenta días improductivos, de los que trece fueron de ingreso hospitalario, quedándole como secuelas: "dos cicatrices de laparotomía media supra e infraumbilical de 20 centímetros y en fosa renal izquierda fruto de la herida propiamente dicha que ambas repercuten en la esfera estética en un grado moderado-importante", lesiones que, de haberse dejado sin tratar hubiesen provocado un shock séptico por la zona afectada o un shock hipovolémico causándole la muerte. Asimismo, Benjamín resultó agredido sufriendo lesiones consistentes en "contusión en región parietal derecha y en la espalda" que solo precisaron de una primera asistencia facultativa, tardando catorce días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas "molestias en región dorsal izquierda". No ha quedado acreditado que el procesado Obdulio le causara a Ernesto las lesiones anteriormente descritas, así como que los otros dos procesados Leoncio y Jacinto actuaran de común acuerdo con el anterior y le causarían también a Benjamín las lesiones reseñadas anteriormente". Audiencia Provincial. AP de Madrid (Sección 29ª) JUR\2021\98198. *Vid.* Capítulo III. Sobre los bienes jurídicos intermedios y los delitos de lesión-peligro. Donde resaltamos que existen delitos que, debido a la posición ocupada por ambos bienes, se tratan de delitos de lesión-peligro. Lesión para el bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados.

<sup>1296</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. cit.* p. 814.

<sup>1297</sup> *Ibid.*

es anterior a la lesión, porque el legislador determinó que para la consumación bastará con una amenaza todavía lejana. En estos delitos, el legislador se limita a describir una conducta o una acción peligrosa, porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de la conducta descrita.

#### 4.1. F. Provocación de un delito y Apología de este o de algún vicio.

El delito de provocación y apología de un delito, encuentra acomodo en diversas partes de los CP en México, algunos lo ubican en los delitos contra la seguridad pública, delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos, otros en los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, aquí abordaremos esas peculiaridades y como lo redactan los diversos CP que lo contemplan. Solo los Estados de Aguascalientes, Chihuahua, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Quintana Roo, Yucatán y la Ciudad de México, no lo contemplan.

Los CP de Baja California<sup>1298</sup>, Durango<sup>1299</sup>, Jalisco<sup>1300</sup>, Estado de México<sup>1301</sup>, Nayarit<sup>1302</sup>, Nuevo León<sup>1303</sup>, Puebla<sup>1304</sup>, San Luis Potosí<sup>1305</sup>, Sinaloa<sup>1306</sup>, Sonora<sup>1307</sup>,

---

<sup>1298</sup> Artículo 249.- Tipo y punibilidad. - Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de uno a tres años y hasta cincuenta días multa, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1299</sup> Artículo 288. Provocación de un delito y Apología de este o de algún vicio. Se impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis veces la Unidad de Medida y Actualización, al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare.

En caso contrario, se impondrá la pena que le corresponda como instigador del delito cometido.

<sup>1300</sup> Artículo 142. Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio. Se impondrán de uno a seis meses de prisión al que provoque públicamente a cometer algún delito o haga apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare; si se ejecuta se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1301</sup> Artículo 211 Bis. - Provocación de un delito y apología de este o de algún vicio. Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare, se le impondrán de tres a seis meses de prisión y de treinta a sesenta días multa. En caso contrario, se impondrá la pena que le corresponda como instigador del delito cometido.

Se excluye de este delito, al servidor público que en cumplimiento de su deber realice alguno de los actos de investigación reconocidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, siempre y cuando ejerza su función en términos de las disposiciones jurídicas aplicables.

<sup>1302</sup> Artículo 238.- Al que provoque públicamente a cometer algún delito o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de uno a cinco años y multa de diez a cincuenta días. Si el delito no se ejecutare en caso contrario, se aplicará al provocador la sanción anterior, sin perjuicio de la que corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1303</sup> Artículo 205.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o algún vicio, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cincuenta cuotas, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda como partícipe del delito cometido.

No se considerará como delito la provocación pública o privada de la comisión de uno o más delitos, si actúa en una averiguación previa o carpeta de investigación con la autorización escrita del titular de la procuraduría general de justicia o de quien éste designe mediante acuerdo por escrito.

<sup>1304</sup> Artículo 229.- El que públicamente provoque a cometer un delito o haga apología de éste, o de algún vicio, o de quienes lo cometan, será sancionado con prisión de quince días a seis meses y multa de tres a treinta días de salario, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se impondrá al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1305</sup> Artículo 188. Comete el delito de provocación de un delito y apología del mismo, o de algún vicio, quien provoca públicamente a otro a cometer un delito, o hace la apología de éste, o de algún vicio, si el delito no se ejecuta.

Este delito se sancionará con una pena de tres meses a un año de prisión y sanción pecuniaria de treinta a cien días del valor de la unidad de medida de actualización.

<sup>1306</sup> Artículo 254. Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres meses a dos años y de diez a cincuenta días multa, si el delito no se ejecutare.

<sup>1307</sup> Artículo 175. - Al que provoque públicamente a cometer un delito, haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará, si el delito no se ejecutare, de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad; en caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que corresponda por su participación en el delito cometido.

Tamaulipas<sup>1308</sup>, Tlaxcala<sup>1309</sup>, Zacatecas<sup>1310</sup> y el Código Penal Federal<sup>1311</sup> establecen que comete este delito, al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio. En los CP de Morelos<sup>1312</sup>, Oaxaca<sup>1313</sup>, Querétaro<sup>1314</sup> y Tabasco<sup>1315</sup>, siguen similar la descripción penal de este delito, salvo que no hacen referencia que se haga apología de algún vicio. En el CP de Veracruz<sup>1316</sup> la redacción del tipo penal es semejante, solo tiene una diferencia, en lugar de hablar de provocar, el tipo penal señala que *a quien públicamente incite*, solo cambia el verbo típico «provocar» por el de «incitar».

En Baja California Sur<sup>1317</sup>, el delito de Apología de un delito o de un vicio, habla de quien públicamente, en forma directa o indirectamente, incite a la comisión de un delito y a quien provoque o recomiende la comisión de conductas viciosas.

En Campeche<sup>1318</sup> su CP además de establecer una descripción semejante a la de BC, nos entrega una descripción de lo que se entenderá por provocación y apología. Se

---

<sup>1308</sup> Artículo 202.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le impondrá una sanción de tres días a un año de prisión y multa de uno a treinta veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se le impondrá al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1309</sup> Artículo 359. Se impondrá de tres a seis meses de prisión y multa de dieciocho a treinta y seis días de salario, al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare.

En caso contrario, se impondrá la pena que le corresponda como instigador del delito cometido.

<sup>1310</sup> Artículo 190.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de tres a seis meses de prisión y multa de cien a doscientas cuotas, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1311</sup> Artículo 208.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1312</sup> Artículo 246.- Al que públicamente provoque a otro a cometer un delito o haga apología de éste, se le impondrá desde un tercio de la mínima y hasta un tercio de la máxima aplicable al delito exaltado.

<sup>1313</sup> Artículo 165 Bis. - Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste, se le aplicará prisión de tres días a un año y multa de veinte a cien días de salario mínimo, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

<sup>1314</sup> Artículo 221.- Al que públicamente provoque a cometer un delito o haga la apología de éste, se le impondrá prisión de 3 meses a 1 año y de 10 a 30 días multa.

<sup>1315</sup> Artículo 230. Al que públicamente provoque a otro a cometer un delito, o haga apología de éste se le aplicará de cuatro meses a un año de semilibertad.

<sup>1316</sup> Artículo 268.-A quien públicamente incite a cometer un delito o haga apología de éste o de un vicio, se le impondrán de uno a tres años de prisión y multa hasta de cuarenta días de salario.

<sup>1317</sup> Artículo 176. Apología de un delito o de un vicio. A quien públicamente, en forma directa o indirecta, incite a la comisión de un delito, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión y multa hasta por cincuenta días.

Así mismo a quien en forma pública provoque o recomiende la realización de conductas viciosas, se le aplicará de diez a cincuenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad o, en su caso, multa de diez a cincuenta días.

<sup>1318</sup> Artículo 280.- Se impondrán de veinticuatro a ciento cuarenta y cuatro jornadas de trabajo a favor de la comunidad o multa de treinta a ciento cincuenta días de salario, al que públicamente provoque a otro a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se impondrá al provocador la sanción que corresponda por su participación en la comisión del delito.

Para los efectos de este Capítulo, se entiende por provocación cuando directamente se incita por cualquier medio que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la comisión de un delito. Se entiende por apología la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio que facilite la

entiende por provocación cuando directamente se incita a la comisión de un delito. Y entienden por apología la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

En Chiapas<sup>1319</sup> el delito se denomina incitación a la violencia, donde se prevé la misma descripción típica que los CP de Campeche y Baja California, la diferencia con estos CP, es que además prevé supuestos donde se incite al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las personas por motivos como: el origen étnico o nacional, la pertenencia a un determinado grupo, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición de vulnerabilidad, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, la tradición, la cultura, las opiniones, la orientación sexual, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.

El CP de Coahuila<sup>1320</sup> prevé este delito bajo la denominación Incitación a la comisión de un delito y prevé sanción penal a quien, en un lugar público, incite a otras personas a lesionar la integridad corporal de una o más personas determinadas, o a cometer uno o más delitos determinados cuyo término medio aritmético punible exceda de cinco años de prisión. Y agrega que, si la incitación es a cometer homicidio o violación, se triplicarán las penas de prisión. Es el único CP en México, que determina sobre que delitos debe realizarse la provocación, ya que los demás CP, solo lo establecen de forma general.

---

publicidad, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

<sup>1319</sup> Artículo 378 Bis. - Incitación a la violencia. A quien por cualquier medio de manera pública o privada incite a la violencia o a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le impondrá prisión de seis meses a tres años y multa de diez veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, si la violencia, el delito, la apología de éste o algún vicio no se ejecutare. En caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

Si el responsable de la conducta delictuosa, es o ha sido servidor público, la pena a la que se refiere el primer párrafo, se aumentará en una mitad más y se impondrá además en su caso, la destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación por el término de la sanción privativa de libertad impuesta para desempeñar otro.

Cuando el responsable incite directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las personas por motivos como: el origen étnico o nacional, la pertenencia a un determinado grupo, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición de vulnerabilidad, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, la tradición, la cultura, las opiniones, la orientación sexual, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, los antecedentes penales o cualquier otro motivo, las penas previstas se incrementarán hasta en dos terceras partes.

<sup>1320</sup> Artículo 337. Incitación a la comisión de un delito. Se impondrá prisión de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a trescientos días multa, o de tres meses a un año de libertad supervisada y de cincuenta a trescientos días multa, a quien, en un lugar público, incite a otras personas a lesionar la integridad corporal de una o más personas determinadas, o a cometer uno o más delitos determinados cuyo término medio aritmético punible exceda de cinco años de prisión.

Si la incitación es a cometer homicidio o violación, se triplicarán las penas de prisión y multa previstas en el párrafo precedente y no cabrán las penas alternativas de libertad supervisada y multa.

Si se comete cualquiera de los delitos a que se refiere este artículo, a quien incitó a cometerlo se le considerará como determinador.

De los Códigos penales mexicanos que contemplan este delito, lo ubican sistemáticamente en la parte especial, bajos distintos rubros, como lo son Delitos contra la moral pública<sup>1321</sup>, Delitos contra la seguridad pública<sup>1322</sup>, Delitos de peligro contra la seguridad colectiva<sup>1323</sup>, Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos<sup>1324</sup> y finalmente Delitos contra el desarrollo<sup>1325</sup> (algunos agregan pleno o libre) de la persona (o de la personalidad), también algunos CP agregan contra la dignidad humana o de las personas.

La autonomía del delito de provocación a un delito y la diferencia con respecto a las formas de participación<sup>1326</sup>, deviene de dos circunstancias fundamentales: la primera radica en que la provocación se haga «públicamente» y la segunda en que la incitación o provocación sea «general», es decir que no se haga con respecto a una persona determinada. Por otro lado, la provocación debe ser divulgada a través de cualquier medio o forma, tratando de adquirir trascendencia pública, es decir, llegar a un número indeterminado de personas y además dirigida a la realización de un delito o delitos determinados en su identidad, caracteres y circunstancias, pues como ya se mencionó, si se hace de forma individual a una persona, nos encontraríamos ante una de las formas de participación<sup>1327</sup>.

Este delito también prevé la conducta típica de la apología de un delito, que significa hacer elogios públicos de un delito determinado ya realizado, pues se considera que no resultaría lógico que se elogie algún delito en general. Como se mencionó la apología debe concretarse sobre un delito ya realizado, pues si se hiciera el elogio sobre un delito futuro, se trataría de una provocación y no de una apología<sup>1328</sup>.

---

<sup>1321</sup> Así lo catalogan los CP de Jalisco, Nayarit, Nuevo León y Tamaulipas.

<sup>1322</sup> En este supuesto se encuentran los CP de Oaxaca, Querétaro (Delitos contra la seguridad pública y la salud), Chiapas y Coahuila.

<sup>1323</sup> Aquí lo ubican los CP de Sinaloa, Morelos, Veracruz y Baja California.

<sup>1324</sup> Los CP de Tabasco y Campeche, ahí lo ubican sistemáticamente.

<sup>1325</sup> Aquí lo ubican los CP del Estado de México (contra el pleno desarrollo y la dignidad de la persona), Puebla (contra el libre desarrollo de la personalidad), San Luis Potosí (los invierten pues se encuentra en los delitos contra la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad), Sonora (contra el desarrollo y la dignidad de las personas), Tlaxcala (contra el libre desarrollo de la personalidad), Zacatecas (contra el desarrollo y la dignidad de las personas), Código Penal Federal (contra el libre desarrollo de la personalidad), Baja California Sur (igual que el CPF), Durango (Delitos que atentan contra el libre desarrollo de la personalidad derivada de la dignidad humana).

<sup>1326</sup> Con la forma de participación con la que se diferencia es con la inducción, la cual se define como “la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o imprudente”. El instigador hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica. Es decir, el instigador hace surgir en otra persona (autor o instigado) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el instigado. La inducción debe ser directa, es decir, debe haber una relación personal entre el instigador y el instigado, que puede establecerse de un modo anónimo o por persona intermedia, pero que siempre tiene como consecuencia que el inducido acepte la idea que se le propone y la haga suya. Como consecuencia de esta exigencia, en primer lugar, se habla de que la influencia en la psique del autor no ha de tener lugar por medios no psíquicos, en segundo lugar, la inducción debe determinar a realizar un delito concreto y a un ejecutor determinado, no bastando una mera provocación a delinquir en general o dirigida a un grupo indeterminado de personas. En esto último, es donde radica la diferencia con el delito de provocación de un delito. *Vid.* MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General. Op. Cit.* pp. 417-419.

<sup>1327</sup> *Vid.* JIMENEZ HUERTA. *Derecho penal mexicano. Op. cit.* p.201.

<sup>1328</sup> *Ibid.* pp. 201, 202.

También debemos hablar de la apología de un vicio, que la mayoría de los CP contemplan (a excepción de Morelos, Oaxaca, Querétaro y Tabasco), sin embargo, algunos consideran que es ocioso hacer comentarios al respecto, toda vez que es inadmisibles la amplitud de lo que se considera «vicios», pues no hay algún catálogo o lista de vicios<sup>1329</sup>, y lo que para algunos pudiera resultar un vicio, para otros no.

En cuanto a la sanción señalada, los Códigos penales en México que prevén esta figura delictiva, hacen la distinción, respecto si el delito al cual se está provocando no se ejecutare o si se llegara a ejecutar<sup>1330</sup>; en el caso de que se llegará a ejecutar, se deberá remitir a las formas de participación<sup>1331</sup>. Sin embargo, la misma sanción de la provocación es la misma para la apología, por otro lado, considero que lo importante es el influjo que buscan hacer en las personas, ya sea respecto de un delito o de un vicio.

Este delito nos muestra nuevamente hasta donde ha decidido el legislador extender la sanción penal, ya que bastará con que una persona se coloque en una plaza pública e invite o incite públicamente, a que se cometa un robo, el que le hagan caso o no, no importa; por otro lado, si se llega a cometer el delito se sancionará de acuerdo con la conducta desplegada.

De esta forma el delito que nos ocupa, podemos considerarlo como un delito de peligro, toda vez que el bien jurídico no se ha lesionado y está lejos de hacerse, ya que la sola invitación a cometer un delito, está lejos de lesionar con ello el bien jurídico, así mismo, tampoco el bien jurídico se pone en concreto peligro.

Es además un delito de peligro abstracto, al no expresar el tipo penal una exigencia a que se ponga en peligro un determinado bien jurídico, sino que deja abierto que se invite o inciten a lesionar cualquier bien jurídico, salvo algunas excepciones (como el CP de Coahuila). Es decir, no se expresa en este delito que bien jurídico en concreto debe ponerse en peligro. Así también lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar que este delito es “de peligro abstracto; no necesita de ningún resultado, al ser una infracción de pura actividad, consumándose con la sola acción de incitar, provocar o inducir a alguien a cometer un delito, más allá de que el sujeto instigado haya dado comienzo o no a la ejecución del injusto propuesto”<sup>1332</sup>.

---

<sup>1329</sup> *Ibíd.* p. 202.

<sup>1330</sup> Los CP de San Luis Potosí, Sinaloa, Morelos, Querétaro y Tabasco, no hacen esta excepción, así mismo, el CP de BCS es el único CP en México, que hace una distinción entre las sanciones para el delito de provocación y para el delito de apología.

<sup>1331</sup> En la mayoría de los CP en México, como el de Baja California, se señala que al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio, y éste se ejecutare, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido. Mientras que en otros CP como el de Durango, el Estado de México y Tlaxcala sus tipos penales, señalan que en la Provocación de un delito y Apología de este o de algún vicio, en caso de que el delito se ejecutare, se impondrá la pena que le corresponda como instigador del delito cometido.

<sup>1332</sup> Tesis Aislada “INSTIGACIÓN A COMETER DELITO. AL SER AUTÓNOMO, NO SE REQUIERE PARA SU ACTUALIZACIÓN, LA COMPROBACIÓN DE DIVERSO INJUSTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). El artículo 224 del Código Penal para el Estado de Tabasco, en la parte que interesa, establece: "Al que instigue a otro a cometer un delito". Dicho injusto sólo indica, como núcleo rector, la instigación, sin hacer referencia a la clase de delitos a ejecutarse o a su materialización o no; sin que sea óbice que la pena esté delimitada a la sanción del antisocial que haya sido motivo de la instigación; de manera que, para su configuración, no se requiere de la actualización de un diverso delito. Así, el tipo penal de instigación es de peligro abstracto; no necesita de ningún resultado, al ser una infracción de pura actividad, consumándose con la sola acción de incitar, provocar o inducir a alguien a cometer un delito,

Por otra parte, en el Código penal español, encontramos en el artículo 18<sup>1333</sup> lo relativo a la provocación y la apología del delito, sin embargo, está ubicado en la parte general del CP, en lo relativo al capítulo que trata sobre los delitos. En este artículo se habla de la provocación como forma de incitar a alguien a la realización de un delito, mientras que la apología será la manifestación de ideas que tengan por fin ensalzar el crimen o al autor de éste, señalando el CP que la apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Estas dos formas, señala el CP solo se sancionará como delitos cuando así expresamente lo contemple la norma penal, y encontramos en el CP algunos casos de provocación y apología, como delitos autónomos del que veremos un ejemplo.

El artículo 510<sup>1334</sup> del CP, contempla diversos supuestos, de los cuales solo resaltaremos tres, relativos a la provocación y a la apología, contenidos en los apartados 1.a), 1.c) y 2.b).

---

más allá de que el sujeto instigado haya dado comienzo o no a la ejecución del injusto propuesto; tampoco establece requisitos para el sujeto activo ni para el pasivo (sujetos indiferenciados), y su estructura hace que resulte únicamente compatible con una acción dolosa, ya que su autor no sólo debe tener la intención directa que su finalidad exige, sino también tener conciencia de la naturaleza del hecho a cuya comisión instiga; y, en ese sentido, al ser autónomo, admite la tentativa del delito instigado; además de que este tipo penal, al no establecer limitación alguna sobre los medios a utilizarse para su comisión, éstos pueden ser escritos, verbales o electrónicos y, en general, cualquier forma de exteriorización del instigador hacia el instigado”. Décima época. Núm. de Registro: 2005851. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II. (XI Región) 1o.1 P (10a.). <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1333</sup> Artículo 18.-1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

<sup>1334</sup> Artículo 510.- 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

El apartado 1.a) nos habla de quien públicamente fomente, promueva o incite cuestiones relativas al odio, discriminación o violencia, por razones de raza, creencias, origen, sexo, o salud. Sin embargo, este apartado no hace referencia a la incitación o provocación a cometer un delito, lo hace con respecto a cuestiones de discriminación.

MUÑOZ CONDE ha señalado que este precepto al incluir la incitación «indirecta», va más allá del concepto de apología del artículo 18.1, que resulta suficiente que contengan esa incitación indirecta o provoquen de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia<sup>1335</sup>.

El apartado 1.c) y 2.b), pareciera que nos hablan de apología, si entendemos está como el elogio o enaltecer la comisión de delitos o a las personas que los hayan cometido. El apartado 1.c) refiere que a quien enaltezca los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas, o enaltezcan a sus autores; por lo que estaremos ante similares características con el delito de apología que abordamos en párrafos superiores, solo que en el CP en el artículo 510.1c) si especifican que delitos son los que deben ser enaltecidos,

---

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

<sup>1335</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial. Op. cit.* p. 742.

para poder ser sancionados penalmente. En el apartado 2.b) también nos señalan que a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo por razones de su origen, creencias, sexo, salud, etc.

En una de sus sentencias la jurisprudencia española, nos dice que este delito del artículo 510.1, se trata de un delito de peligro abstracto, así lo entendemos al tomar algunas de las frases contenidas en la sentencia, núm. 702/2018 de 8 noviembre, que a la letra rezan:

“...tratándose de un delito de peligro abstracto dirigido a prevenir acciones o conductas que supongan una actitud o germen de potenciales actuaciones lesivas a los destinatarios de los mensajes discriminatorios, odiosos o violentos, atentando así a la igualdad y dignidad humana de las personas afectadas”.

De igual manera estableció:

“Respecto a los requisitos establecidos en el art. 510.1 CP , a diferencia de lo expuesto por las defensas en el plenario, no es un delito que requiera la causación de un delito concreto pues se trata de una "provocación" autónoma de la establecida en el art. 18 CP tal y como ha manifestado la mayoría de la doctrina penal , posición que queda respaldada con la reforma llevada a cabo en el año 2010 del citado artículo; se trata de una provocación "*sui generis*" que pretende "aprehender en la prohibición para incidir negativamente en las relaciones de pacífica convivencia entre grupos y colectivos con afección potencial de sus derechos fundamentales " (LANDA GOROSTIZA).” ..... “al tratarse de un delito de peligro, no se requiere ni puede materializarse en actos concretos contra los colectivos y personas cuya dignidad y derecho a igualdad se pretende proteger y que en caso de producirse desplazaría el tipo penal del art. 510.1 CP a favor del tipo penal correspondiente al resultado materializado”<sup>1336</sup>.

---

<sup>1336</sup> Al tratarse de una sentencia donde fueron varios los sentenciados, por hechos y cargos distintos, realizaremos extractos de lo más relevante. Hechos probados: Sobre el concierto de Sabadell. En fecha 27 de octubre de 2010 y en nombre del Movimiento contra la Intolerancia se presentó denuncia ante el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona en relación a un concierto a celebrarse el día 30 de octubre del mismo año y en el que estaba prevista la actuación de los grupos de música RAC/ OI, Batallón de Castigo y Más Que Palabras , estimando la denunciante que ello podría constituir un ilícito penal; por la citada Fiscalía se acordaron diligencias de investigación en la misma fecha y que fueron judicializadas el 20 de abril de 2011.

Así, el 30 de octubre de 2010 en la sala Kon-Fusion de Sabadell tuvo lugar el concierto en que actuaron en primer lugar y como teloneros el grupo Más Que Palabras mientras que en segundo lugar y como grupo principal, el grupo Batallón de Castigo.

Dicho concierto fue organizado por el acusado Alvaro, fundador y miembro permanente del grupo Batallón de Castigo, contactando con la sala y las personas que iban a realizar las funciones de venta de localidades. Para acceder a la sala, que lucía el cartel de "Reservado el derecho de Admisión" bastaba con adquirir la entrada cuyo precio era de 15 euros, llegando a entrar en la sala de fiestas para asistir al concierto, unas 200 personas, formando parte del público personas que vestían estética skinhead, exhibiendo simbología propia del régimen nacional socialista como esvásticas y cruces gamadas, algunas de ellas con antecedentes policiales por agresiones a causa de motivación ideológica.

El grupo MAS QUE PALABRAS interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos.

Seguidamente, BATALLON DE CASTIGO, interpretó varias canciones con trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la xenofobia y antisemitismo que

---

dichas canciones implican, provocando y propagando dichos sentimientos entre los asistentes a los conciertos.

Sobre las entidades DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO SL y SOPORTES SONOROS SL. DISTRIBUCIONES SERIGRAFICAS DSO, SL era una entidad en la que aparecía como administradores únicos los acusados Jose Miguel y Baldomero y en la que figuraban como trabajadores los también acusados Juan Miguel y Petra, siendo propietaria de la página web, [www.dso.com](http://www.dso.com); dicha entidad tenía su sede social en la tienda o establecimiento abierto al público sita en la calle Mayor nº 4, piso 2 de Madrid, lugar en que trabajaba realizando únicamente tareas de empaquetado y la de acudir a los apartados de correos la acusada Petra; igualmente, no consta que el acusado Baldomero tomara decisión alguna sobre la dirección y actividad de la empresa, limitándose su actuación en aportar capital en su constitución y acudir a la sede social con periodicidad trimestral a recoger los dividendos que le correspondían.

SOPORTES SONOROS era una entidad cuyo administrador único era el acusado Juan Miguel, teniendo su sede social en la CALLE005 nº NUM023 de Madrid que a su vez era el domicilio donde residía el matrimonio formado por los acusados Juan Miguel y Petra. Dicha entidad era titular de las páginas web [www.falangista.com](http://www.falangista.com), [www.44x2.com](http://www.44x2.com) y [www.bicefala.com](http://www.bicefala.com), así como propietaria de los sellos discográficos de grupos de música RAC/OI " RATA-TA-TA" y el " Guevo de la Selpiente"

Estas dos entidades, si bien formalmente eran independientes, lo cierto es que obraban de forma indistinta como si fuera una única empresa, dirigida por los acusados Jose Miguel y Juan Miguel que tomaban las decisiones sobre su actividad y gestión y que se realizaba de forma ordinaria en la sede social o tienda de la calle Mayor y, de forma esporádica u ocasional en la sede de social y domicilio del acusado Juan Miguel sito en la CALLE005.

Dichas entidades tenían por objeto la edición y distribución del material discográfico del grupo BATALLON DE CASTIGO así como otros grupos musicales del mismo tipo de música RAC y OI. Igualmente se dedicaban a la venta de todo tipo de merchandising tales como camisetas, polos, sudaderas, parches, banderas, insignias, posters, bolsos, llaveros, pulseras, cateras, pins.....de contenido racista, xenófobo, antisemita y homófobo así como reproducción de simbología propia del régimen del III Reich de Alemania y de sus líderes, entre ellos Adolf Hitler. Se trata de materiales que tienen el mismo trasfondo común referidas a la supremacía de la raza blanca y consiguiente discriminación de personas que no pertenecen a dicha raza con la finalidad de extender el odio y la violencia como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo, provocando y propagando dichos sentimientos a los adquirentes de los mismos. Dicha adquisición se realizaba a través de la venta física de objetos en el establecimiento abierto al público en la calle Mayor 4, piso 2 de Madrid o bien a través de la venta a través de tres páginas web : [www.falangista.com](http://www.falangista.com), [www.44x2.com](http://www.44x2.com), y [www.bicefala.com](http://www.bicefala.com) y [www.dso.com](http://www.dso.com) logrando así una distribución masiva e indiscriminada de todo este tipo de material así como importantes ganancias para sus responsables; concretamente, entre los años 2007 y 2011 se han acreditado ventas que sumaron un total de 2.496.024, euros, entre la venta realizada en la tienda sita en la calle Mayor ( 494.191 euros), por correo postal ( 1.024.459 euros), venta realizada al extranjero (647.408 euros), venta realizada a través de tarjeta VISA (306.666 euros) y venta realizada al por mayor (23.300 euros)

Las citadas páginas ofrecían a sus usuarios y como método de pago para la venta de sus productos tanto a través de tarjeta de crédito, mediante la entidad Western Unión así como contra reembolso.

Las páginas web [bicefala.com](http://bicefala.com), [44x2.com](http://44x2.com) y [falangista.com](http://falangista.com) compartían con empresas SOPORTES SONOROS SL la misma dirección postal para el cobro de los envíos contra reembolso, gestionando las operaciones de venta a través de dos apartados de correos de Madrid, el 51107 y el 14259, figurando el primero a nombre de SOPORTES SONOROS y el segundo a nombre del sello discográfico RATA TA TA. Dichas páginas ofertaban los productos antedichos en forma de catálogo.

Entre los concretos productos y bienes que ofrecían estas páginas figuraban camisetas con los siguientes eslóganes : panchito invaders; los maricas no van a la guerra; marica que va, marica que muere; atención no eres panchito, habla correctamente; igualmente se ofertaba distintas insignias, banderas, chapitas, pegatinas y anillos propios del imaginario nacional socialista en los que aparecía la bandera esvástica; de la SS; de las 14 palabras ( referente a la creación de David Lane, miembro del Ku Kuk Klan : "debemos asegurar la existencia de nuestra raza y un futuro para nuestros niños blancos); del nº 88 ( referencia al número 8 que por orden de alfabeto se corresponde a la letra H y que los grupos neonazis utilizan a modo de saludo nazi y que al utilizarlo por dos veces se refiere a HH, esto es, Heil Hitler); banderas de la juventud hitleriana, de la Waffen SS, de la de guerra III Reich, del partido nacional socialista; chapitas bandera hitleriana, de antipanchitos, de rojos no, gracias; pegatinas de Ein Volk ein Reich y ein furher, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción : con Hitler, él tenía razón, pegatina en la que aparece Hitler con la inscripción Hitler es la victoria; pegatina en la que aparece la inscripción : rojos sí, pero fritos.

En la página [www.bicefala.com](http://www.bicefala.com) aparecía como imagen central, una vez se accedía a la misma, una águila bicéfala sobre la Cruz de Borgoña, iconos que se utilizan por los grupos de ultraderecha y skinheads

Concuero con lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, este delito tiene una naturaleza jurídica de peligro abstracto, que como lo señala la jurisprudencia referida *supra líneas*, lo que se busca es prevenir conductas que sean potencialmente lesivas, ya sea a los destinatarios de los mensajes discriminatorios (en los delitos de odio), o bien, para la comisión de otros delitos (como actos preparatorios punibles).

Por otro lado, cabe señalar que, si bien la jurisprudencia citada y mi opinión va encaminada a que se trata de un delito de peligro abstracto, también existe la posibilidad de que pudiera interpretarse de forma distinta al entendimiento de una forma de preparación delictiva. Pues pudiera entenderse como un auténtico delito de lesión respecto del bien jurídico dignidad humana, u otros relacionados con ella, sin embargo, para el estudio de este trabajo, los seguiremos considerando como delitos de peligro abstracto, con base a los argumentos anteriormente vertidos y a las jurisprudencias citadas.

Cabe señalar otro ejemplo del delito de apología del delito, que contempla el CP en su artículo 578<sup>1337</sup>, enfocándonos en el apartado 1 que señala: *El enaltecimiento o la*

---

neonazis. A través de esta página los usuarios podían ser redireccionados a la página [www.44x2.com](http://www.44x2.com) y en la que también aparece la imagen del águila bicéfala sobre la cruz de borgoña. En el margen inferior derecho de la página central de [44x2.com](http://44x2.com) existía un contador con el número de peticiones que hacían los usuarios de los distintos productos que se ofrecían en venta y que desde el 24 de septiembre de 2004 aparecían hasta 27.982.908 peticiones.

AP de Barcelona (Sección 7ª) Sentencia núm.. 702/2018 de 8 noviembre. JUR\2020\94576. Fuente: Thomson Reuters Aranzadi Instituciones.

<sup>1337</sup> 1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.

b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

5. Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

*justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 ( relativos a las organizaciones y grupos terroristas) o de quienes hayan participado en su ejecución,* esta primera parte del artículo 578, podemos observar que bastara con enaltecer o justificar algún delito de terrorismo comprendidos en los artículos 573 al 577 del CP, para cometer el delito, por lo que al no exigirse lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en concreto, estaremos ante un delito de peligro abstracto. La creación de estos delitos deviene de los antecedentes históricos de España, donde se han dado varios actos de terrorismo en las últimas décadas, es por ello, que ponen especial énfasis en sancionar actos de mera exaltación o justificación de hechos o actos de terrorismo. En cierto sentido, ese adelanto de la barrera punitiva del Derecho penal obedece, a la consideración del legislador, de que existe un contenido de peligro (al menos abstracto), en los tipos penales de apología del delito, donde el enaltecimiento del terrorismo o su justificación, pudiera alentar la comisión de esas conductas o encontrar más adeptos para esos grupos terroristas.

Por otro lado, el primer apartado del artículo 578.1, también señala que serán sancionados la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares; en este caso, ya no podemos señalar que se trata de delitos de peligro abstracto, toda vez que deberán existir actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación, por tanto se tratan de delitos donde ya existirá una lesión del bien jurídico de dignidad humana, de aquellas víctimas de los delitos de terrorismo o de sus familiares.

Para finalizar con estos delitos y siguiendo el sentido expresado en el párrafo previo a anterior, señalaremos que, como hemos referido en otros análisis de los delitos aquí abordados, como delitos de peligro abstracto, no se requiere materializarse en actos concretos, ni comprobarse *ex post* que el comportamiento ha sido peligroso, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico, bastando la constatación *ex ante*, para considerar que la conducta es peligrosa.

#### *4.1.2 Otros Delitos de peligro abstracto.*

En este apartado expondremos más delitos de peligro abstracto, los cuales decidí agruparlos, primero porque se encuentran en varios CP de los Estados, así mismo, porque encontré que en varios supuestos contenidos en los delitos que abordare enseguida, se puede observar que no solo la lesión, sino también la puesta en peligro del bien jurídico es demasiado lejana. Para su exposición, están agrupados por el bien jurídico puesto en peligro, o bien, por su ubicación en sus CP. legislativa

Respecto de los cuales mencionaremos el delito en particular y haremos algunos comentarios, así mismo, nos referiremos a los Estados de la República Mexicana que contemplan estos delitos.

Por otro lado, queremos comentar que son demasiados los delitos que consideramos de peligro abstracto, encontrados en los 33 Códigos Penales que están vigentes en México, pero por la extensión de este trabajo, resulta imposible abordarlos todos, por lo que realizamos una selección, de aquellos que se encontraban en varios Códigos Penales, mismos que comentaremos en este tema.

#### 4.1.2. A. Delitos contra el consumo.

Los delitos contra el consumo, que así denominamos a fin de agruparlos, reciben diversa denominación en los Códigos penales que los contemplan.

Los Códigos penales de Baja California, Durango, Hidalgo, Estado de México, Oaxaca, San Luis Potosí, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas, contemplan figuras delictivas que coinciden en su redacción, relativos a sancionar conductas como alterar o adulterar la calidad de productos, acaparar o monopolizar productos de consumo básico, entre otras, por lo que los agrupamos bajo el concepto de Delitos contra el consumo, los cuales comentaremos enseguida.

En el Estado de Baja California<sup>1338</sup>, su Código penal tipifica el Delito contra el consumo y la riqueza, en el artículo 250, mediante el cual se sanciona a los comerciantes o industriales que por cualquier medio alteren las mercancías o productos o reduzcan las propiedades que deberían tener. Así mismo se sancionará a los comerciantes o industriales que aprovechándose de una situación de emergencia o desastre provocados por factores geológicos, hidrometeorológicos, químicos, sanitarios y socio-organizativos alteren para su beneficio personal de manera dolosa y sin justificación el precio de las mercancías o productos tales como alimentos, agua y medicamentos.

El primer supuesto manejado por el artículo 250 del CP de Baja California, al sancionar a comerciantes o industriales que alteren productos o mercancías, sancionan una conducta que aún no lesiona ningún bien jurídico, sin embargo, podríamos afirmar que pone en peligro bienes jurídicos como la salud o la vida, pensando que esa alteración al producto pudiera causar una situación de peligro a la salud, que si bien no se tiene certeza de ello, el legislador se adelanta antes de que se produzca un daño, finalmente lo que busca es que a través de este delito se proteja al consumidor.

Por lo que hace al segundo supuesto contemplado en el mismo artículo 250, debo decir, que desde mi punto de vista se trata de un delito de peligro-lesión<sup>1339</sup> ya que, al subir el precio de las mercancías u otros productos, ante situaciones de emergencia o desastres, efectivamente se está lesionando a los consumidores, quienes ante esas situaciones muchas veces carece de medios para subsistir o se ven en graves penurias, y se pone en peligro a la economía estatal, como bien jurídico supraindividual.

---

<sup>1338</sup> Artículo 250.- Tipo y punibilidad. - Se sancionará con prisión de seis meses hasta 9 años y de doscientos a quinientos días multa, a los comerciantes o industriales que por cualquier medio alteren las mercancías o productos o reduzcan las propiedades que deberían tener. Si a consecuencia de la alteración resultaren cometidos lesiones u homicidio, se aplicarán, además las penas que por estos delitos correspondan.

Así mismo se sancionará con prisión de seis meses hasta 9 años y de doscientos a quinientos días multa, a los comerciantes o industriales que aprovechándose de una situación de emergencia o desastre provocados por factores geológicos, hidrometeorológicos, químicos, sanitarios y socio-organizativos alteren para su beneficio personal de manera dolosa y sin justificación el precio de las mercancías o productos tales como alimentos, agua y medicamentos.

El Juez de Control o Tribunal de Enjuiciamiento podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las demás circunstancias mencionadas en el artículo 19 de este Código.

<sup>1339</sup> Vid. Tema 3.4.2 del Capítulo 3 de este trabajo, sobre los delitos de peligro-lesión.

En el Código penal de Durango<sup>1340</sup> encontramos varios tipos penales en los delitos contra el consumo, de los cuales solo nos referiremos a los artículos 263 y 265, al considerar que reúnen las características de un delito de peligro abstracto.

El artículo 263 establece una sanción penal para los comerciantes o industriales que, por cualquier medio, alteren en su cantidad o calidad las mercancías o productos de venta al público o les atribuyan cualidades que no tengan. Este primer artículo contempla conductas que por un lado podrían poner en peligro la salud, como, por ejemplo, alterar la calidad de productos, sin embargo, también pondrían en peligro otros bienes como la economía, un bien jurídico supraindividual, ya que cuando establece el tipo penal, que se alteren en la cantidad o se le atribuyan cualidades que no tiene un producto, se está engañando al consumidor y finalmente se está perjudicando su economía.

Por otro lado, el artículo 265 prevé dos supuestos, los cuales, desde mi opinión, contemplan conductas que ponen en peligro a dos bienes jurídicos supraindividuales, el de la economía, pero también el de la salud pública. Cuando menciona que al elaborar o comerciar productos que puedan causar un daño a la salud, es más que claro que se trata de un delito de peligro, en este caso será un delito de peligro hipotético, en cuanto que señala que se pueda causar un daño a la salud, no se debe comprobar que efectivamente se ponga en peligro la salud (como en un delito de peligro concreto), basta con que se pueda causar un daño, dicha posibilidad comprendida en todos los delitos de peligro abstracto.

Por otro lado, afirmo que también pudiera generarse un peligro abstracto para la economía estatal, por ejemplo, cuando se comercie con una medicina que carezca de las propiedades curativas que dice tener, pone en peligro el bien jurídico supraindividual de la economía, en tanto que el engaño por el producto apócrifo, finalmente se ve reflejado en una merma a la economía.

También se tratará de un delito de peligro abstracto, la II fracción del artículo 265, pues cuando se venda o compre productos que son nocivos para la salud, los cuales hayan sido mandados destruir, el legislador busca que esos productos no lleguen a la población y puedan causar un daño, por eso prevén adelantarse y sancionar conductas que aún no ponen a disposición de los consumidores dichos productos o mercancías.

Como delitos contra el comercio, la industria, la agricultura y la estabilidad económica, se encuentran contemplados diversos artículos en el Código penal del Estado

---

<sup>1340</sup> Artículo 263. Se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y multa de dieciocho a trescientas sesenta veces la Unidad de Medida y Actualización, a los comerciantes o industriales que, por cualquier medio, alteren en su cantidad o calidad las mercancías o productos de venta al público o les atribuyan cualidades que no tengan.

Artículo 265. Se impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa de dieciocho a doscientas dieciséis veces la Unidad de Medida y Actualización:

I. Al que elabore o comercie con comestibles, bebidas o medicinas de tal modo que puedan causar daños a la salud, porque los productos estén alterados, adulterados, contaminados o falsificados o que tratándose de medicinas carezcan de las propiedades curativas que se les atribuyen; y,

II. Al que oculte, sustraiga, venda o compre efectos que la autoridad competente haya mandado destruir por ser nocivos a la salud.

Se impondrá la misma pena de prisión a que se refiere el artículo, a la utilidad de ganancias sin moderación obtenida de las ventas de mercancías de canasta básica de las familias del Estado de Durango.

de Hidalgo<sup>1341</sup>, de los cuales solo nos referiremos al artículo 343, por considerar que contiene supuestos que podemos catalogar con naturaleza de delitos de peligro abstracto. Este artículo 343, prevé los mismos supuestos del artículo 265 del Código penal de Durango, mismo que acabamos de abordar y comentar.

En el Estado de México<sup>1342</sup>, su Código Penal contempla dos artículos relativos a los Delitos contra el consumo, el 199 y 201. El artículo 199 sanciona a los comerciantes o industriales que, por cualquier medio, alteren en su cantidad o calidad las mercancías o productos de venta al público o les atribuyan cualidades que no tengan. En el artículo 201, es igual en la redacción al artículo 265 del Código penal de Durango, por ello no lo enunciaremos nuevamente.

Como delitos contra el comercio y la industria, el Código Penal de Oaxaca<sup>1343</sup> contempla en el artículo 240 varios supuestos, de los cuales solamente enunciaremos las fracciones I y IV, que contemplan un delito de peligro abstracto.

La primera de las fracciones de este artículo 240, contempla al mismo tiempo peligro para diversos bienes jurídicos, será por tanto un delito pluriofensivo; ya que considero que al acaparar o monopolizar u ocultar artículos de consumo, con la finalidad de provocar un alza en los precios, se dificulta la obtención de dichos productos para la

---

<sup>1341</sup> Artículo 343.- Independientemente de las penas que resulten por la comisión de otros delitos, se impondrán de tres meses a tres años de prisión y de 20 a 50 días multa:

I.- Al que elabore comestibles, bebidas o medicinas, de tal modo que puedan causar daños a la salud, o comercie con ellos;

II.- Al que falsifique o adultere comestibles, bebidas o medicinas, de tal modo que puedan causar daños a la salud o que, tratándose de las últimas, carezcan de las propiedades curativas que se le atribuyen; o

III.- Al que oculte, sustraiga, venda o compre efectos que la autoridad competente haya mandado destruir por ser nocivos a la salud.

<sup>1342</sup> Artículo 199.- A los comerciantes o industriales que, por cualquier medio, alteren en su cantidad o calidad las mercancías o productos de venta al público o les atribuyan cualidades que no tengan, se les impondrán de tres meses a cinco años de prisión y de cien a mil días multa.

Artículo 201.- También comete este delito, quien:

I. Elabore comestibles, bebidas o medicinas de tal modo que puedan causar daños a la salud, o comercie con ellos;

II. Falsifique o adultere comestibles, bebidas o medicinas, de tal modo que puedan causar daños a la salud o que, tratándose de las últimas, carezcan de las propiedades curativas que les atribuyan; y

III. Oculte, sustraiga, venda o compre efectos que la autoridad competente haya mandado destruir por ser nocivos a la salud.

Al responsable de este delito se le impondrán de tres meses a tres años de prisión y de treinta a cien días multa.

<sup>1343</sup> Artículo 240.- Se aplicarán de uno a diez años de prisión y multa de mil a cincuenta mil pesos, además del decomiso de los artículos objeto de la infracción:

I.- A quien o quienes acaparen, monopolicen, oculten o retiren del comercio artículos de primera necesidad o de consumo necesario o con el objeto de provocar el alza de precios;

II.- A quienes celebren acuerdos o combinaciones con productores, industriales, comerciantes o empresarios, para evitar la competencia en el mercado libre, obligando a los consumidores a pagar precios exagerados;

III.- Al que ejecute actos contrarios a la libre concurrencia en la industria o el comercio;

IV.- A quienes por cualquier medio alteren las mercancías o productos o reduzcan las propiedades que debieran tener. Si a consecuencia de la alteración o reducción resultaren daños, lesiones u homicidio, se aplicarán, además, las sanciones que por esos delitos correspondan.

Lo mandado en este Artículo se observará sin perjuicio de las medidas y sanciones que pueda tomar o imponer la autoridad administrativa con base en leyes especiales.

población, causando un perjuicio a la economía, ya que, al alzar el precio de un producto, es en detrimento de la economía de los consumidores, pero finalmente solo se pondrá en peligro ese bien jurídico que se protege con este delito, la economía estatal. Pero, por otro lado, cuando se retiran artículos o productos de primera necesidad, se pone en peligro la vida de las personas, ya que, al retirar los productos necesarios para su alimentación, al no tenerlos, lo que se pone en peligro es la subsistencia de la población.

Por lo que hace a la fracción IV, comparte la redacción de algunos artículos que ya hemos referido anteriormente, por ello retomaremos los comentarios vertidos, en el sentido de que con alterar un producto o reducir sus propiedades, pudiera causarse un daño a la salud, por ello se configura un delito de peligro abstracto, en cuanto a que el legislador adelanta la barrera de protección del Derecho penal, para sancionar a los que con la alteración de un producto o mercancía, o reduzcan sus propiedades, pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

El Código Penal de San Luis Potosí<sup>1344</sup>, contempla dos artículos relativos a los delitos contra el consumo, el 344 y el 345. El artículo 344 prevé cuatro fracciones, de las que solo comentaremos la fracción I, por considerar que su naturaleza jurídica es un delito de peligro abstracto. Esta fracción contempla supuestos que ya hemos comentado en párrafos anteriores, pues con la venta de productos alterados se pone en peligro la vida y la salud de las personas. Las demás fracciones contempladas en ese artículo, las consideramos como delitos de lesión a la economía de las personas.

El artículo 345<sup>1345</sup> viene a sancionar conductas relacionadas con la venta, distribución o suministro de bebidas alcohólicas adulteradas, por ser claramente conductas que ponen en peligro la vida o la salud de las personas<sup>1346</sup>. De igual manera sanciona el comercializar bebidas alcohólicas con un grado mayor a 55% de alcohol etílico en volumen. Ya que esa situación también pondría en peligro la salud de las personas.

---

<sup>1344</sup> Artículo 344. Comete el delito contra el consumo, quien:

- I. Altera por cualquier medio, en su cantidad o calidad cualquier mercancía o producto de venta al público;
- II. Produzca, distribuya, o venda cualquier mercancía o producto atribuyéndole cualidades que no tiene;
- III. Oculta mercancía de la misma especie de la que exhibe, con el objeto de que se consuma la de menor calidad o de mayor precio, y
- IV. Revenda boletos de acceso a cualquier tipo de espectáculo o evento a precio superior al de la venta al público.

Este delito se sancionará con una pena de uno a tres años de prisión, y multa de cien a trescientos días del valor de la unidad de medida y actualización, y se perseguirá por querrela necesaria; excepto lo señalado en la fracción IV que se perseguirá de oficio.

<sup>1345</sup> Artículo 345. También comete el delito contra el consumo quien venda, distribuya o suministre bebidas alcohólicas adulteradas, entendiéndose por éstas aquéllas cuya naturaleza o composición no correspondan con las que se etiquete, anuncie, expendan, suministre, o cuando no coincidan las especificaciones de su autorización o hayan sufrido tratamiento que disimule su alteración, o encubra defectos en su proceso o en la calidad sanitaria de las materias primas utilizadas. De igual manera comete el delito a que se refiere este artículo, quien comercialice bebidas alcohólicas que contengan una proporción mayor al 55% de alcohol etílico en volumen.

<sup>1346</sup> Dicho delito se encuentra contemplado en algunos CP de México, por los eventos que han sucedido en la actualidad, pero basta poner un ejemplo ocurrido en Mayo de 2020, en Jalisco, donde fallecieron 43 personas por intoxicación de bebidas alcohólicas adulteras. [www.excelsior.com.mx/nacional/van-43-muertos-por-beber-alcohol-adulterado-en-jalisco/1382819](http://www.excelsior.com.mx/nacional/van-43-muertos-por-beber-alcohol-adulterado-en-jalisco/1382819)

En el Estado de Tlaxcala<sup>1347</sup> también encontramos este delito en los artículos 406 y 409 de su Código Penal, mismos que contienen supuestos que hemos observado en otros Códigos Penales. De igual redacción a los artículos 199 y 201 del CP del Estado de México, por lo que no volveremos a enunciarlos.

En el Código penal de Yucatán<sup>1348</sup> encontramos varios artículos que encuadramos dentro del apartado que estamos abordando, el primero de ellos en el artículo 196 relativo al Delito en materia de comestibles y bebidas y, en segundo lugar, el artículo 404 relativo al Delito contra la economía pública estatal, mismos que analizaremos enseguida.

El artículo 196 contempla varios supuestos en sus tres fracciones, mismos que coinciden en contener conductas que ponen en peligro la salud de las personas, por ejemplo, el destinar para consumo humano carne de un animal enfermo, claramente se pone en peligro la salud de las personas; al igual que si se adultera productos o bebidas, con esos productos se pudiera causar un daño a la salud, por ello se sancionan conductas sin esperar que haya una efectiva lesión, basta con que se ponga en peligro el bien jurídico protegido.

---

<sup>1347</sup> Artículo 406. Se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y multa de dieciocho a trescientos sesenta días de salario, a los comerciantes o industriales que, por cualquier medio, alteren en su cantidad o calidad las mercancías o productos de venta al público o les atribuyan cualidades que no tengan.

Artículo 409. Se impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa de dieciocho a doscientos dieciséis días de salario:

I. Al que elabore o comercie con comestibles, bebidas o medicinas de tal modo que puedan causar daños a la salud, porque los productos estén alterados, adulterados, contaminados o falsificados o que tratándose de medicinas carezcan de las propiedades curativas que se les atribuyen, y

II. Al que oculte, sustraiga, venda o compre efectos que la autoridad competente haya mandado destruir por ser nocivos a la salud.

<sup>1348</sup> Artículo 196.- Se impondrá prisión de tres días a tres años y de dos a cuarenta días-multa a quien:

I.- Transporte, entregue o transfiera a persona alguna por cualquier concepto o destine para comestibles o conserve, la carne de animal enfermo o que hubiere padecido algunas de las enfermedades a que se refiera la ley aplicable;

II.- Adultere o altere comestibles o bebidas, en términos de la ley aplicable, y

III.- Venda o distribuya alimentos o bebidas, a sabiendas de que está afectada su identidad, pureza, conservación, preparación o dosificación.

Artículo 404.- Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo Estatal y se sancionará con prisión de tres a diez años y de cincuenta a doscientos días-multa, a quien:

I.- Con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como las materias primas esenciales para la actividad de la industria Estatal, incurra en:

a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores, con el pretexto de avecinarse algún siniestro o calamidad pública, típica del Estado.

b) La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías de primera necesidad en injusto precio;

c) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta, o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores, y

d) Envasar o empacar las mercancías destinadas para la venta, en cantidad inferior a la indicada como contenido neto y fuera de la respectiva tolerancia o sin indicar en los envases o empaques el precio máximo oficial de venta al público cuando se tenga la obligación de hacerlo;

II.- Entregue dolosa y repetidamente cuando la medición se haga en el momento de la transacción, mercancías en cantidades menores a las convenidas, y

III.- Altere o reduzca por cualquier medio las propiedades que las mercancías o productos debieran tener.

En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores, el juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la persona moral de la que el imputado sea miembro o representante si concurren en las circunstancias señaladas en las fracciones anteriores.

Por otra parte, del Artículo 404, solo comentaremos la fracción III, pues dicha fracción contempla un delito de peligro abstracto. Esta fracción coincide con algunos supuestos manejados por otros Códigos penales que hemos comentado anteriormente, donde al alterar o reducir las propiedades de crea un doble supuesto: un peligro al bien jurídico supraindividual de la economía, al consumidor verse engañado al comprar un producto que no contiene las características o propiedades que dice tener, porque dolosamente ha sido alterado o reducido. Pero al mismo tiempo, se produce un peligro para la salud de las personas, ya que, con dicha alteración o reducción al producto, pudiera causarse un daño a la salud, por ello no se espera el legislador a que el producto cause una lesión, no lo exige el tipo penal así, basta con que se ponga en peligro el bien jurídico, aunque expresamente no lo señale dicho artículo, por ello, estamos ante peligro abstracto.

En el Código penal de Zacatecas<sup>1349</sup> encontramos dos apartados relativos a los delitos contra el consumo, similar a lo que establecimos en el Código penal de Yucatán. Denominado el primero “De la falsificación, adulteración de productos alimenticios o medicinales”. El segundo artículo, prevé el “Delito contra el comercio y la industria” contemplado en el Artículo 352<sup>1350</sup>, sin embargo, este delito considero no es un delito de peligro abstracto, toda vez que el tipo penal exige resultados de lesión al bien jurídico, por lo que solo comentaremos el artículo 176.

El artículo 176 del CP de Zacatecas, contempla cuatro fracciones, las mismas que considero, contienen cada una supuestos de un peligro abstracto. La primera de las fracciones es similar a otros supuestos que hemos abordado en este apartado, donde, por ejemplo, la adulteración de un producto pueda causar un daño a la salud, con dicha conducta se pone en peligro la salud de las personas. La segunda fracción nos recuerda al delito de Suministro o sustitución de medicamentos<sup>1351</sup>, ya que sanciona sustituir una

---

<sup>1349</sup> Artículo 176.- Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y multa de diez a cien cuotas:

- I. Al que elabore, comercie, falsifique o adultere sustancias, productos químicos, comestibles, bebidas o medicamentos que puedan causar estragos a la salud o disminuyan su poder alimenticio o curativo;
- II. A los que al despachar una fórmula médica alteren ésta o sustituyan una medicina por otra en cuanto afecte a la identidad, grado de pureza o buen estado de las sustancias que se expendan o varíen la dosis prescrita;
- III. Al que oculte, sustraiga, venda o compre alimentos, bebidas o sustancias mandados destruir como nocivos, por la autoridad competente;
- IV. Al que envenene o infeccione comestibles, bebidas, cosas para venderlas al público o usare sustancias venenosas o nocivas para teñir, colorear, pintar, envolver o envasar los citados artículos, así como al que envenene o infeccione las aguas de un manantial, de un estanque, fuente o cualquier otro depósito de agua, destinada a ingerirla, sean públicos o privados.

Cuando en la comisión de los actos delictivos tipificados en las fracciones anteriores, los productos hayan sido elaborados para el consumo de la población infantil, o por su naturaleza o características tengan demanda preferente de niños menores de doce años, según la gravedad del caso a criterio del juez, se podrán aumentar las penas de uno a dos años de prisión y multa de quince a ciento cincuenta cuotas.

<sup>1350</sup> Artículo 352.- Se aplicarán de uno a ocho años de prisión y multa de veinte a ochenta cuotas:

- I. Al que destruya indebidamente materias primas, productos agropecuarios o industriales o medios de producción, en perjuicio de la riqueza o del consumo del Estado;
- II. Al que ocasione la propagación de una enfermedad en las plantas o en los animales con peligro de la economía rural o de la riqueza zoológica del Estado;
- III. Al que publique noticias falsas, exageradas o tendenciosas, o por cualquier otro medio indebido produzcan trastornos en el mercado, ya sea tratándose de mercancías, títulos o efectos de comercio;

y  
Al que con el fin de causar descrédito o daños en el patrimonio de una persona física o moral, haga público un hecho cierto o falso relacionado con sus operaciones comerciales y financieras.

<sup>1351</sup> *Vid. Supra* tema 4.1.1 C. a. de este capítulo.

medicina por otra o bien, variar dosis prescritas, sin necesidad de que se cause un peligro concreto a la salud o se produzca una lesión. La fracción III, ya la hemos comentado cuando abordamos el Código de Durango, artículo 265 fracción II. Finalmente, la fracción IV contiene conductas que no hemos observado en otros CP, de gran importancia hoy en día, ya que podemos poner el ejemplo, de ciertos dulces o golosinas para niños, que, para hacerlos más llamativos, los saturan no solamente de azúcar, sino de colorantes, los cuales pudieran ser dañinos, por ello, la pertinencia de este supuesto, aunque considero que, si realmente existieran controles de calidad de los productos, dichas mercancías nunca saldrían al mercado.

El Código penal Federal, también maneja un capítulo relativo a los Delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, su artículo 253<sup>1352</sup> es el que comentaremos, por establecer un supuesto que considero como un delito de peligro abstracto.

---

<sup>1352</sup> Artículo 253.- Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:

a).- El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores.

b).- Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

c).- La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.

d) (Se deroga)

e).- La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un alza en los precios o se afecte el abasto de los consumidores.

Si se depone la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa;

f).- La exportación, sin permiso de la autoridad competente cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

g).- La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa;

h).- Distraer, para usos distintos mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

i).- Impedir o tratar de impedir la generación, conducción, transformación, distribución o venta de energía eléctrica de servicio público.

j) Se deroga.

II.- Envasar o empacar las mercancías destinadas para la venta, en cantidad inferior a la indicada como contenido neto y fuera de la respectiva tolerancia o sin indicar en los envases o empaques el precio máximo oficial de venta al público, cuando se tenga la obligación de hacerlo.

III.- Entregar dolosa y repetidamente, cuando la medición se haga en el momento de la transacción, mercancías en cantidades menores a las convenidas.

IV.- Alterar o reducir por cualquier medio las propiedades que las mercancías o productos debieran tener.

V. Revender a un organismo público, a precios mínimos de garantía o a los autorizados por la Secretaría de Economía, productos agropecuarios, marítimos, fluviales y lacustres adquiridos a un precio menor. Se aplicará la misma sanción al empleado o funcionario del organismo público que los compre a sabiendas de esa situación o propicie que el productor se vea obligado a vender a precios más bajos a terceras personas. En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores, el juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 11 de este Código.

El artículo 253 contiene cinco fracciones, de las cuales considero que las fracciones I, y V, tratan de evitar y sancionar las maquinaciones para alterar los precios de los artículos de primera necesidad y las materias para elaborarlos, con lo que se podría ocasionar perjuicios a la economía pública, y se produciría un grave trastorno a la economía de las familias en primer término, especialmente a las clases más necesitadas, pues se les priva de poder adquirir aquello que constituye la base de su sustento<sup>1353</sup>.

En la fracción II, al envasar o empacar mercancías para su venta en cantidades inferiores, se está también poniendo en peligro a la economía pública de un estado, que a la larga considero que ya produciría un perjuicio o daño a ese bien jurídico.

La fracción III, se refiere a la entrega de mercancías en cantidades menores a las convenidas con anterioridad, en cuyo caso la Suprema Corte de Justicia ha señalado que se trata de “un delito que protege la economía pública, que es el conjunto de actividades que conciernen a la producción, circulación, distribución y consumo de los satisfactores materiales, y su contravención pone en peligro la economía nacional en general y en particular a las clases sociales más desprotegidas, amén de que se trata de un delito de peligro, no de resultado, pues sanciona una conducta que pone en peligro un bien jurídico legalmente tutelado”<sup>1354</sup>.

En la fracción IV, encontramos un supuesto que habla de alterar o reducir por cualquier medio las propiedades de las mercancías o productos, con lo que pudiera de manera abstracta, ponerse en peligro la vida o salud de las personas.

Como podemos observar en la redacción de estos artículos y en general de los delitos de peligro abstracto, la intervención del Derecho penal se adelanta, pues ya no se

---

En los casos de los incisos a), f) y h), de la fracción I y de la IV de este artículo, la autoridad que tenga conocimiento de los hechos procederá de inmediato a depositar los artículos de consumo necesario o generalizado, las materias primas para elaborarlos o las materias primas esenciales para la actividad industrial nacional. El depósito se efectuará en un almacén general de depósito que sea organización nacional auxiliar de crédito y los bienes serán genéricamente designados, en los términos del artículo 281 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes cuya especial naturaleza no permita el depósito genérico, se constituirá el específico, señalando asimismo, el plazo y condiciones en que habrá de procederse a su venta o destrucción conforme a lo que establece el artículo 282 de la misma Ley. El certificado de depósito que se expida tendrá el carácter de no negociable y será remitido al Ministerio Público o, en su caso, al Juez que conozca del proceso, para los efectos que procedan. Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las medidas y sanciones administrativas que establezcan las leyes correspondientes.

<sup>1353</sup> Vid. JIMÉNEZ HUERTA. *Op. cit.* p. 249.

<sup>1354</sup> Tesis Aislada. DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA PÚBLICA. EL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 253, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SE CONFIGURA POR EL SOLO HECHO DE TRANSFERIR MENOR CANTIDAD DE COMBUSTIBLE QUE LA QUE SE ADQUIERE. El delito contra la economía pública, a que se refiere la fracción III del artículo 253 del Código Penal Federal, se configura si en una negociación, al momento de hacerse la transacción de la mercancía, se entrega a los consumidores cantidades menores del combustible que adquieren. No obstante no se identifique quién o quiénes de los consumidores fueron los sujetos pasivos del delito, porque la infracción penal de que se trata, por su naturaleza, es un delito que protege la economía pública, que es el conjunto de actividades que conciernen a la producción, circulación, distribución y consumo de los satisfactores materiales, y su contravención pone en peligro la economía nacional en general y en particular a las clases sociales más desprotegidas, amén de que se trata de un delito de peligro, no de resultado, pues sanciona una conducta que pone en peligro un bien jurídico legalmente tutelado. Novena época. Núm. de Registro: 186787. Fuente: Seminario judicial de la federación y su gaceta. Tomo XV, Junio de 2002. Tesis: XI.2o.42 P. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

exige una lesión para el bien jurídico colectivo, sino únicamente que el comportamiento represente una amenaza para el mismo. El peligro para el bien jurídico colectivo, no viene a conformar un elemento típico, es decir, no aparece explícito en el tipo penal, por lo que se convierte exclusivamente en el motivo del legislador, el prohibir determinadas conductas, sin que sea necesario verificar el peligro para el bien jurídico colectivo.

En el Código penal español, encontramos algunos artículos que resultan incluidos en los delitos contra el consumo, y parecieran similares a los que hasta ahora hemos visto en los Códigos Penales de ciertos Estados de México, pero tienen algunas peculiaridades de las que hablaremos enseguida.

De inicio encontramos un catálogo de delitos denominados delitos contra el orden socioeconómico, donde se encuentran los delitos relativos al mercado y a los consumidores, en el cual precisamente su denominador común es su referencia a los consumidores, nos interesa abordar los artículos 281<sup>1355</sup> y 282<sup>1356</sup>.

En el artículo 281 el bien jurídico es el interés de los consumidores, en que las personas cuenten con las materias primas y productos de primera necesidad, para cubrir sus necesidades principales. El delito se consuma con la acción de sustraer del mercado las materias primas o productos de primera necesidad, o bien, alterando los precios, obviamente con un ánimo de lucro.

Desde mi opinión si bien es un delito de peligro, cuando el retiro de las mercancías es mínimo o muy poco representativo para la economía del Estado, también, en algunos supuestos podría tratarse de un delito de lesión, cuando se sustrajera del mercado tal cantidad de productos o mercancías, con alguna de las tres finalidades (intención de desabastecer, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores), que podría llegar a lesionar la economía de un Estado, y por ende, el interés de los consumidores, su posibilidad de adquirir los bienes esenciales para subsistir se ve perjudicada.

En el artículo 282, considerado de publicidad fraudulenta, se afirma que se tipifica una tentativa de estafa o, en todo caso, un acto preparatorio de la misma, considerando que debería quedar fuera del ámbito de aplicabilidad del Derecho penal, siendo suficiente su tutela administrativa. Pese a ello, se considera que, aun cuando no se produzca ningún daño patrimonial individual, se lesionan las expectativas de los consumidores, al ofrecerles productos que carecen de las características o cualidades ofrecidas, a través de campañas de publicidad o de cualquier otro medio masivo de comunicación, siempre que con ello puedan causar un perjuicio grave y manifiesto al consumidor<sup>1357</sup>.

---

<sup>1355</sup> Artículo 281.- 1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.

<sup>1356</sup> Artículo 282.- Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

<sup>1357</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Op. cit.* p. 466, 467.

Contraria a la argumentación expresada anteriormente, se afirma que el delito contenido en el artículo 282, no podría configurarse como una tentativa del delito de estafa, en tanto que se trataría de comportamientos totalmente distintos, desde dos aspectos; primero que protegen a los consumidores en estadios diferentes, la publicidad engañosa lo hará en la fase de peligro para los bienes jurídicos colectivos y la estafa lo hará en la fase de concreción de un perjuicio, en este caso económico, sobre el patrimonio individual<sup>1358</sup>. En segundo lugar, los bienes jurídicos protegidos son distintos, en la estafa, como se mencionó, se trata de un bien jurídico patrimonial de índole individual, mientras que el delito de publicidad fraudulenta se trata de un bien jurídico colectivo, de orden socioeconómico.

Por lo que hace al señalamiento de que los delitos como el de publicidad fraudulenta, contenida en el artículo 282 del CP, deberían ser tutelados por el derecho administrativo y quedar fuera del ámbito del Derecho penal, dicha opinión también tiene sus detractores, como CHAVES PEDRÓN, quien manifiesta que las sanciones administrativas han resultado ser poco eficaces, para combatir las nuevas modalidades de fraudes económicos y los cada vez mayores perjuicios, que estos generan, por lo que los Estados han optado por la protección penal<sup>1359</sup>.

El afirmar que delitos como la publicidad fraudulenta debe relegarse únicamente para el Derecho administrativo, es una postura que se ha defendido por varios autores, entre ellos MUÑOZ CONDE, como lo señalamos *supra* líneas, se ha señalado así, que dichos comportamientos ya estaban sancionados, suficientemente, por la vía administrativa y porque esas conductas se podían castigar a través de la estafa y los delitos contra la salud pública.

Sin embargo, también son fuertes las posturas que señalan que “el de publicitar productos y servicios de forma engañosa es un acto permanente y de gran incidencia en el comportamiento de los consumidores, quienes se ven abocados a situaciones de absoluta manipulación que vician su voluntad (Ripoll, 1991, p. 996). Este argumento, sumado a la descripción típica del artículo 282 CP que establece el posible perjuicio como ‘grave y manifiesto’, habla a favor de la intervención penal”<sup>1360</sup>.

---

<sup>1358</sup> Vid. CHAVES PEDRÓN, CESAR. “El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido”. En *Cuadernos de Derecho penal*. No. 15. (Enero-junio 2016). *Nuevas formas de criminalidad*. Universidad Sergio Arbolena. Bogotá, Colombia, 2016. p. 76. Respecto al bien jurídico protegido, el autor señala que es de carácter supraindividual y viene constituido por el derecho de los consumidores a una información veraz, entendida como un instrumento que protege sus legítimos intereses económicos, atendida su condición de parte en el mercado. Tal protección supondrá mantener el orden económico frente a los ataques más graves para el bien jurídico tutelado. p.77.

<sup>1359</sup> *Ibíd.* p. 68

<sup>1360</sup> *Ibíd.* p. 75. Como consecuencia de ello, coexisten varias disposiciones pertenecientes a otras tantas ramas del derecho, paradigmáticamente, las civiles y las administrativas, pero ambas se revelan insuficientes: las dificultades para que los consumidores accedan a la vía judicial y hagan valer sus derechos son grandes, los costes económicos de un pleito civil y la necesidad de acreditar el perjuicio producido llevan a que el mayor porcentaje de asuntos tramitados sea por la falta de especificación en las condiciones del producto o servicio. Por ello, la intervención del derecho penal se revela necesaria para evitar esa situación de desventaja en que se encuentran los consumidores a la hora de defender sus derechos y tal protección se canaliza a través del llamado ‘derecho penal económico’. 76 un escenario mercantil donde la publicidad es un mecanismo de gran profusión comercial empleado por los fabricantes y los comerciantes que arman sus estrategias de venta dirigidas a los consumidores, lo cual genera una situación en la que los intereses de estos últimos, particularmente los económicos, tienen una gran probabilidad de resultar afectados; por ello, en este supuesto, sí parece acertado adelantar la barrera de punición. 71 como un bien

Como ya lo adelantaba en párrafos superiores, de trata de un delito de peligro, así la referencia a la potencialidad del perjuicio para los consumidores nos lo indica y, para el caso, es de peligro abstracto, en tanto hay una situación peligrosa determinada por el legislador.<sup>1361</sup>

Ahora bien, tratándose del delito que nos ocupa, parte de la doctrina exige que la conducta incriminada pueda causar un peligro grave y manifiesto, constituyendo un tipo, dentro de los delitos de peligro abstracto, de los llamados de peligro hipotético<sup>1362</sup>.

Denominado así, ya que la protección que aquí se le da al consumidor es a través de un delito que exige una idoneidad para causar un perjuicio grave y manifiesto. Indirectamente también se exige que sea idónea para inducir en un error al consumidor y con ello causarle el perjuicio que se menciona<sup>1363</sup>.

Sin embargo, lo seguiremos considerando un delito de peligro abstracto, pues como lo ha señalado un sector de la doctrina, los delitos de peligro hipotético es una subespecie de los delitos de peligro abstracto.

En ese sentido, la jurisprudencia española ha manifestado que “el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado de la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio”<sup>1364</sup>.

---

jurídico ‘espiritualizado’ o ‘instrumentalizado’ de índole colectiva con referencia, si bien con matices (Martínez-Buján, 1996, p. 1370), a bienes individualizables (Martínez-Buján, 2015, p. 290).

<sup>1361</sup> *Ibíd.* pp. 69, 70.

<sup>1362</sup> *Ibíd.* p. 70.

<sup>1363</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE. *Loc. cit.*

<sup>1364</sup> Sentencia núm. 115/2012 de 9 febrero. AP de Barcelona (Sección 7ª). JUR\2012\142652. Se tienen como hechos probados que “Primero.- En fecha 16 de marzo de 2001, Mónica y su marido Carlos constituyeron la mercantil Alaball i Associats S.L, actuando bajo el nombre comercial SQM Training, teniendo por objeto la actividad de enseñanza por cuenta propia o ajena de cualquier materia incluida la formación continua y ocupacional, tanto en presencia como por métodos de enseñanza a distancia, así como las actividades directamente relacionadas y la elaboración o comercialización del material didáctico correspondiente. Su administradora única era Mónica. Segundo. - En el periodo comprendido entre los años 2001 y 2002, la sociedad Alaball i Associats S.L, publicitaba en Internet a través de los portales Infojobs, laboris.net anuntis, así como en folletos y en prensa, formación técnica informática y selección, concretamente formación como técnico de mantenimiento y administración NT y W 2000 electrónica de red 3com, ofreciendo una remuneración mínima de 130.000 pesetas y máxima de 150.000 pesetas. Asimismo, publicitaba formación técnica informática y selección como técnico instalador RDSI, anunciando que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una multinacional española, ofreciendo una remuneración mínima de 80.000 pesetas y máxima de 450.000 pesetas. Igualmente, publicitaba formación técnica informática y selección como técnico Hardware, anunciando que previa formación con un coste de 350.000 pesetas se producía la incorporación a una empresa nacional, ofreciendo una remuneración mínima de 120.000 pesetas y máxima de 300.000 pesetas. De igual forma se anunciaba que el coste del curso lo financiaba el Banco Popular. Tercero. - A la vista de dicha publicidad y de la oferta de un empleo, varias personas se matricularon en el curso abonando su

Por otro lado, también exigen dentro de los delitos contra la salud, preceptos relativos a la manipulación y tráfico de productos alimentarios, conocidos como delitos de fraude alimentario, que podríamos incluir dentro de los delitos contra el consumo, donde encontramos algunas similitudes con los delitos que contemplan los Códigos penales de algunos Estados de México.

El artículo 363<sup>1365</sup> del Código penal español, va a sancionar a productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores. En los puntos 1 y 2 del artículo 363, encontramos algunas similitudes con los Códigos penales de los Estados en México. En el 363.1 contemplan que se ofrezcan productos alimenticios con omisiones o alteraciones, ya sea en su caducidad o composición<sup>1366</sup>. También en el 363.2 se aborda lo relativo a la fabricación o venta de bebidas o consumibles destinados al consumo público, y que sean nocivos para la salud, aquí recordemos el artículo 345 del Código penal de San Luis Potosí y el ejemplo que pusimos respecto a la adulteración de bebidas alcohólicas, que propiciaron la muerte de 43 personas en el Estado de Jalisco.

La tipificación de este delito y de otros (359-367), se ha señalado que obedece a la obligación del Estado a garantizar que, de la utilización normal de los productos de consumo, no se deriven riesgos o peligros, que vayan más allá que los propios del consumo del producto. Por ello en la protección de la salud pública, en el ámbito civil y administrativo, rige el principio de precaución “cuando exista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones puedan adoptar medidas de protección, sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente comprobados”<sup>1367</sup>.

---

precio.... Cuarto.- A todas las personas referidas les fue entregado un compromiso de SQM Training de incorporarles tras el proceso de formación a las empresas ATECOR, ITETE o en las empresas de servicios informáticos partners de HP-COMPAQ, IBM y SUN MICROSYSTEMS, no existiendo ningún tipo de acuerdo al respecto con dichas empresas. Los profesores contratados por la entidad carecían de cualificación profesional para impartir la formación ofrecida, y la entidad carecía de material didáctico, como ordenadores, libros..., así como de aulas”. Buscador: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>1365</sup> Artículo 363.- Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.
2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.
3. Traficando con géneros corrompidos.
4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.

5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

<sup>1366</sup> Vid. BURGOS PAVÓN, Fernando. *Derecho Penal. Parte especial (II). De los delitos contra la seguridad colectiva a los delitos contra la comunidad internacional y el Derecho penal especial*. Ediciones Centro de Estudios Financieros. Universidad a distancia de Madrid. 2019. p. 27.

<sup>1367</sup> FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; CARDENAL MONTRAVETA, SERGI; MIR PUIG, SANTIAGO; BOLEA BORDÓN, CAROLINA; GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO; GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR; SANTANA VEGA, DULCE; MIR PUIG, CARLOS; HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS; CARPIO BRIZ, DAVID; ARTAZA, OSVALDO; BESIO, MARTIN. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Estos autores citan la STCJE 5-05-98, Comisión vs Reino Unido caso vacas locas. (vid. LRCPD; Reg. 178/02, Parlamento Europeo y del Consejo LCEur 2002, 153, incorporado en la L 20/02, del Parlamento de Catalunya, de Seguridad Alimentaria). El principio de precaución es utilizado por jur. may. contenciosa, para legitimar la normativa administrativa (SSTS 3ª 6-4-10, aceite de oliva; 23-2-10, líneas eléctricas; 18-3-09, control de medicamentos; SSTSJ Comunitat Valenciana 275/08, 9-3 y Andalucía Granada 348/08, 17-3, antenas de

Sin embargo, este principio de precaución no es suficiente para tener una relevancia penal, por ello es necesario que concurra un riesgo objetivo *ex ante* para la vida o salud de las personas, es decir, que exista una idoneidad de la conducta para afectar la vida o la salud, que sirva a la vez como un criterio de delimitación ante el ámbito administrativo<sup>1368</sup>.

Los supuestos previstos en el artículo 363, contienen las características de un delito de peligro concreto, al referir el citado artículo que serán sancionados los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores, el tipo penal expresamente nos indica que para sancionar debe comprobarse que cualquiera de las conductas descritas en ese artículo, debe de poner en peligro la vida de los consumidores. De esta manera el legislador no deja duda en que el bien jurídico protegido será la salud de los consumidores y que, en ese sentido, debe concretarse un peligro para ese bien jurídico.

En ese sentido, como apuntamos, la referencia que comprende la tipicidad de los diversos supuestos contenidos en el artículo 363, es la exigencia de una puesta en peligro concreta de la salud de los consumidores. Así la primera modalidad que se encuentra en el 363.1, contiene una situación de puesta en peligro que se producirá a partir de la infracción de la correspondiente normativa extrapenal, que verse sobre composición y caducidad, por lo que se configura como una norma penal en blanco. Las otras modalidades contenidas en ese artículo tienen además en común, que el objeto sobre el que recaen resulta ya, en sí mismo, perjudicial para la salud<sup>1369</sup>.

En el mismo sentido se señala que el peligro para la salud de los consumidores no deber ser meramente hipotético o potencial, sino real, toda vez que se necesita comprobar la nocividad del producto. Y que se acarrearía una irrelevancia penal de conductas en las que el peligro estadístico o abstracto quede completamente excluido *ex ante*, en cuyo caso se estará frente a una mera infracción administrativa<sup>1370</sup>.

Así mismo, se refiere que “la nocividad y el carácter perjudicial para la salud, es un factor relativo que se debe ajustar a la realidad concreta, por lo que no se trata de una nocividad en abstracto para la salud, como otros productos, como el alcohol y el tabaco; sino del riesgo potencial que determinados productos, a determinadas dosis o cantidades, llevan aparejado regularmente para la salud de las personas”<sup>1371</sup>.

---

telefonía). Documento TOL2.049.037. Fecha: /03/2011. Número epígrafe: 26. Título epígrafe: Libro segundo Título decimoséptimo del Código Penal (Arts 341 a 385 ter). p. 15/66. <http://www.tirantonline.com>

<sup>1368</sup> *Ibid.* Vid. También los argumentos y reflexiones que hace ESCOBAR VÉLEZ. *La responsabilidad penal por productos defectuosos. Op. cit.*, 55-58. Como subrayamos, la autora señala que en ocasiones las sentencias del TS utilizan erróneamente el principio de precaución, para encuadrar y sancionar ciertas conductas como delitos de peligro abstracto, así expone que: “la sentencia del Tribunal de Justicia no otorga ningún fundamento para la aplicación de sanciones penales a partir de la interpretación de los tipos como de peligro abstracto, según el principio de precaución”.

<sup>1369</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* pp. 605, 606.

<sup>1370</sup> Vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA y otros. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010. Op. cit.* pp. 15, 16.

<sup>1371</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* p. 606.

Por otro lado, hay que mencionar que el artículo 363, contiene un apartado el número 3, que según la jurisprudencia constituye un delito de peligro abstracto, toda vez que no requiere que se ponga en peligro concreto algún bien jurídico individual, al señalar expresamente que “la exigencia de peligro para la salud de los consumidores, implica la puesta en contacto inminente del género con el consumidor; señalando la jurisprudencia que no es preciso que la venta llegue a efectuarse para que se dé la consumación, al ser suficiente «con encontrar los productos en los almacenes o puestos donde se hallen en disposición de venta»”<sup>1372</sup>. En concordancia también se ha manifestado que “Este delito es considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un delito de peligro abstracto, e incluso más concretamente, como expone la S. de 22 de junio de 2002 (RJ 2002, 8421) TS, un delito de peligro hipotético o potencial, una modalidad de peligro abstracto en el que la prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas” así mismo esta misma sentencia agrega que “en un caso de venta de géneros corrompidos «no es preciso que llegue ésta a efectuarse para su consumación ni menos aún que se ocasione un daño a la salud de quien los infiera»”. Y con respecto al bien jurídico que se protege afirma que “En todo caso hay que argumenta que este tipo penal, como los demás de su mismo capítulo, protege como bien jurídico la salud de los consumidores, todo el conjunto de ciudadanos integrados en una economía de mercado, y afecta a todo el proceso desde la producción a la distribución y a la venta final al consumidor”<sup>1373</sup>.

---

<sup>1372</sup> Sentencia núm. 45/2003 de 14 abril. AP de León (Sección 1ª). ARP\2003\654. En los Hechos probados se informa lo siguiente “Se declara expresamente probado que Catalina, mayor de edad y sin antecedentes penales, regenta como propietaria el establecimiento de carnicería y salchichería “DIRECCION000” sita en c/ DIRECCION001 de Gordoncillo (León) y desde 1995 venía siendo objeto de inspecciones por el servicio territorial de sanidad de la Junta de Castilla y León, habiendo sido multada por deficiencias sanitarias y habiéndose decretado la intervención, decomiso y destrucción de productos alimentarios que tenía a la venta en el establecimiento por estar en mal estado y caducados. El 30 de octubre de 2000, fue objeto de otra inspección por la Técnico de salud pública de la zona de Valderas, Erica, que levantó acta habiendo constar la existencia en la cámara de “aproximadamente 50 kg de carne ennegrecida y de olor repugnante y chorizos llenos de moho”, ordenando arrojar el género a los contenedores de basura y limpiar las cámaras proponiendo el cierre cautelar del establecimiento, cierre que se acordó con suspensión del ejercicio de actividad por resolución de 8 de noviembre de 2000 por el Delegado Territorial de la Junta de Castilla y León, notificada a la acusada el 17 del mismo mes y año. Haciendo caso omiso de la resolución, la acusada ni cerró el establecimiento ni cesó en su actividad. Ante esta situación, el 1 de diciembre de 2000, la Técnico de Salud Pública antes citada procedió a ejecutar materialmente la medida de cierre, precintando la cámara frigorífica y las puertas que separan el establecimiento de la vivienda y del exterior, con precintos de plomo y cintas de plástico verde con la inscripción “JCL inmovilización cautelar”, todo ello en presencia de dos guardias civiles del puesto de Valderas, (números 1-58337-X y J-11963367). En la cámara se encontraron “10 kg de carne putrefacta”. El 14 de diciembre de 2000, se efectúa otra inspección por la Técnico de Salud Pública, Alejandra, quien comprueba que los precintos estaban violados y retirados y el establecimiento abierto al público, y por la acusada se despacha mercancía a clientes durante la inspección. Examinada la cámara frigorífica en la misma se halló «carne de ternero con aspecto reseco y verdoso y con olor», así como otras piezas de carne en el suelo de la cámara. La carne intervenida estaba destinada a la venta directa o a la elaboración de otros alimentos de consumo humano, suponiendo, por su estado, un riesgo para la salud de quien la consumiese. En fechas de 14 de febrero, 5 marzo y 5 de junio de 2001 la Técnico de Salud Pública Erica comprobó que la carnicería estaba abierta y despachando mercancía a sus clientes». Buscador: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>1373</sup> Sentencia núm. 111/2019 de 3 junio. AP de Pontevedra (Sección 4ª). ARP\2019\1284. Hechos probados: El día 21 de diciembre de 2015 sobre las 18:00 horas aproximadamente, los acusados Virgilio, mayor de edad y con antecedentes penales cancelables y José María, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se dirigieron a la Ría de Vigo a bordo de una embarcación DIRECCION000 MO-....., y debajo del Puente de Rande extrajeron 115 kilogramos de vieira (Virgilio iba a los mandos de la embarcación mientras José María se sumergía para capturar la vieira). De allí se dirigieron al muelle de Domaio, donde les estaban esperando para descargarlas con el vehículo Skoda, matrícula NUM000, las acusadas Gabriela y Gloria, mayores de edad y sin antecedentes penales, y ello con

Con respecto a esta sentencia, debo decir que no estoy de acuerdo en identificar el punto 3. del artículo 363, como un delito de peligro abstracto, toda vez que, en la parte inicial del artículo, se señala expresamente que se sancionara penalmente a *los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores*; así, cuando señala el punto 3, «que trafiquen con géneros corrompidos», se refiere a que los sujetos activos mencionados, trafiquen con géneros corrompidos y con ello pongan en peligro la salud de los consumidores. Y retomare los comentarios realizados cuando abordamos, el delito de Suministro o sustitución de medicamentos, de los artículos 361 y 362 del CP, con respecto a que ciertas sentencias de los tribunales españoles, utilizan el principio de precaución para encuadrar y sancionar ciertas conductas como delitos de peligro abstracto. Aunque cabe agregar, que, en el artículo en comento, se señala expresamente que debe haber una puesta en peligro a la salud de las personas (consumidores), por lo que considero que no hay duda de que, estamos ante un delito de peligro concreto<sup>1374</sup>.

#### 4.1.2 B. Delitos contra la seguridad vial.

En algunos estados de la República Mexicana, encontraremos varios delitos cuyo elemento común, es sancionar conductas que tienen como finalidad proteger la seguridad vial como bien jurídico colectivo (que finalmente lo que termina protegiéndose es la vida y la salud de las personas), de igual manera, se observó que dichas conductas se dividen en tres tipos, las que sancionan el exceso de velocidad, las que sancionan conducir con temeridad manifiesta y por otro lado, las que sancionan la conducción bajo influencia de bebidas embriagantes o drogas, o estupefacientes o sustancias tóxicas.

Por ello dividiremos este tema en tres subtemas, por un lado, los Estados que sancionan el exceso de velocidad como Aguascalientes, en Chiapas la temeridad manifiesta y por otro los que sancionan la conducción bajo influjos de alcohol o drogas así en BC, BCS, Chiapas, Coahuila, Colima, Guerrero, Jalisco, Morelos, Nayarit, Sonora, Yucatán y Zacatecas.

##### a) Conducción con exceso de velocidad.

En el Estado de Aguascalientes<sup>1375</sup> se sanciona bajo la denominación de Ataques a las vías de comunicación y medios de transporte dolosos, el exceso de velocidad, siempre que se realice por dos o más veces (fracción IV), en contravención de su Ley de Vialidad.

---

la finalidad de destinarlas a la comercialización o venta a terceros. Cuando se encontraban descargando las vieiras y metiéndolas en el maletero del vehículo, fueron interceptados por los Agentes del Servicio de Guardacostas con número de identificación profesional NUM001 y NUM002, y que habían venido vigilando las maniobras de los dos primeros acusados desde que estaban posicionados con la embarcación bajo el Puente de Rande. Remitidas muestras de las vieiras intervenidas para su análisis al Instituto Tecnológico para el Control del Medio Marino (INTECMAR), se detectó la presencia de 155,7 microgramos de ácido domoico por cada gramo, cuando el límite máximo permitido para el consumo humano por la normativa no ha de exceder de 20 microgramos por cada gramo. El consumo de ácido domoico por encima de tales límites puede causar mareos, vómitos, necesidad de entubación, provocar el coma y, en casos severos, la muerte. Buscador: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>1374</sup> Vid. Tema 4.1.1 C.a. de este capítulo. Sobre el delito de Suministro y sustitución de medicamentos.

<sup>1375</sup> Artículo 182.-Los Ataques a las Vías de Comunicación y a los Medios de Transporte Dolosos consisten en:

Ahora bien, al tratarse de una Ley penal en blanco, nos remite a la Ley de Vialidad del Estado de Aguascalientes, para saber cuándo existe exceso de velocidad, la cual en su artículo 236<sup>1376</sup>, señala que la velocidad máxima en la ciudad es de 60 kilómetros por hora, salvo algunas excepciones como las zonas escolares, donde es menor y en carreteras de jurisdicción estatal la velocidad máxima es de 80 kilómetros por hora.

Por otro lado, el CP, también prevé en el artículo 379.1<sup>1377</sup> una sanción a la conducción a velocidad superior a la permitida, es decir, sanciona a los vehículos de motor o ciclomotor que sean conducidos a más de sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente.

Se sanciona con este delito, una situación de peligro abstracto derivada de un determinado exceso de velocidad (60 km/h en vía urbana y 80 km/h en vía interurbana), esta estandarización permite tener una seguridad jurídica, sin embargo, limita la flexibilidad judicial, y las posibilidades de atender a casos concretos y al peligro realmente creado. Por ejemplo, se podría conducir a 200 km/h en una autopista (donde el

---

I. La interrupción total o parcial que se haga de cualquier forma a los servicios de comunicación, vialidades y de transporte locales;

II. La retención de cualquier vehículo destinado al servicio público de transporte de jurisdicción local, sin orden previa de autoridad;

III. La destrucción, inutilización, o cambio de sentido o de lugar de una señal establecida para la seguridad de las vías de comunicación o medios de transporte; o

IV. La violación por dos o más veces de la Ley de Vialidad en lo que se refiere a **exceso de velocidad**.

Para la adecuada aplicación de la presente figura típica, se entiende por vías de comunicación, las de tránsito destinadas habitualmente al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que fuere el medio de locomoción que se utilice en ellas.

Al responsable de Ataques a las Vías de Comunicación y a los Medios de Transporte Dolosos se le aplicarán de 6 meses a 4 años de prisión y de 10 a 200 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Si para la ejecución de los hechos descritos en este Artículo se utilizan materias explosivas o incendiarias, la punibilidad será de 1 a 6 años de prisión y de 15 a 300 días multa, y al pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

<sup>1376</sup> Artículo 236.- La velocidad máxima en la ciudad es de 60 kilómetros por hora, excepto en zonas escolares, donde será de 10 kilómetros por hora 30 minutos antes y después de los horarios de la entrada y salida de los planteles escolares y en donde el señalamiento indique otro límite.

También deberán observar el límite antes mencionado ante la presencia de escolares, fuera de los horarios señalados cuando exista señalética de cruce para escolares.

La autoridad competente colocará los señalamientos indicados en el párrafo anterior, procurando que se ubiquen a una distancia apropiada en cada caso, a fin de que se permita el frenado de los vehículos de ser necesario. En todo caso, también se tomarán las previsiones necesarias en el Manual de Diseño de la Vía Pública para asegurar estos propósitos.

La velocidad máxima en carreteras de jurisdicción estatal será de 80 kilómetros por hora y en caminos vecinales y rurales será de 60 kilómetros por hora.

En los carriles centrales o interiores de las vías de acceso controlado, la velocidad máxima se indicará mediante los señalamientos respectivos.

Los conductores de vehículos, no deberán de exceder los límites de velocidad mencionada, la reincidencia de la infracción de esta disposición, dará causa de suspensión de la licencia.

<sup>1377</sup> Artículo 379.1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

límite es de 80 km/h), configurándose siempre un delito, aunque no se genere ningún tipo de peligro concreto. Por otro lado, en la ciudad podría excederse el límite de velocidad en 40 km/h, con tráfico vehicular y de peatones, y no se configuraría un delito por exceso de velocidad, ya que en la ciudad es de 60 km/h, claro en el CP, podría configurarse otro delito como el de conducción temeraria del artículo 380, sobre el que nos referiremos más adelante.

Respecto a este delito, si bien se ha defendido su inclusión en el Código Penal, porque genera un peligro para la sociedad, conducir superando los límites de velocidad, autores como REQUEJO CONDE, considera que no existen datos estadísticos que demuestren que excediendo en 80 o 60 km, el límite permitido, existan más accidentes viales, siendo suficiente el plus de la velocidad, para estimar la conducta como delito, derivado de su peligrosidad. Configurándose como un delito de peligro abstracto, en el que existen factores de riesgo suficientemente individualizables, para no esperar un resultado de lesión<sup>1378</sup>.

Como podemos ver, este tipo penal, por el solo hecho de exceder la velocidad permitida en los rangos ahí establecidos, ya estamos cometiendo un delito, a todas luces, un delito de peligro abstracto, ya que no se necesita comprobar ninguna lesión o puesta en peligro concreta, del bien jurídico protegido. Incluso cuando el sujeto autor de la infracción pueda demostrar que no había ningún peligro en su conducta, se estaría encuadrando su conducta en un ilícito penal, con razón afirma MUÑOZ CONDE que “esto genera una tendencia a la objetivación de la responsabilidad penal y a la creación de los delitos de peligro abstracto en los que la simple infracción de normas administrativas convierte el hecho en un tipo penal”<sup>1379</sup>.

Y siguiendo nuestro argumento y el de MUÑOZ CONDE, cuando hablamos de delitos de peligro abstracto, como el ejemplo de este título, finalmente observamos una gran similitud entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de mera actividad, donde solo es necesario cumplir o desarrollar la conducta descrita en la norma, sin necesidad de comprobar ninguna lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico, para cometer el delito, sobre lo cual no estamos de acuerdo en la inclusión cada vez mayor de estos delitos de peligro<sup>1380</sup>.

De igual postura BOIX, señala que, con estos delitos relativos a la seguridad vial, no se tienen muy presentes los principios penales asentados en nuestra doctrina penal y por parte de los Tribunales Constitucionales, por lo que tienden a entenderse como delitos meramente formales<sup>1381</sup>.

---

<sup>1378</sup> Vid. REQUEJO CONDE, Carmen. *Delitos relativos al tráfico viario*. Tirant monografías 753. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. p. 35.

<sup>1379</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*. Op. cit. p. 629.

<sup>1380</sup> Si bien entendemos que cada vez hay mayor número de peligros o riesgos, derivados de los cambios en nuestra sociedad, que ocasiona la búsqueda de protección y seguridad para la persona y sus bienes jurídicos, creo que existen otras formas de protección a través de otras ramas del Derecho. Sin embargo, se ha criticado mucho que esas otras ramas del Derecho, como el Derecho Administrativo, no son muy funcionales o, no logran los efectos intimidatorios del Derecho penal, o el sistema de penas no es el suficientemente bueno, esas razones, son aspectos que deben de mejorarse, en lugar de querer saturar los CP de delitos, como los de peligro abstracto.

<sup>1381</sup> Vid. BOIX, Javier. “El fin del Derecho penal (réquiem por él)”. *Loc. Cit.*

Lo que resulta interesante es saber si efectivamente estamos ante un delito que contiene una presunción *iuris et de iure* o bien, si puede en casos concretos, admitirse prueba en contrario. Si admitiéramos que, en un caso concreto, se admitiera prueba en contrario, deberá aclararse si fuese la defensa a quien correspondiera aportarla, lo que constituiría una inversión de la carga de la prueba, que para algunos resultaría inconstitucional, por ir en contra del principio de presunción de inocencia<sup>1382</sup>.

Lo anterior nos pone de manifiesto, los grandes y graves problemas que presentan los delitos de peligro abstracto, uno de ellos, precisamente los relativos a los delitos contra la seguridad vial, por ejemplo, este delito de conducción con exceso de velocidad.

Sin embargo, considero que si bien sería lo más conveniente y correcto, que el legislador incluyera en los tipos penales, alguna referencia acerca del peligro o riesgo que debe correr el bien jurídico protegido, para poder identificar ante qué tipos de peligros nos encontramos, la verdad es que en la realidad no sucede esto, pues muchos delitos no contienen ninguna descripción sobre el tipo de peligro o riesgo, y encontrándonos en extremos donde el tipo penal no hace referencia alguna a que la conducta deba crear un riesgo o peligro para el bien jurídico protegido.

Retomando nuevamente la crítica que hicimos a los delitos de peligro abstracto y con su posible identificación, con los delitos de mera actividad, como lo manifesté párrafos anteriores.

#### b) Conducción temeraria.

En el Código penal de Chiapas, en su artículo 384<sup>1383</sup>, sancionan a quien conduzca un vehículo de motor con temeridad manifiesta, poniendo en peligro la vida, la salud personal o bienes ajenos. Al incluir en el tipo penal que la conducción debe poner en peligro la vida, salud o bienes ajenos, el delito será un delito de peligro concreto, pues para la comprobación, debe existir ese peligro para los bienes jurídicos en comento.

Por otra parte, dentro de esta subespecie de delitos, en el CP encontramos el artículo 380.1<sup>1384</sup>, que sanciona a quien condujere un vehículo de motor o ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

---

<sup>1382</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* p. 248.

<sup>1383</sup> Artículo 384.- Se impondrá prisión hasta de seis meses, y multa hasta de veinte días de salario:

I.- Al que viole dos o más veces el reglamento de tránsito por conducir un vehículo de motor con temeridad manifiesta, poniendo en peligro la vida, la salud personal o bienes ajenos pudiendo, a juicio de la autoridad, suspender la licencia hasta por un año.

II.- Cuando cause algún daño por medio de cualquier vehículo, motor o maquinaria, además de las sanciones correspondientes al delito que resulte, podrá inhabilitarse al infractor para manejar aquellos por un término que no exceda de dos años. En caso de reincidencia, la inhabilitación se duplicará. Si el daño es causado por conductores de vehículos de transporte escolar, o de servicio público de pasajeros, se duplicarán las sanciones señaladas en este artículo.

Las penas previstas en este artículo a juicio del Juez podrán ser conmutadas por trabajo a favor de la comunidad por un término igual a la pena impuesta.

<sup>1384</sup> Artículo 380.1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

El artículo 380.2<sup>1385</sup> trata de explicar que entender por temeridad manifiesta, y según este artículo, deben concurrir tanto conducir a exceso de velocidad, como conducir bajo influjos del alcohol o drogas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas. En otras palabras nos remiten al artículo 379<sup>1386</sup>, para entender que es la temeridad manifiesta.

De igual forma se identifica al término temeridad con la imprudencia grave o imprudencia temeraria, sin embargo, hay que distinguir que el delito de conducción temeraria es un delito doloso de peligro, que no se confunde con los delitos imprudentes de lesión. Así, un delito contra la seguridad vial, en el de conducción temeraria, se va a utilizar como baremo para valorar la vulneración del deber de cuidado, las leyes de Tránsito Vial, por lo que la conducción temeraria será aquella que vulnera las más elementales normas de cuidado de la *lex artis*<sup>1387</sup>, exigibles a un conductor medio, en el ámbito de circulación vial<sup>1388</sup>.

La temeridad además debe ser manifiesta, es decir, debe ser palpable u observable por terceras personas. Al calificativo de manifiesta, que se le adjunta a la conducción temeraria; se le entiende de manera objetiva, como la exteriorización clara y notoria de la temeridad, o de forma subjetiva, como una exigencia de que el conductor sea consciente de lo temerario de su conducta<sup>1389</sup>. La mayoría de la doctrina penal identifica como manifiesta a lo que es patente, notoria y evidente para cualquier ciudadano medio. Para la jurisprudencia española lo manifiesto equivale a apreciable, patente, notorio o a descubierto<sup>1390</sup>.

Esta temeridad manifiesta debe ser claramente probada y constituir por sí misma una conducta peligrosa. El juicio de peligrosidad es objetivo y realizable *ex ante*, aunque en este supuesto, sí puede considerarse circunstancias particulares en el caso concreto<sup>1391</sup>.

Este delito de conducción temeraria nos exige como resultado, la puesta en peligro de la vida, la salud personal o bienes ajenos (CP de Chiapas), o concreto peligro de la vida o la integridad de las personas (CP). Es por tanto necesario constatar o probar la existencia de un peligro concreto para los bienes jurídicos que acabamos de enunciar, configurándose por tanto en un delito de peligro concreto, al no bastar con la conducción

---

<sup>1385</sup> Artículo 380.2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

<sup>1386</sup> Artículo 379. 1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

<sup>1387</sup> Vid. MORENO ALCAZAR. *Los delitos de conducción temeraria*. *Op. cit.* pp.85, 86.

<sup>1388</sup> Vid. MUÑOZ RUIZ, Josefa. *El delito de conducción temeraria. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 2014. pp. 208, 209.

<sup>1389</sup> Vid. MORENO ALCAZAR. *Los delitos de conducción temeraria*. *Op. cit.* pp. 87, 88.

<sup>1390</sup> *Ibid.* p. 221.

<sup>1391</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*. *Op. cit.* p. 636.

temeraria, sino que además es necesario que se haya en concreto peligro la vida o la salud de alguien<sup>1392</sup>.

Por otro lado, y aunque no está dentro de los delitos relativos a la conducción temeraria, resulta pertinente incluir en este apartado otro artículo del CP, el artículo 381<sup>1393</sup> al contener un delito de peligro, y al estar relacionado con el artículo 380, al remitirnos el legislador a este último artículo.

En el artículo 381.1, se sanciona al que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo 380.1, es decir, debe conducir un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. En este artículo encontramos un delito de peligro concreto, toda vez que se requiere poner en concreto peligro la vida o integridad de las personas.

Así también en el artículo 381.2, debe existir una conducción con temeridad manifiesta y un manifiesto desprecio por la vida, sin embargo, se diferencia del anterior, en cuanto a que no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Por tanto, en el presente apartado, estamos frente a un delito de peligro abstracto, pues no debe ponerse en concreto peligro ningún bien, ni tampoco se sanciona su lesión.

El origen de este delito, parte de hechos sociales conocidos como los conductores «suicidas/homicidas», por lo que su aplicación a veces se condicionaba a que fuera exclusivamente en autopistas, lo que ha generado que dichas conductas sean entendidas como supuestos de tentativas de homicidio con dolo eventual. En el mismo sentido, se ha señalado que este artículo, solo puede entenderse como un delito doloso, y que por tanto generaría un problema de delimitación con las tentativas de homicidio o de lesiones<sup>1394</sup>.

Lo anterior también sirve de base, para explicar el concepto de «con manifiesto desprecio por la vida de los demás», que la doctrina penal señala, como un elemento subjetivo de una tentativa de homicidio con dolo eventual. Lo cual cuando se relaciona con la parte siguiente del mencionado artículo, el elemento objetivo de tal tentativa, «que se presenta en la conducción con temeridad manifiesta y que represente un peligro para la vida de las personas», lleva a afirmar que el legislador, por ser práctico, le otorgo a tal tentativa de homicidio, una configuración como un delito específico<sup>1395</sup>.

---

<sup>1392</sup> Vid. MUÑOZ RUIZ. *El delito de conducción temeraria*. Op. cit. p. 139.

<sup>1393</sup> Artículo 381. 1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior. 2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

<sup>1394</sup> Vid. MORENO ALCÁZAR. *Los delitos de conducción temeraria*. Op. Cit. pp. 99-101.

<sup>1395</sup> *Ibid.* pp. 101, 102. El autor señala que como razones de la practicidad del legislador, se derivan del entendimiento de que una pena privativa de libertad demasiado alta, motiva muchas veces que la tentativa de homicidio no sea aplicada por los jueces, pues en el momento de comprobar cada uno de los requisitos de ésta figura, el juzgador a la hora de decidir si optar por una tentativa de homicidio con sus penas tan elevadas o bien, elegir un delito de conducción temeraria, quizá se inclinaría por esta última figura penal, al contener sanciones penales menos elevadas.

c) Conducción bajo los influjos de bebidas alcohólicas o drogas.

Por otra parte, en el Estado de BC encontramos que en el artículo 255<sup>1396</sup>, dentro de los delitos contra la seguridad del tránsito de vehículo, sancionan a quien maneje un vehículo de motor, en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes que impida o perturbe la adecuada conducción.

Con respecto a este precepto del CP de BC y a varios que veremos enseguida, no hacen un señalamiento de que tasa de alcohol en la sangre u orina, debe ser la exigida para determinarse que existe un estado de ebriedad, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en jurisprudencia que “Si bien es cierto que el precepto citado prevé, como parte de la descripción típica del delito contra la seguridad del tránsito de vehículo, el hecho de manejar un vehículo de motor en "estado de ebriedad", sin especificar la cantidad de alcohol que un sujeto debe tener en su organismo (sangre u orina)”,... esto no significa que se vulnera «el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal». Toda vez que “el estado de ebriedad es determinable, acudiendo a la ciencia médica en la que se establece la condición que presenta una persona quien, con motivo del consumo de alcohol, disminuye su capacidad de concentración, así como sus reacciones, y presenta dificultades visuales entre otras condiciones”<sup>1397</sup>.

---

<sup>1396</sup> Artículo 255.-Tipo y Punibilidad.- A quien maneje un vehículo de motor en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción, no será castigado la primera vez cuando no haya provocado daño en las personas o en las cosas, pero la autoridad aprehensora lo presentará ante la Autoridad Administrativa Municipal que determinen los reglamentos, quien le formará registro para establecer antecedente, apercibiéndole formalmente de que si incurre de nuevo en esta conducta dentro del plazo de dos años, será consignado a la autoridad judicial. En todos los casos la Autoridad Administrativa remitirá copia certificada de las constancias que integren el registro en que formó el antecedente, a la Agencia del Ministerio Público.

Cuando se cause daño a las personas y/o a las cosas se le impondrá prisión de seis meses a tres años, multa de cincuenta a quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y suspensión hasta por un año del derecho a conducir vehículos de motor. La misma pena se impondrá a quien dentro del plazo mencionado contado a partir del apercibimiento incurre en la misma conducta prevista en el primer párrafo del presente artículo.

<sup>1397</sup> Jurisprudencia: DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁNSITO DE VEHÍCULO. EL ARTÍCULO 255, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA AL NO PRECISAR EN FORMA CLARA Y EXACTA LO QUE DEBE ENTENDERSE POR "ESTADO DE EBRIEDAD", NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL. Si bien es cierto que el precepto citado prevé, como parte de la descripción típica del delito contra la seguridad del tránsito de vehículo, el hecho de manejar un vehículo de motor en "estado de ebriedad", sin especificar la cantidad de alcohol que un sujeto debe tener en su organismo (sangre u orina), o bien, las funciones corporales que deben verse disminuidas y en qué medida, para determinar que se encuentra en ese estado, también lo es que ello no genera duda, incertidumbre o confusión, ya que el estado de ebriedad es determinable, acudiendo a la ciencia médica en la que se establece la condición que presenta una persona quien, con motivo del consumo de alcohol, disminuye su capacidad de concentración, así como sus reacciones, y presenta dificultades visuales entre otras condiciones; por tanto, es innecesario que el legislador fije el grado de alcohol en la sangre o en la orina o determine qué funciones corporales y en qué medida deben verse disminuidas, por lo que el artículo 255, párrafo primero, del Código Penal para el Estado de Baja California no vulnera el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal. Registro digital: 2011248. Instancia: Plenos de Circuito Décima Época Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: PC.XV. J/15 P (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 28, Marzo de 2016, Tomo II, página 1440 Tipo: Jurisprudencia. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

En el CP de BCS, en su artículo 352<sup>1398</sup> prevén el delito de Conducción en estado de ebriedad, sancionando a quien en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas o sustancias similares, conduzca algún vehículo de motor, es claro que manejar un vehículo de motor bajo esas condiciones, genera un peligro para bienes jurídicos diversos, como la vida, la salud, la propiedad, etc., por ello el legislador opta por sancionar penalmente a quien cometa estas conductas antijurídicas; el delito de peligro, es de peligro abstracto, ya que no es necesario la comprobación de la puesta en peligro en concreto de un bien jurídico determinado.

En análoga redacción encontramos el artículo 385<sup>1399</sup> del CP de Chiapas, aquí se destaca que hacen referencia a como acreditar el estado de ebriedad, será mediante un examen clínico a cargo de un médico legista, y en los lugares donde no haya médico titulado, por un pasante o práctico en la carrera de medicina.

En Coahuila y Colima sus CP también prevén un delito relativo a la conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas. El CP de Coahuila lo contempla en su artículo 326<sup>1400</sup> y en Colima en el artículo 247<sup>1401</sup>, también se prevé

---

<sup>1398</sup> Artículo 352. Conducción en estado de ebriedad. A quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias similares, conduzca algún vehículo de motor, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión o multa de cincuenta a cien días y de cincuenta a cien días de tratamiento, además de la sanción correspondiente al delito que se hubiere cometido.

Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte escolar o de servicio público de pasajeros, se duplicarán las sanciones señaladas en este artículo.

<sup>1399</sup> Artículo 385.- A quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias similares, conduzca algún vehículo, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión y hasta cien días de multa, además de la sanción correspondiente al delito que se hubiere cometido.

Para efectos de esta disposición, el estado de ebriedad se acreditará mediante un examen clínico a cargo de un médico legista, y en los lugares donde no haya médico titulado, por un pasante o práctico en la carrera de medicina. Todo abuso de la autoridad será sancionado en los términos del presente Código.

A quien cometa el delito establecido en este artículo se le aplicarán, además, las sanciones de inhabilitación establecidas en la fracción II del artículo anterior.

Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte escolar o de servicio público de pasajeros, se duplicarán las sanciones señaladas en este artículo.

Las penas previstas en este artículo a juicio del Juez, podrán ser conmutadas por trabajos en favor de la comunidad por un término igual a la pena impuesta.

<sup>1400</sup> Artículo 326.- La conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo el influjo de narcóticos se punirá en los supuestos siguientes:

**I.** (Conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo influjo de narcóticos, sin prestar servicio público)

Se impondrá de uno a tres meses de prisión y de doscientos cincuenta a quinientos días multa, o libertad supervisada de uno a tres meses y de doscientos cincuenta a quinientos días multa y, en cualquier caso, suspensión de derechos para conducir vehículos, de tres meses a un año, a quien en vía pública maneje un vehículo automotor en estado de ebriedad o bajo el influjo de narcóticos.

**II.** (Conducción de vehículos en estado de ebriedad o bajo influjo de narcóticos, al prestar servicio público)

Se impondrá de seis meses a dos años de prisión, de mil a dos mil días multa y suspensión del derecho para conducir vehículos, de uno a tres años, al conductor de un vehículo automotor que al realizar en vía pública un servicio público de transporte de personas y/o de cosas, maneje el vehículo en estado de ebriedad o bajo el influjo de narcóticos.

La negativa para someterse a examen de alcoholemia o de sustancias narcotizantes solo se sancionará administrativamente, sin perjuicio de pedir la autorización judicial para practicar el examen que corresponda.

<sup>1401</sup> Artículo 247.-Delitos con motivos de tránsito de vehículos. Al que ponga en movimiento o maneje un vehículo de motor o maquinaria similar, en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas, enervantes estupefacientes, psicotrópicos o análogas que produzcan efectos similares, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión, y multa por un importe al equivalente de cien a quinientas unidades de medida y

sanción penal para quien hace competencias de vehículos, o comúnmente llamados «arrancones», sin permiso de la autoridad y en lugares no idóneos.

En el CP de Guerrero<sup>1402</sup>, prevén el mismo delito con una redacción casi igual, aquí lo que destacaremos es que mencionan cuando se considera a una persona que se encuentra en estado de ebriedad, tomando en cuenta los miligramos de alcohol en la sangre u orina.

Aunque el Estado de Jalisco<sup>1403</sup> prevé en un delito sanciones penales para quien se conduzca bajo la influencia de alcohol o drogas, maneja otros supuestos bajo el Delito de tránsito, ya que además contemplan sanciones penales para quien haya sido infraccionado por dos o más ocasiones por no haber acreditado la prueba de alcoholemia aplicada por autoridad y también cometa otra infracción a la normatividad en materia de tránsito y transporte.

Si bien hasta ahora hemos abordado delitos de conducción bajo el influjo de alcohol o drogas, en los cuales comentamos que se trata de delitos de peligro abstracto, porque así lo contemplan los CP vistos hasta ahora, en el Estado de Morelos, veremos una situación distinta, ya que su CP en el artículo 238<sup>1404</sup> se prevé que quien maneje un

---

actualización y suspensión de derechos para conducir vehículos de motor o maquinaria similar hasta por un término igual al de la pena de prisión impuesta.

Igual sanción se impondrá a quien realice competencias con otro u otros vehículos de motor o maquinaria similar, sin el permiso de la autoridad competente, en lugares no idóneos o especializados para dicho fin. Si el delito se comete por conductores de vehículos de servicio público y privado, las sanciones serán de dos a siete años de prisión, y multa por un importe equivalente de doscientas cincuenta a setecientas unidades de medida y actualización y suspensión de derechos para conducir vehículos hasta por un término igual al de la pena de prisión impuesta.

<sup>1402</sup> Artículo 339.- A quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias similares, conduzca algún vehículo de motor, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a ciento cincuenta días multa.

Para efectos de este código se considera que una persona se encuentra en estado de ebriedad cuando en su organismo existen 100 miligramos o más de alcohol por cada 100 mililitros de sangre o cuando existen 130 miligramos o más de alcohol por cada 100 mililitros de orina.

Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte escolar o de servicio público de pasajeros, se duplicarán las sanciones señaladas en este artículo.

<sup>1403</sup> Artículo 122. Delitos de tránsito. Al conductor que maneje un vehículo automotor, y se le detecten más de ciento treinta miligramos de alcohol por cien mililitros de sangre o más de 0.65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, que alteren su habilidad para conducirlo; o al que haya sido infraccionado por dos o más ocasiones por no haber acreditado la prueba de alcoholemia aplicada por autoridad, cuando cometa además otra infracción a la normatividad en materia de tránsito y transporte, se le impondrán de sesenta a ciento veinte jornadas de trabajo a favor de la comunidad, multa de ciento cincuenta a doscientos cincuenta unidades de medida y actualización (UMA), e inhabilitación de tres meses a dos años para manejar vehículos de motor, independientemente de las sanciones que correspondan por la comisión de otros delitos.

Al reincidente en este delito, se le impondrá además de las sanciones señaladas en el párrafo anterior, la obligación de someterse a un tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

<sup>1404</sup> Artículo 238.- Delitos cometidos por conductores de vehículos de motor. El que mediante la conducción temeraria de vehículo de motor transgrediere las normas de seguridad vial, poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas o los bienes, será sancionado:

I.- Suspensión del derecho de conducir hasta por dos años, y en caso de reincidencia la suspensión hasta por cinco años, y de ciento veinte a ciento ochenta días de trabajo a favor de la comunidad, sin estar en estado de ebriedad o bajo los influjos de estupefacientes o psicotrópicos o sin manipular un equipo de radio comunicación o de telefonía celular.

II.- Suspensión del derecho de conducir hasta por tres años, y además de la sanción correspondiente del delito cometido, una pena de uno a tres años de prisión y en caso de reincidencia la pérdida del derecho de

vehículo de motor y transgreda las normas de seguridad vial, mediante una conducción temeraria<sup>1405</sup>, poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas o los bienes. Cambiando la configuración a un delito de peligro concreto, en cuanto a que el tipo penal expresa que debe ponerse en peligro la vida, la integridad personal o los bienes.

También es importante resaltar que contempla supuestos distintos, el primero si se maneja sin ninguna influencia de alcohol o drogas, o si lo hace con la influencia de estas sustancias, pero también incluyen el manejar el vehículo de motor, manipulando un equipo de radio comunicación o de telefonía celular, esta última conducta no la habíamos visto contemplada en otros CP.

De igual manera destacare que este CP hace una descripción de lo que se entiende por conducción temeraria, sin esperar que la doctrina penal sea quien lo aborde. Entendiendo por tal el hecho de manejar el vehículo bajo la influencia de alcohol o drogas, o bien, sin esa influencia pero que lo haga con *negligencia*, poniendo en peligro la vida, la salud o bienes de terceros; y, por último, cuando se conduce manipulando radios de comunicación o telefonía celular, sin utilizar los accesorios de manos libres. En todos los supuestos, deberá comprobarse que se ha puesto en peligro la vida o la integridad física de las personas o los bienes, por lo que estaremos como lo señalamos, ante un delito de peligro concreto.

Sobre la descripción que hace el CP de conducción temeraria, hay algunas precisiones sobre los supuestos que maneja. Resulta interesante el supuesto que prevé, que habrá conducción temeraria, cuando sin la influencia de alcohol o drogas, lo haga con *negligencia*, poniendo en peligro la vida, la salud o bienes de terceros; y es de resaltar este supuesto, pues tal como lo abordamos en el apartado de conducción temeraria, se identifica al término temeridad con la imprudencia grave o imprudencia temeraria, sin embargo, hay que distinguir que el delito de conducción temeraria es un delito doloso de

---

conducir y de ciento veinte a ciento ochenta días de trabajo a favor de la comunidad, al estar en estado de ebriedad o bajo los influjos de estupefacientes o psicotrópicos o manipulando un equipo de radio comunicación o de telefonía celular.

III.- Si la conducción temeraria provocara daños a terceros se castigará con pena de prisión de uno a tres años, sin perjuicio de las penas y sanciones generadas por los demás delitos que se deriven del hecho que se sanciona.

Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte público en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley de Tránsito y Transporte del Estado de Morelos, la sanción se agravará hasta en una mitad más de la prevista, en la fracción I y II.

Para los efectos de este artículo, se considerará conducción temeraria: manejar en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes o psicotrópicos, o que sin los efectos del alcohol o alguna otra sustancia prohibida conduzca un vehículo con negligencia y ponga en peligro la vida, la salud personal o los bienes de terceras personas.

De la misma manera se considerará conducción temeraria manejar manipulando un equipo de radio comunicación o de telefonía celular para realizar y contestar llamadas o mandar mensajes de texto, con excepción de que los mismos sean utilizados con accesorios o equipos auxiliares que permitan tener las manos libres u otra tecnología que evite la distracción del conductor.

<sup>1405</sup> *Vid. Supra*. Sobre que entender por conducción temeraria, retomaremos lo que se enunció cuando abordamos el delito de conducción temeraria para el CP. Se identifica al término temeridad con la imprudencia grave o imprudencia temeraria, sin embargo, hay que distinguir que el delito de conducción temeraria es un delito doloso de peligro, que no se confunde con los delitos imprudentes de lesión. Así, un delito contra la seguridad vial, en el de conducción temeraria, se va a utilizar como baremo para valorar la vulneración del deber de cuidado, las leyes de Tránsito Vial, por lo que la conducción temeraria será aquella que vulnera las más elementales normas de cuidado de la *lex artis*, exigibles a un conductor medio, en el ámbito de circulación vial. *Vid. MORENO ALCAZAR. Los delitos de conducción temeraria. Op. cit. pp.85, 86.*

peligro, y no debe ser confundido con los delitos imprudentes de lesión. Por eso resulta contradictorio ese supuesto manejado por el CP del Estado de Morelos, porque, al hablar de un delito de conducción temeraria, se entiende que estamos ante un delito doloso, y no podría configurarse la conducción temeraria, cuando se conduzca el vehículo con negligencia y se ponga en peligro la vida o la salud de las personas, pues no se debe confundir la temeridad con la negligencia.

En los CP de Nayarit<sup>1406</sup> y Yucatán<sup>1407</sup>, también encontramos este delito, contemplando sanciones penales contra quien conduzca en estado de ebriedad o bajo la influencia de alguna droga y hacen referencia a cuando considerar que la persona está en estado de ebriedad.

Mientras que en el CP de Sonora<sup>1408</sup>, encontramos que maneja dos supuestos distintos para sancionar penalmente: el primero quien conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas y cometa otra infracción de tránsito; y en segundo lugar cuando sea reincidente, es decir que sea la segunda vez que haya sido detenido conduciendo bajo los influjos del alcohol o drogas, que afecten sus facultades psicomotrices, siempre que sea dentro del plazo de un año.

---

<sup>1406</sup> Artículo 191.- Se impondrá prisión de uno a tres años y multa de veinte a cien días, y suspensión de la licencia para manejar por igual término, al que conduzca un vehículo de motor en estado de ebriedad plenamente comprobado, o bajo la influencia de narcóticos o sustancias tóxicas.

Para efectos de este Código, se considera que una persona se encuentra en estado de ebriedad, si tiene en su cuerpo, al menos cualquiera de las cantidades siguientes o su equivalente: En la sangre 0.8 gramos de alcohol por litro, en la orina 1.3 miligramos de alcohol por mililitro, o en el aire exhalado 0.4 miligramos de alcohol por litro.

<sup>1407</sup> Artículo 172.- A quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias similares, conduzca algún vehículo de motor, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a cien días multa, además de la sanción correspondiente al delito que se hubiere cometido.

Para efectos de este Código se considera que una persona se encuentra en estado de ebriedad cuando en su organismo existen 100 miligramos o más de alcohol por cada 100 mililitros de sangre o cuando existen 130 miligramos o más de alcohol por cada 100 mililitros de orina.

Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte escolar o de servicio público de pasajeros, se duplicarán las sanciones señaladas en este artículo.

A quien cometa delito establecido en este artículo se le aplicarán además las sanciones que se mencionan en el artículo 171 de este Código.

<sup>1408</sup> Artículo 144. - Se impondrán de tres días a dos años de prisión y suspensión de la licencia para manejar desde un mes hasta tres años:

- I. Al que conduzca un vehículo de motor en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que afecte las facultades psicomotrices y cometa alguna otra infracción a las disposiciones jurídicas que regulen el tránsito de vehículos; y
- II. Al que, por segunda ocasión dentro del plazo de un año, sea infraccionado por conducir vehículos de motor en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otra sustancia que afecte las facultades psicomotrices.

Cuando las conductas señaladas en las fracciones anteriores se realicen en las inmediaciones de instituciones de educación básica, media superior o superior, durante el horario escolar, así como dentro de los sesenta minutos anteriores y posteriores al inicio y culminación del horario de clases, respectivamente, la sanción será de seis días a cuatro años de prisión y suspensión de la licencia para manejar desde un mes hasta tres años.

Si este delito se comete por el conductor de un vehículo de transporte del servicio público, privado o escolar durante el desarrollo de su oficio o empleo, la sanción será de uno a tres años de prisión y suspensión de la licencia para manejar desde un mes hasta tres años.

Cuando las autoridades de tránsito tengan conocimiento de la probable comisión de un delito de los previstos en este Capítulo, emitirán, inmediatamente, la declaratoria respecto a la existencia de las infracciones relativas, y la harán del conocimiento del Ministerio Público, para los efectos legales que procedan, aportándole las actuaciones y pruebas que se hubieren allegado.

En Veracruz se tipifican en su CP<sup>1409</sup>, dos conductas por un lado la conducción temeraria y por el otro la conducción bajo los influjos del alcohol o drogas. El primer supuesto que maneja la fracción I, no la abordare porque se trata de un delito de peligro concreto, al expresamente señalar que se deberá poner en peligro la vida, salud personal o los bienes de alguien. La fracción II es la que retomare, al tratarse del supuesto que estamos abordando en este apartado, relativo a la ingesta de bebidas alcohólicas, o drogas estupefacientes etc., este CP nos va a señalar (como los CP de Guerrero, Jalisco, Nayarit, Yucatán), que tasas de alcohol debe tomarse en cuenta para considerarse un estado de ebriedad punible penalmente.

En Zacatecas su CP contempla en el artículo 144<sup>1410</sup> este delito, sancionando penalmente a quien en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas conduzca un vehículo, aquí apuntaremos que este artículo exige que debe estar plenamente comprobado el manejo en estado de ebriedad o el uso de drogas, que, aunque aquí no señala como se comprueba, debemos remitirnos a su Ley en materia de Tránsito. Y finalmente señala el artículo en comento, que no debe haber provocado accidente punible, en caso contrario se analizaría un posible concurso.

Los delitos que hasta aquí hemos referido, contienen implícitamente un peligro abstracto para el bien jurídico, porque se parte de considerar generalmente como peligrosa, la conducta de manejar bajo el influjo del alcohol o drogas, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido. Salvo el caso del CP de Morelos, donde como lo comentamos, el delito es un delito de peligro concreto al referirnos que debe existir un peligro para la vida, salud o bienes de terceros.

Por lo que hace al CP en el artículo 379.2<sup>1411</sup> se sanciona a quien condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

---

<sup>1409</sup> Artículo 276.-Se impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a quinientos días de salario, así como suspensión de derechos para conducir vehículos hasta por tres años a quien:

I. Conduzca un vehículo con temeridad y ponga en peligro la vida, la salud personal o los bienes de alguien;  
o

II. En estado de ebriedad con un nivel superior de 0.4 (cero punto cuatro) miligramos de alcohol en aire exhalado o 0.8 (cero punto ocho) gramos de alcohol en la sangre, o bajo el influjo de medicamentos sin prescripción médica, estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias tóxicas, maneje vehículos de motor. Si este delito se comete por conductores de vehículos de transporte de pasajeros, turismo o carga en cualquiera de las modalidades incluidos los de materiales, residuos, remanentes y desechos peligrosos, o de arrastre, independientemente del origen de la concesión o permiso para prestar el servicio, las sanciones serán de tres a nueve años de prisión, multa hasta de ochocientos días de salario y suspensión del derecho de conducir vehículos de motor hasta por otros siete años o privación definitiva del derecho de manejar, en caso de reincidencia.

<sup>1410</sup> Artículo 144.- Al que en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas enervantes plenamente comprobados conduzca un vehículo, se impondrá prisión de tres meses a un año o multa de cinco a cincuenta cuotas y suspensión de la licencia para manejar de uno a dos años, si no provoca un accidente punible.

<sup>1411</sup> Artículo 379.2. 2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

La conducta descrita en este tipo penal consiste en siempre conducir bajo los efectos del alcohol o de alguna droga. En el caso del alcohol, se debe superar los límites mencionados, “existiendo una presunción *iuris et de iure*, mientras que, si no se supera, o si la prueba no se ha realizado, o bien, se trata de una sustancia respecto de la cual no hay prueba para determinarla, la afectación se deberá probar en el caso concreto”<sup>1412</sup>.

Ante esta conducta deberá únicamente acreditarse por parte de la acusación, que el sujeto conducía alcoholizado y con las tasas de alcohol que señala el tipo penal. Toda vez que, conducir con unas tasas suficientemente significativas de alcohol, es peligroso, porque altera tanto las condiciones en las que se encuentra el sujeto activo, como su capacidad de atención y respuesta<sup>1413</sup>.

Este delito, por tanto, no nos exige la demostración de la puesta en peligro concreto de la vida o de algún otro bien jurídico, solo basta conducir bajo los influjos del alcohol o de alguna droga o sustancia, para cometerse dicho delito. Al respecto se ha señalado que debería exigirse un mínimo de peligro para los bienes jurídicos o en su defecto, que haya creado un riesgo para la circulación, aunque no se ponga en peligro concreto bienes jurídicos individuales<sup>1414</sup>.

Si bien no se niega que el dato objetivo de la concentración del alcohol en la sangre, es sin duda un indicio de la afectación negativa que ocasiona su ingesta; por otro lado, se considera que no deja de ser un indicio y que debe completarse con más datos de prueba, como las características somáticas del sujeto y otras circunstancias en que tenga lugar la administración de la sustancia, a fin de determinar hasta qué punto el nivel del alcohol influyo realmente en la conducción<sup>1415</sup>.

Sin embargo, debe aclararse que estas afirmaciones ya se habían formulado al CP antes de la reforma del 2007<sup>1416</sup>, ya que una de las reformas fue precisamente introducir lo relativo a demostrar que se conduce *con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro*. Con la introducción de requisito, se incluye la prueba en contrario, en algunos casos, por ejemplo, comprobar que efectivamente hubo una afectación en las capacidades de conducción (como la atención y la reacción), a pesar de circular con altas tasas de alcohol en la sangre. Esta inclusión de una prueba en contra parte de tratar de evitar encontrarse en tipos penales meramente formales, es decir, ante delitos de peligro abstracto, donde no se lesiona ni se ponen en peligro concreto, ningún bien jurídico, tal como ya lo hemos comentado.

---

<sup>1412</sup> MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* p. 634.

<sup>1413</sup> Vid. CARBONELL MATEU. Art. 379. En *Prevención y control...* *Op. cit.* p. 254.

<sup>1414</sup> Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial. Op. cit.* pp. 634, 635.

<sup>1415</sup> Vid. FERRANDIS CIPRIÁN. Artículo 379.2. En *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*. Coord. Enrique Orts Berenguer, et al. Tirant lo Blanch. Valencia 2011. p. 292.

<sup>1416</sup> El artículo 379 antes de la reforma del 2007 señalaba lo siguiente: Artículo 379. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Lo anterior se afirma, pues se considera que aplicar el artículo de forma literal, generaría un automatismo, ya que “el grado de concentración etílica no debiera ser el criterio decisivo para determinar la comisión del delito, pues el empleo de un baremo objetivo como el señalado no tiene en cuenta los muy diversos efectos de una idéntica ingestión de alcohol sobre los diversos individuos y sobre lo que aquí tendría que ser decisivo, es decir, la peligrosidad de su conducción”<sup>1417</sup>.

Este último tema, resulta por demás debatido, y tiene que ver con la consideración de este delito como de presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*, cabe o no la prueba en contrario, y como lo manifestamos en el tema superior, a quien le corresponderá aportar esa prueba. Debe o no el juzgador ceñirse a lo establecido en el tipo penal de manera literal, o debe tomar otros medios de prueba que refuercen la convicción de que se ha cometido el delito. Al respecto considero que, debemos hacer una distinción en cuanto las hipótesis que maneja el tipo penal del 379.2, cuando solo debe comprobarse las tasas de alcohol y otro supuesto en cuando debe comprobarse que hay una influencia sobre la conducción por drogas o bebidas alcohólicas, en el primer supuesto no cabría una prueba en contra y en el segundo supuesto deberá comprobarse que efectivamente existe una influencia en la conducción.

Como lo comentamos anteriormente, si bien se puede apreciar que existe la posibilidad de aportar una prueba en contra, estas pruebas sería poco prácticas, pues la prueba en contra, sería el comprobar que con tan altas cantidades de alcohol en la sangre, no se vean afectadas las capacidades para conducir, sin embargo, pese a que en la práctica es poco probable realizar esas pruebas en contra, ello permitió, como lo señalamos, evitar que se traten de delitos meramente formales, donde solo se requiere la comprobación textual de que la conducta de realizo, para que se cometa el delito.

En este sentido, GALLERO SOLER considera que el artículo 379.2, el cual contiene dos formas de aplicar este delito: a) cuando se superan las tasas de alcohol de 0,6 y 1, 2 respectivamente, en todos los casos existirá delito, sin que sea necesario acreditar ningún otro elemento típico, más que la mera superación de tasas; b) en el resto de los casos, se tendrá que seguir exigiendo la prueba de la ingesta de alcohol y de la efectiva y real influencia en la conducción<sup>1418</sup>.

Respecto del primer supuesto, se menciona que el legislador pretendió dar por probada la lesividad material, la efectiva influencia a partir de un dato estadístico<sup>1419</sup>.

En el segundo supuesto, donde es necesario probar que el conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el delito se convertiría en uno de los llamados delitos de «lesión-peligro»<sup>1420</sup> en el sentido de que se hace necesaria la «efectiva» lesión

---

<sup>1417</sup> Vid. FERRANDIS CIPRIÁN. Artículo 379.2. En *Prevención y control de la siniestralidad vial*. Op. cit. p. 293.

<sup>1418</sup> Vid. GALLEGU SOLER, José Ignacio. El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2). En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad vial*. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores). Sergi Cardenal Montraveta (Coordinador). Tirant lo Blanch reformas. Valencia, 2008. p. 170.

<sup>1419</sup> *Ibid.*

<sup>1420</sup> Vid. Tema 3.4.1 del Capítulo III de este trabajo, con respecto a los delitos de lesión-peligro.

del bien jurídico, como lo es en este delito la seguridad del tráfico, como bien jurídico colectivo, que en abstracto lo que protegen es la vida y la salud de las personas.<sup>1421</sup>

La mayoría de la doctrina penal ha resuelto, en cuanto a la naturaleza jurídica del tipo penal contenido en el artículo 379, que refiere a un delito de peligro abstracto, toda vez que la realización típica no exige un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas<sup>1422</sup>.

Así, REQUEJO CONDE agrega que el artículo 379 es un delito de peligro abstracto, de máxima imprudencia o con una «presunción de gravedad del peligro» y con un dolo de peligro, sancionable aun y cuando ningún ciudadano se haya visto en situación de concreto peligro para su persona o bienes<sup>1423</sup>.

En el mismo sentido, coincidimos en que este delito del artículo 379, en sus dos modalidades 379.1 exceso de velocidad y 379.2 conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas o drogas, son de naturaleza jurídica de un delito de peligro abstracto, donde existe cierto consenso de la doctrina penal, entre otras circunstancias y justificaciones, por la relación que hay entre la velocidad y la alcoholemia, desde un punto de vista del estudio empírico, con las tasas de siniestralidad en la conducción<sup>1424</sup>.

Sin embargo, se ha estimado que en el caso del artículo 379.1, lejos de considerar el exceso de velocidad (velocidad temeraria), como una nueva concreción de lo que ha de creerse como conducta potencialmente peligrosa, se fijaron taxativamente unos índices de velocidad que, al ser superados dan lugar a una sanción penal. Por lo que se estaría, de vuelta al automatismo, toda vez que el legislador español, cayó en la tentación de evitar cualquier posible valoración del órgano jurisdiccional respecto de la existencia real de una situación potencial de peligro. Por lo que, en ese sentido, se impediría la libre valoración de la prueba en función de las circunstancias que rodean el caso concreto. Considerando que ya no se está hablando de que el legislador introduce un nuevo delito de peligro abstracto, sino que se desliza de nuevo por el incierto terreno del delito obstáculo<sup>1425</sup>.

Por otro lado, debemos resaltar lo señalado por la jurisprudencia española que de manera muy clara hace algunas precisiones con respecto a este delito, en primer lugar, establece que debemos entender por «conducir»; ya que el artículo 379, tanto en sus puntos 1 y 2, comparte el verbo nuclear típico, por tanto, debe existir una conducción de un vehículo de motor y ciclomotor. Subrayando la jurisprudencia que “conducir un vehículo a motor o un ciclomotor” es la conducta que se lleva a cabo por la persona que

---

<sup>1421</sup> Vid. CUESTA PASTOR, Pablo J. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Colección “Monografías de Derecho penal” 19. Director: Lorenzo Morillas Cueva. Ed. Dykinson S.L. Madrid 2012. p. 89./ Cfr. También el tema sobre los bienes jurídicos intermedios del capítulo III de este trabajo, donde abordamos lo relativo a los delitos de lesión-peligro, mediante los cuales se busca evitar las críticas a los delitos de peligro abstracto.

<sup>1422</sup> *Ibid.* pp. 89, 90.

<sup>1423</sup> Vid. REQUEJO CONDE. *Delitos relativos al tráfico viario*. *Op. cit.* p. 44.

<sup>1424</sup> Vid. CUESTA PASTOR. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas... Op. cit.* p. 91.

<sup>1425</sup> *Ibid.* pp. 91-93. El autor describe al delito obstáculo como “la genuina expresión de un fenómeno de «prevención sin riesgo» puesto que la conducta típica no implica ningún peligro respecto del bien jurídico protegido, sino que simplemente supone una «premisa idónea» para que efectivamente se produzca un ataque o un riesgo en un momento posterior. Lo que implica, la mera lesión de un bien jurídico formal que suele coincidir con «el interés del estado en controlar determinadas conductas»”.

maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza... La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas (...) El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.”<sup>1426</sup>

La misma jurisprudencia española, respecto a que bien jurídico se protege ha señalado que “es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar”.<sup>1427</sup>

Y como lo adelantábamos este delito del artículo 379.2 del CP, se trata de un delito de peligro abstracto, como lo confirma la sentencia que comentamos *supra* líneas: “el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tipificado como delito de peligro abstracto (y no de idoneidad o de aptitud) por lo que resulta necesario verificar el riesgo generado. 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 produce...El delito previsto en el art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad ex ante de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma

---

<sup>1426</sup> Sentencia núm. 48/2020 de 11 febrero. TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª). RJ\2020\447. Hechos Probados: Queda probado y así se declara que sobre las 3'10 horas del día 24 de Diciembre de 2.017 el acusado Salvador mayor de edad y sin antecedentes penales, encontrándose con unos amigos en las inmediaciones de la calle Sirenas de esta Capital, a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal la motocicleta Torrot Muvi de la empresa de alquiler "Muving", matrícula ....-CJB, llegando a sacar el vehículo de su estacionamiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local. Salvador se encontraba en el momento de los hechos bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, presentando claros síntomas de embriaguez, que lo incapacitaban para conducir sin riesgos, tales como la deambulacion inestable y oscilante, el fuerte aliento a alcohol, hablar inadecuado con repetición de frases o ideas, ojos brillantes y pupilas dilatadas; y; tras ser requerido se sometió de forma voluntaria a la prueba de alcoholemia que arrojó un resultado positivo de 0'74 y 0'76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones practicadas. Buscador Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>1427</sup> *Ibid.*/ *Vid.* Sobre los bienes jurídicos intermedios lo abordado en el capítulo III de este trabajo.

(desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto...»<sup>1428</sup>

Esta jurisprudencia española del Tribunal Supremo, me parece que de forma muy clara expone lo relativo a los elementos del delito del artículo 379, en especial del 379.2 en especial el primer inciso de dicho artículo, describiendo que entender por conducción, también cuál es el bien jurídico protegido. Así mismo, considero que, en pocas sentencias, sobre todo en México, se ilustra de forma tan explícita, el artículo 379.2 como delito de peligro abstracto.

#### 4.1.2. C. Delitos contra la seguridad de la comunidad.

En algunos Estados de la República Mexicana, legislaron en sus CP ciertos delitos que, si bien reciben diversas denominaciones, hemos agrupado como Delitos contra la seguridad de la comunidad, ya que la mayoría de los CP así los tutelan.

En el CP de Durango encontramos este delito en el artículo 255<sup>1429</sup>, donde se incluyen ocho fracciones para quien sin causa justificada: posee o porte uno o más

---

<sup>1428</sup> *Ibíd.* Sentencia núm. 48/2020 de 11 febrero.

<sup>1429</sup> Artículo 255. Comete el delito contra la seguridad de la comunidad, quién sin causa justificada:

I. Posea o porte en su persona, en su domicilio, en el automotor en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su negocio o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o más aparatos o equipos de comunicación de cualquier tipo y se utilicen con fines ilícitos, que hubieren sido contratados con documentación falsa, alterada o con cualquier otro medio ilícito, o de terceros sin su conocimiento o utilizados sin la autorización de éstos o que por su origen, a la autoridad le resulte imposible conocer la identidad real del usuario del aparato o equipo de comunicación;

II. Posea o porte en su persona, en su domicilio, en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas;

III. Posea, se desplace o se le relacione con las anteriores actividades, en su domicilio o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o varios automotores robados o cuya propiedad se pretenda acreditar con documentación falsa o alterada o con cualquier otro medio ilícito;

IV. Posea o porte en su persona, en su domicilio o en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, una o varias identificaciones alteradas o apócrifas o verdaderas que contengan datos falsos;

V. Adquiera, tenga calidad de arrendatario o use uno o varios inmuebles con fines ilícitos, cuando para contratarlos hubiere presentado identificación alterada o falsa o utilice la identidad de otra persona real o inexistente;

VI. Posea o porte, en su persona o en su domicilio o en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o más de los siguientes objetos: Prendas de vestir, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los oficiales;

VII. Posea o porte en su persona o en su domicilio o en el automotor en que se encuentre o de cualquier manera se le vincule con éste o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, documentos, uno o varios escritos o mensajes elaborados por cualquier medio que tenga relación con grupos o actividades delictivas; y,

VIII. Posea o porte en su persona o en su domicilio o en el automotor en que se encuentre o de cualquier manera se le relacione con éste o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o varios accesorios u objetos que porten los automotores oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o utilicen los colores, insignias, diseño o logotipos para igualar la apariencia de los oficiales.

Al responsable del delito contra la seguridad de la comunidad, se le impondrán de seis a quince años de prisión y multa de cuatrocientas treinta y dos a mil ochenta veces la Unidad de Medida y Actualización.

equipos de comunicación y se utilicen en fines ilícitos, que hubieran sido contratados con documentación falsa o alterada o bajo otras condiciones de ilicitud; también poseer o portar equipos o artefactos que permitan la intervención o escucha o transmisión de datos, relativos a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas; así mismo, poseer o desplazarse en vehículos robados o al pretender acreditar la propiedad presente documentación falsa o ilícita; poseer o portar identificaciones falsas o apócrifas; adquiera inmuebles con fines ilícitos, con documentación falsa; poseer o portar prendas de vestir o equipos relativos a las instituciones de seguridad; poseer o portar escritos, mensajes o documentos que tengan relación con actividades delincuenciales; y finalmente, poseer o portar elementos relativos que porten los vehículos oficiales, policiales o militares, o utilicen logotipos con la finalidad de igualar la apariencia de los mismos.

Podemos observar de las fracciones descritas, que el legislador opta por adelantarse a la comisión de delitos en contra de sus instituciones de seguridad o bien, que se utilicen medios obtenidos ilícitamente, con la finalidad de cometer otros hechos ilícitos, es decir, desde mi punto de vista, se sancionan algunas conductas que configuran actos preparatorios de la comisión de otros delitos. Por ejemplo, obtener escuchas o datos de instituciones de seguridad pública, o bien, portar equipos de comunicación que hayan sido contratados con documentación falsa, poseer o portar identificaciones falsas, portar o poseer uniformes o accesorios que ayuden a simular a los delincuentes como miembros de alguna corporación policial o militar. Estas conductas tienen como finalidad, el preparar la comisión de otros delitos, así, quien posee aparatos de comunicación que permitan la escucha de canales de comunicación oficiales, de instituciones de seguridad pública, buscan evadir de alguna forma la acción de la policía. Y es que precisamente los actos preparatorios suelen responder a la idea de peligro abstracto, pues en dichos actos preparatorios, se pone en peligro el bien jurídico protegido.

Y algunas otras conductas que en sí mismas ya forman el agotamiento de otros delitos, por ejemplo, el trasladarse en vehículos robados o el obtener inmuebles con documentación falsa. Hechos que podrían sancionarse con otros delitos, por ejemplo, con el robo o con el fraude, sin embargo, al estar preparando otro delito, se sanciona de forma diferente, situación que deberá acreditarse.

Los supuestos previstos en el CP de Durango contienen delitos de peligro abstracto, pues no requieren lesionar algún bien jurídico o ponerlo de forma concreta en peligro, de forma muy anticipada el legislador sanciona conductas que preparan y ponen en peligro otros bienes jurídicos.

En Nayarit el artículo 190<sup>1430</sup> de su CP, prevé el delito de atentado contra la seguridad de la comunidad. El cual repite algunas de las conductas que comentamos y

---

Las anteriores penas se aumentarán hasta en una mitad, cuando en la ejecución del delito se utilice uno o varios menores de edad o cuando el sujeto activo sea un servidor público vinculado a la seguridad pública, al ejército o a la armada o haya tenido tal carácter en los cinco años anteriores a la ejecución de la conducta típica o haya utilizado vehículos automotores con vidrios polarizados.

<sup>1430</sup> Artículo 190.- Comete el delito de atentado contra la seguridad de la comunidad y se le aplicará sanción de uno a seis años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días, a quien sin causa justificada posea o porte cualquiera de los siguientes objetos:

I. Uno o más equipos de comunicación que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales, cuando tenga relación con el artículo 216 y siempre que dichos aparatos estén en funcionamiento;

contemplo el CP de Durango, como la fracción I, sin embargo, aquí se agrega que los aparatos deben estar en funcionamiento y que estén relacionados con el artículo 216<sup>1431</sup>,

II. Una o más identificaciones oficiales alteradas o falsas, independientemente de la sanción que pudiera corresponderle como autor del delito de falsificación de documentos;

III. Uno o más uniformes, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas, sin estar facultado para ello;

IV. Uno o más accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o a quien utilice en aquéllos las particularidades que de cualquier forma igualen la apariencia de los vehículos oficiales, o

V. Cualquier aparato tecnológico de comunicación de voz o datos, dentro del centro o lugar donde se ejecuten sanciones penales privativas de libertad o prisión preventiva, sin la autorización previa del director o autoridad titular del mismo.

Las penas a las que se refiere el presente artículo, se aumentarán hasta en una mitad más de la que corresponda por el delito cometido, cuando para su perpetración se utilicen uno o más menores de edad.

<sup>1431</sup> Artículo 216.- Comete el delito contra la seguridad pública y se le impondrán de tres a siete años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días a quien incurra en cualquiera de las conductas siguientes:

I. Utilice instrumentos punzocortantes, punzo contundentes, contuso cortantes, contuso contundentes, que por su resistencia o su fuerza, dañe o impida el paso de vehículos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencial;

II. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, equipos de comunicación de cualquier tipo;

III. Posea, porte o utilice equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos para prácticas de espionaje, con respecto a canales de comunicaciones oficiales o privadas, estos últimos cuando sean utilizados para funciones de seguridad pública;

IV. Permita o consienta la instalación de antenas o cualquier instrumento de comunicación en bienes de su propiedad o posesión, con los cuales se intercepte o transmita la señal o las comunicaciones para el espionaje o halconeos;

V. Posea, porte o utilice para el espionaje, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, uniformes, prendas de vestir, insignias, distintivos o equipos correspondientes o similares a los utilizados por cualquiera de las instituciones o corporaciones policiales municipales, estatales, federales o de las fuerzas armadas mexicanas, o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;

VI. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, escritos o mensajes producidos por cualquier medio, que tengan relación con alguna pandilla o miembros de la delincuencia organizada, de algún grupo o actividades delictivas; así como de las actividades de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VII. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VIII. Detente, posea, conduzca o custodie un vehículo que simule ser de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, para el espionaje, se le incrementará hasta la mitad de la sanción, prevista en este artículo, y

IX. Dañe, altere o impida el funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública, establecimientos o edificios públicos, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencial.

Las mismas penas se impondrán a los participantes que se vean involucrados en la ejecución de alguno de los supuestos descritos en las fracciones del párrafo anterior.

La pena se incrementará hasta la mitad cuando se empleen menores de edad, personas con discapacidad o de la tercera edad para la comisión de este delito.

Para los fines de este artículo se entenderá por:

I. Halconeos: La acción de acechar, vigilar o cualquier acto encaminado a obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencial.

II. Espionaje: Intervenir comunicaciones privadas u oficiales, utilizando cualquier medio tecnológico, para obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de

es decir, relativo al delito contra la seguridad pública, es decir, no basta solo poseer el aparato de radio comunicación por poseer, sino que debe tener una finalidad, pues en el CP de Durango, solo es suficiente poseerlo y que el aparato permita la escucha o transmisión. Las demás fracciones de la II a la IV, son similares a las enunciadas en el CP de Durango. Solamente la fracción V, no la contempla el CP anterior, relativa a poseer o portar cualquier aparato tecnológico de comunicación de voz o datos, dentro de un Centro de readaptación social, sin autorización, por ejemplo, poseer o portar algún teléfono en una cárcel, independientemente si se haya usado o no. Podemos ver cómo estas conductas siguen tratándose como delitos de peligro abstracto, adelantando la barrera de protección del Derecho penal, para evitar la comisión de otros delitos.

En el artículo 165 bis<sup>1432</sup> del CP de NL, llamado delito contra la seguridad de la comunidad, contempla en sus X fracciones, las mismas contenidas en el artículo 255 del CP de Durango, salvo por dos fracciones la I y la VII, la fracción I establece que se sancionara penalmente a quien porte o posea uno o varios instrumentos que puedan ser

---

los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia.

<sup>1432</sup> Artículo 165 bis. - Comete el delito contra la seguridad de la comunidad y se aplicará una sanción de seis a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas cuotas, a quien sin causa justificada incurra en dos o más de los siguientes supuestos:

I. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, o en el lugar donde se le capture, uno o varios instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas;

II. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o más aparatos o equipos de comunicación de cualquier tipo, que hubieren sido contratados con documentación falsa, o de terceros sin su conocimiento, o utilizados sin la autorización de éstos, o que por su origen a la autoridad le resulte imposible conocer la identidad real del usuario del aparato o equipo de comunicación;

III. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas;

IV. Posea o se desplace o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios vehículos robados o cuya propiedad se pretenda acreditar con documentación falsa o alterada, o con cualquier otro medio ilícito;

V. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, una o varias identificaciones alteradas o falsas, o verdaderas que contengan datos falsos;

VI. Adquiera, tenga la calidad de arrendatario o use uno o varios inmuebles, cuando para contratarlos hubiere presentado identificación alterada o falsa o utilice la identidad de otra persona real o inexistente;

VII. Posea, utilice o se le relacione con uno o varios vehículos sin placas o con documentos, placas o cualquier otro medio de identificación o de control vehicular falsos o que no correspondan al vehículo que los porta;

VIII. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o más de los siguientes objetos: prendas de vestir, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;

IX. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o de cualquier manera se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios escritos o mensajes producidos por cualquier medio que tengan relación con grupos o actividades delictivas;

X. Posea o porte, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o utilice en aquellos los colores, insignias, diseño o particularidades para igualar la apariencia de los vehículos oficiales.

Igual sanción se impondrá a todos los participantes, cuando dos o más personas incurran en dos o más de los supuestos descritos en este artículo, si no es posible determinar quién posea dichos objetos.

aptos para agredir y que no tengan aplicación en otras actividades. Esta fracción nos recuerda al delito de armas prohibidas, que hemos abordado en este trabajo, sin embargo, el legislador de NL decidió también incluirlo en este delito, violando así el principio *non bis in ídem*, como enseguida lo comentaremos.

Al respecto de esta fracción y al comentario que vertimos, hay que señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada, ha considerado que las fracciones I, IV y VII, vulneran el principio *non bis in ídem*, al considerar que "...el supuesto regulado en la citada fracción I, da lugar a la sobreposición del reproche jurídico-penal, pues no obstante que en el ordenamiento punitivo local (artículo 174) se sanciona el delito de portación de armas prohibidas, el legislador previó en dicha fracción otra norma penal para establecer un listado de acciones y generar un doble reproche, es decir, se admite la posibilidad de juzgar a una persona por la comisión del delito de portación de arma prohibida, sea o no bélica, y por el delito contra la seguridad de la comunidad..."<sup>1433</sup>, así mismo las fracciones IV y VII "porque los enunciados previstos en las fracciones IV y VII del artículo 165 bis, por sí mismos, generan un problema de interpretación sistemática por redundancia, ya que es posible aplicarlos sobre un mismo supuesto fáctico, de manera que genera un problema de aplicación en la conjunción de supuestos hipotéticos que

---

<sup>1433</sup> Tesis Aislada: DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 165 BIS, FRACCIONES I, IV Y VII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, VULNERA EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. La prohibición de doble juzgamiento está reconocida en los artículos 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, numeral 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8, numeral 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual implica que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, lo que en términos de dogmática jurídico-penal se define en el principio *non bis in ídem*. Ahora bien, el artículo 165 bis, fracciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, al establecer que "Comete el delito contra la seguridad de la comunidad (...) quien sin causa justificada incurra en dos o más de los siguientes supuestos: I. Posea o porte (...) uno o varios instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas... IV. Posea o se desplace o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios vehículos robados o cuya propiedad se pretenda acreditar con documentación falsa o alterada, o con cualquier otro medio ilícito ... VII. Posea, utilice o se le relacione con uno o varios vehículos sin placas o con documentos, placas o cualquier otro medio de identificación o de control vehicular falsos o que no correspondan al vehículo que los porta ...", vulnera el principio *non bis in ídem*. Lo anterior es así, toda vez que el supuesto regulado en la citada fracción I, da lugar a la sobreposición del reproche jurídico-penal, pues no obstante que en el ordenamiento punitivo local (artículo 174) se sanciona el delito de portación de armas prohibidas, el legislador previó en dicha fracción otra norma penal para establecer un listado de acciones y generar un doble reproche, es decir, se admite la posibilidad de juzgar a una persona por la comisión del delito de portación de arma prohibida, sea o no bélica, y por el delito contra la seguridad de la comunidad cuando, además, concorra otro de los supuestos del numeral 165 bis aludido, por ejemplo, cuando el activo se encuentre en posesión de un vehículo robado o con placas que no le corresponden (fracción VII); además, porque los enunciados previstos en las fracciones IV y VII del artículo 165 bis, por sí mismos, generan un problema de interpretación sistemática por redundancia, ya que es posible aplicarlos sobre un mismo supuesto fáctico, de manera que genera un problema de aplicación en la conjunción de supuestos hipotéticos que actualizan el delito en estudio. Así, a partir de un solo hecho fáctico, se fraccionan todas las condiciones de comisión para determinar que concurren varios supuestos de acciones de peligro para la sociedad, que merecen un reproche penal individualizado, con independencia de que dichos actos, en lo individual, puedan constituir un tipo penal diverso, autónomo o calificado; por lo que es posible ejercer un reproche penal por las acciones individualizadas que concretizan un delito en particular y, al mismo tiempo, dada la conjunción de resultados -por ejemplo, vehículo robado con placas de identificación sobrepuestas que no le corresponden, en posesión de un individuo que porta una arma de fuego-, ejercer un reproche conjunto, ex post, mediante la afirmación del acreditamiento de un delito independiente. Tesis Registro digital: 2010489. Tesis: 1a. CCCLXXII/2015 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 968. Tipo: Aislada. Instancia: Primera Sala Décima Época Materia(s): Constitucional, Penal. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

actualizan el delito en estudio”<sup>1434</sup>. Considero que, aunque esta tesis es aislada y su cumplimiento aún no es obligatorio, posteriormente deberían pronunciarse con respecto a los CP de Tamaulipas y Durango, toda vez que prevén algunos supuestos iguales.

Por otra parte, la fracción VII<sup>1435</sup> contempla que a quien porte o posea vehículos sin placas o con documentos, placas o cualquier otro medio de identificación o de control vehicular falsos o que no correspondan al vehículo que los porta, se le sancionara penalmente. Esta fracción contempla que se sancionara a quien tenga en su poder un vehículo sin placas o sin documentos, que sin importar si se tiene como finalidad la comisión de algún otro delito o bien, si la inexistencia de documentos o placas sea producto de un acto delictivo, el hecho debe ser sancionado bajo este delito.

Nuevamente vemos como se adelantan las barreras de protección del Derecho penal, así mismo, que la mera posesión o portación de instrumentos que puedan ser aptos para agredir, o se utilice un vehículo sin placas, que dé inicio no pudieran ser para realizar algún hecho delictivo, ya se sancionara, pues consideran que se pone en peligro a la comunidad (es decir, a las personas que la integran) con esas conductas, sin embargo, desde mi punto de vista, la puesta en peligro al bien jurídico (ya sea la seguridad pública

---

<sup>1434</sup> *Ibíd.*

<sup>1435</sup> Las fracciones I, IV y VII, de este artículo 165 bis, del CP de Nuevo León, han sido consideradas que vulneran el principio de Taxatividad, según Tesis Aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vid. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 165 BIS, FRACCIONES I, IV Y VII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN QUE LO PREVÉ, VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de legalidad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que en la formulación de normas penales se cumpla con lo siguiente: a) la reserva de ley, por virtud de la cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona; y, c) el principio de taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben estar previstas en la ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, que implica la posibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón y la prohibición de tipos penales ambiguos. Por tal motivo, el legislador está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitar su alcance de acuerdo con los bienes tutelados, determinar el sujeto responsable y sus condiciones particulares y especiales, así como las penas que deben aplicarse en cada caso. En razón de lo anterior, el artículo 165 bis, fracciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, al establecer que "Comete el delito contra la seguridad de la comunidad (...) quien sin causa justificada incurra en dos o más de los siguientes supuestos: I. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste ...; IV. Posea o se desplace o se le relacione con éste (...) uno o varios vehículos robados ...; VII. Posea, utilice o se le relacione con uno o varios vehículos sin placas ...", genera problemas de interpretación lingüística por la ambigüedad y la vaguedad del significado que el juzgador puede asignar a la expresión "se le relacione", toda vez que provoca dudas, incertidumbre y confusión al tratar de entender el contexto al que está referido; esta imprecisión o indeterminación de lo que debe comprenderse por el vínculo de "relación" entre el sujeto activo y el objeto, no permite distinguir con claridad la finalidad que persigue el supuesto jurídico. De manera que, ante la falta de objeto o fin determinado, respecto a qué debe entenderse por esa "relación", la norma penal genera un vacío sobre los supuestos que colman la descripción típica y se transfiere al juzgador la elección de la actualización, que puede decidir a partir de apreciaciones subjetivas o interpretaciones abiertas y generales desde un esquema cerrado o estricto de aplicación o tan abierto que cualquier elemento de relación -objeto, subjetivo, concreto, abstracto, etcétera- es válido para colmar los supuestos hipotéticos descritos en la norma penal. Aunado a ello, también genera problemas para determinar si la "relación" con el objeto a que se refiere la norma penal, está vinculada con la autoría o participación del sujeto activo en la comisión del delito, porque también puede interpretarse que esa "relación" está determinada por una acción ilícita diversa, que pueda ser atribuida al mismo sujeto activo, como el robo del vehículo o las acciones desarrolladas para identificar un automóvil de forma ilegal. Tesis Registro digital: 2010488. Tesis: 1a. CCCLXXIII/2015 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 966. Tipo: Aislada. Instancia: Primera Sala. Décima época. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

o la seguridad del Estado), se ve lejano, aun concibiendo al tipo penal como un delito de peligro abstracto.

En Tamaulipas se prevé en su CP un delito denominado Atentados a la seguridad de la comunidad, en su artículo 171 Quáter<sup>1436</sup>, que viene a reproducir algunos de los supuestos que ya hemos visto en otros CP como en el de Durango y NL, como lo son las fracciones II, III, IV, V, VI, VII, de las que ya hemos realizado algunos comentarios anteriormente. Solo nos queda hablar sobre las fracciones no comprendidas en otros CP, como son las fracciones I, VIII y IX.

---

<sup>1436</sup> Artículo 171 Quáter. - Comete el delito de atentado contra la seguridad de la comunidad y se le aplicará una sanción de siete a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien sin causa justificada incurra en cualquiera de las siguientes fracciones:

I.- Quien utilice uno o más instrumentos en forma de abrojos, cuchillas, erizos, estrellas, púas o picos ponchallantas, fabricados de cualquier material que por su resistencia o contundencia, dañe o impida el paso de vehículos particulares u oficiales.

Cuando la conducta se cometa en contra de elementos de las fuerzas armadas o de seguridad pública o de sus equipos motores, muebles o inmuebles, se aumentará la penalidad dos terceras partes;

II.- Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o más aparatos o equipos de comunicación de cualquier tipo, que hubieren sido contratados con documentación falsa, o de terceros sin su conocimiento, o utilizados sin la autorización de éstos, o que por su origen a la autoridad le resulte imposible conocer la identidad real del usuario del aparato o equipo de comunicación;

III.- Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas;

IV.- Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, una o varias identificaciones alteradas o falsas;

V.- Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o más de los siguientes objetos: prendas de vestir, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas, sin estar facultado para ello;

VI.- Posea o porte, en su persona, o en el vehículo en que se encuentre o de cualquier manera se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios escritos o mensajes producidos por cualquier medio que tengan relación con alguna pandilla o miembros de una pandilla de algún grupo o actividades delictivas;

VII.- Posea o porte, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o utilice en aquéllos los colores, insignias, diseño o particularidades para igualar la apariencia de los vehículos oficiales. Igual sanción se impondrá a todos los participantes, cuando dos o más personas incurran en dos o más de los supuestos descritos en este artículo, si no es posible determinar quién posea dichos objetos;

VIII.- Al que en pandilla o dentro de una asociación delictuosa o banda, aceche, vigile o realice las funciones de obtener información o comunicar a la agrupación delictiva dicha información sobre la ubicación, acciones, actividades, movimientos, operativos o en general, las labores de los elementos de seguridad pública o de las fuerzas armadas, con la finalidad de obstaculizar o impedir su actuación; o bien, con la finalidad de facilitar o permitir la realización de algún delito por un tercero.

IX.- Quien dañe, altere o impida el adecuado funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública o establecimientos con acceso al público, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública.

X.- Se deroga (Decreto No. LXIII-160, P.O. Extraordinario No. 5, del 21 de abril de 2017).

Las penas a las que se refiere el presente artículo, se aumentarán hasta en una mitad de la que corresponda por el delito cometido, cuando para su perpetración se utilice a uno o varios menores de edad; o cuando el responsable sea un servidor público o haya tenido tal carácter dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta delictiva.

La fracción I refiere que a quien sin causa justificada utilice instrumentos en forma de abrojos, cuchillas, erizos, estrellas, púas o picos poncha llantas, que dañen o impidan el paso de vehículos particulares u oficiales.

La fracción VIII señala que aceche, vigile o realice las funciones de obtener información o comunicar a la agrupación delictiva dicha información sobre la ubicación, acciones, actividades, movimientos, operativos o en general, las labores de los elementos de seguridad pública o de las fuerzas armadas, con la finalidad de obstaculizar o impedir su actuación; o bien, con la finalidad de facilitar o permitir la realización de algún delito por un tercero.

Y la fracción IX cita que quien dañe, altere o impida el adecuado funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública o establecimientos con acceso al público, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública.

En similares términos el CP de Tlaxcala, contempla el Delito Contra la seguridad de la comunidad, en el artículo 310<sup>1437</sup>, que sigue lo previsto por los CP anteriores, en especial con el CP de Durango, las VIII fracciones prevén lo mismo que hemos

---

<sup>1437</sup> Artículo 310. Comete el delito contra la seguridad de la comunidad, quien sin causa justificada:

I. Posea o porte en su persona, en su domicilio, propiedades, en el automotor en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su negocio o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, uno o más aparatos o equipos de comunicación de cualquier tipo y se utilicen con fines ilícitos, que hubieren sido contratados con documentación falsa, alterada o con cualquier otro medio ilícito, o de terceros sin su conocimiento o utilizados sin la autorización de éstos o que por su origen, a la autoridad le resulte imposible conocer la identidad real del usuario del aparato o equipo de comunicación;

II. Posea o porte en su persona, en su domicilio, propiedades, en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar dónde se le prive de su libertad personal, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas sin la autorización de quien pueda otorgarla;

III. Posea, se desplace o se le relacione con las anteriores actividades, en su domicilio o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, uno o varios automotores robados o cuya propiedad se pretenda acreditar con documentación falsa o alterada o con cualquier otro medio ilícito;

IV. Posea o porte en su persona, en su domicilio, propiedades o en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, una o varias identificaciones alteradas o apócrifas que contengan datos falsos;

V. Adquiera, tenga calidad de arrendatario o use uno o varios inmuebles con fines ilícitos, cuando para contratarlos hubiere presentado identificación alterada o falsa o utilice la identidad de otra persona real o inexistente;

VI. Posea o porte, en su persona o en su domicilio, propiedades o en el automotor en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, uno o más de los siguientes objetos: Prendas de vestir, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los oficiales;

VII. Posea o porte en su persona o en su domicilio, propiedades o en el automotor en que se encuentre o de cualquier manera se le vincule con éste o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, documentos, uno o varios escritos o mensajes elaborados por cualquier medio que tenga relación, conforme a las reglas de participación con grupos o actividades delictivas, y

VIII. Posea o porte en su persona o en su domicilio o en el automotor en que se encuentre o de cualquier manera se le relacione con éste o en el lugar donde se le prive de su libertad personal, uno o varios accesorios u objetos que porten los automotores oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o utilicen los colores, insignias, diseño o logotipos para igualar la apariencia de los oficiales.

Al responsable del delito contra la seguridad de la comunidad, se le impondrán de seis a quince años de prisión y multa de cuatrocientos treinta y dos a mil ochenta días de salario.

Las anteriores penas se aumentarán hasta en una mitad, cuando en la ejecución del delito se utilice uno o varios menores de edad o cuando el sujeto activo sea un servidor público vinculado a la seguridad pública, al ejército o a la armada o haya tenido tal carácter en los cinco años anteriores a la ejecución de la conducta típica o haya utilizado vehículos automotores con vidrios polarizados.

mencionado en otros CP, sin dejar de comentar que cada una de las fracciones contienen un delito de peligro abstracto, en tanto que los supuestos previstos, no lesionan el bien jurídico protegido, que en este caso es la seguridad de la comunidad o la seguridad pública, solamente lo ponen en peligro de forma abstracta.

También debemos mencionar que algunas fracciones entrarían en concurso con otros delitos, por ejemplo, la fracción III, que señala que al que se le encuentre en posesión de uno o varios vehículos robados, entraría en concurso con el robo. De igual manera las fracciones IV y V, con el delito de falsificación de documentos, cuando los CP así lo prevean.

Otro de los Estados de México que contemplan este delito, es el de Zacatecas, que en su CP contempla en el artículo 148 bis<sup>1438</sup> el delito de Atentados a la seguridad de la comunidad. Con ocho fracciones, que tiene gran semejanza con los CP anteriores.

Solo observamos algunas diferencias, por ejemplo, en la fracción I, a diferencia del CP de Tamaulipas, también se prevé un aumento de sanción en el caso en que la

---

<sup>1438</sup> Artículo 148 Bis. - Comete el delito de atentados contra la seguridad de la comunidad y se le aplicará una sanción de cuatro a ocho años de prisión y multa de doscientas a trescientas cincuenta y cinco veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien sin causa justificada incurra en cualquiera de las siguientes fracciones:

- I. Utilice uno o más instrumentos en forma de abrojos, cuchillas, erizos, estrellas, púas o picos ponchallantas, fabricados de cualquier material que por su resistencia o contundencia, dañe o impida el paso de vehículos particulares u oficiales.  
Cuando la conducta se cometa en contra de elementos de las fuerzas armadas o de seguridad pública o de sus equipos motores, muebles o inmuebles, se aumentará la penalidad dos terceras partes en su mínimo y en su máximo;
- II. Posea o porte, en su persona, en su domicilio, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, en su negocio o en el lugar donde se le capture, uno o más aparatos o equipos de comunicación de cualquier tipo y se utilicen con fines ilícitos, que hubieren sido contratados con documentación falsa, alterada o con cualquier otro medio ilícito, o de terceros sin su conocimiento o utilizados sin la autorización de éstos o que por su origen, a la autoridad le resulte imposible conocer la identidad real del usuario del aparato o equipo de comunicación;
- III. Posea o porte, en su persona, en su domicilio, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, o en el lugar donde se le capture, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales o de comunicaciones privadas.  
También comete el delito quien proporcione el servicio de instalar, programar, reprogramar para otra u otras personas equipo de radiocomunicación fijo, o móvil sobre un vehículo usando las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, contando o no con el permiso para su operación, lo haga fuera de las especificaciones técnicas autorizadas por la ley o autoridad competente, y esto se relacione con fines ilícitos;
- IV. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, una o varias identificaciones alteradas o falsas;
- V. Posea o porte, en su persona o en su domicilio o en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste o en el lugar donde se le capture, uno o más de los siguientes objetos: prendas de vestir, insignias, distintivos, equipos o condecoraciones correspondientes a instituciones policiales o militares de cualquier índole o que simulen la apariencia de los oficiales;
- VI. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios escritos o mensajes producidos por cualquier medio que tengan relación con grupos o actividades delictivas, y
- VII. Posea o porte, en el vehículo en que se encuentre o se le relacione con éste, en su domicilio o en el lugar donde se le capture, uno o varios accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de instituciones policiales, de tránsito, militares de cualquier índole o utilice en aquéllos los colores, insignias, diseño o particularidades para igualar la apariencia de los vehículos oficiales.

conducta se cometa en contra de fuerzas armadas o de seguridad pública. Ahora bien, estas conductas desplegadas en la fracción I, que incluye el uso de picos poncha llantas o púas, se han visto incrementadas tanto en contra de particulares, como de las fuerzas de seguridad pública<sup>1439</sup>, y Zacatecas es uno de los estados que decidió establecerlo en un tipo penal.

Otra diferencia se aprecia en la fracción III, que en su segundo párrafo señala que también se cometerá ese delito quien instale, programe, re programe para otra u otras personas equipos de radiocomunicación o móvil, las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, contando o no con el permiso para su operación, y lo haga fuera de las especificaciones técnicas autorizadas por la ley o autoridad competente, siempre que esto se relacione con fines ilícitos.

Al tratarse de un bien jurídico supraindividual el que se protege con estos delitos, difícilmente vemos que con los supuestos que hemos mencionado, comprendidos en los distintos delitos citados, se pueda lesionar el bien jurídico, como lo es la seguridad ya sea de la comunidad o la seguridad pública, el legislador estableció estos delitos por la ya conocida violencia que se vive en México, buscando con ellos disminuir este fenómeno, lo cual se ve bastante lejano, si no se comprende una verdadera prevención del delito, le dejan entonces al Derecho penal, el ser la primera fuerza del estado en reaccionar, dejan de lado el ser la *ultima ratio*.

A todas luces se tratan de delitos de peligro abstracto, pues considero que en concreto no se está poniendo en peligro al bien jurídico, ni lo mencionan los tipos penales, ni lo previo así el legislador, por lo que de forma abstracta buscan proteger los bienes jurídicos más preciados de la sociedad, como lo es la vida, la salud, su patrimonio, entre otros, de forma indirecta protegen estos bienes a través de un bien jurídico supraindividual como lo es la seguridad de la comunidad.

Vemos en los delitos anteriores como el legislador se limita a describir una conducta o una acción y considerarla como peligrosa, porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de la conducta descrita. En ellos lo que se presume es la peligrosidad misma de la acción. Así, no es necesario probar en el caso concreto, una puesta en peligro al bien jurídico, ni siquiera es necesario confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador

También hemos comentado que en varios Estados se presentara un concurso entre algunas de las fracciones previstas en estos delitos y algunos otros delitos en particular, como con el robo, la falsificación de documentos y hasta en su caso con el fraude, al presentar documentos falsos a la hora de contratar un servicio o un arrendamiento.

En el Código Penal Español, no encontramos algún delito que sea semejante a alguno de los que mencionamos en este apartado. Lo anterior obedece a que, en el CP, como en otras legislaciones penales, estas conductas se sancionan ya sea como tentativas de delitos de lesión o bien, como actos preparatorios, por ejemplo, en los delitos contra el terrorismo.

---

<sup>1439</sup> Vid. Algunos casos se han documentado en los medios de comunicación. <https://www.transporte.mx/15-tractos-son-afectados-con-ponchallantas-en-zacatecas/>

#### 4.1.2.1.D. Delito de Espionaje

En varios CP de los Estado incluidos el CPF, encontramos un delito que, si bien tiene diversa denominación, muchos lo nombran como delito de Espionaje o en lenguaje común delito de Halconeo. Ahora veremos sus similitudes y diferencias y haremos algunos comentarios al respecto.

Antes de iniciar con el análisis de cada uno de los tipos penales de Espionaje, quisiera poner énfasis en la importancia de dejar este apartado separado de los delitos contra la seguridad de la comunidad, aun y cuando manejen muchas similitudes. En principio porque los sujetos pasivos son distintos, en el delito contra la comunidad, se entiende que, aunque se trata de un delito que protege un bien jurídico colectivo como la comunidad, finalmente se protege al conjunto de individuos que la conformamos, mientras que, en los delitos de espionaje, en mi opinión el sujeto pasivo final es el Estado, pues estos delitos van enfocados a proteger a las instituciones de seguridad que son parte del Estado.

En segundo término, porque el objeto es la obtención de información para poder planear o ejecutar un delito, o bien, obstruir la función de seguridad pública que desarrollan los Estados a través de sus corporaciones policiales de Administración o procuración de Justicia.

Por otro lado, en los CP de Durango, San Luis Potosí y Veracruz, los sujetos activos deben ser elementos de seguridad, o de alguna corporación relativa a la seguridad pública.

Los CP de Baja California Sur, Nayarit y Veracruz, prevén en sus artículos 391<sup>1440</sup>, 216<sup>1441</sup>, y 371<sup>1442</sup>, respectivamente, delitos de espionaje. En los cuales se

---

<sup>1440</sup> Delito de Espionaje contra las instituciones policiales, de Seguridad pública y procuración de justicia. Artículo 391. Se le impondrán de siete a quince años de prisión y de cuatrocientos a ochocientos días multa, a quien incurra en cualquiera de las conductas siguientes:

I. Utilice instrumentos punzocortantes, punzo contundentes, contuso cortantes, contuso contundentes o de cualquier material, que por su resistencia o su fuerza, dañe o impida el paso de vehículos de instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente, con la finalidad de entorpecer o evitar el cumplimiento de sus funciones, ocasionar un daño a dichas instituciones o servidores públicos, favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia;

II. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, equipos de comunicación de cualquier tipo;

III. Posea, porte o utilice equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos para prácticas de espionaje, con respecto a canales de comunicaciones oficiales o privadas, estos últimos cuando sean utilizados para funciones de seguridad pública;

IV. Permita o consienta la instalación de antenas o cualquier instrumento de comunicación en bienes de su propiedad o posesión, con los cuales se intercepte o transmita la señal o las comunicaciones para el espionaje o halconeos;

V. Posea, porte o utilice para el espionaje, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, prendas de vestir o equipos correspondientes o similares a los utilizados por cualquiera de las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente, o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;

VI. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, escritos o mensajes producidos por cualquier medio, que tengan relación con alguna pandilla o miembros de la delincuencia organizada, de algún grupo o actividades delictivas; así como de las actividades de las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente;

VII. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente;

VIII. Detente, posea, conduzca o custodie un vehículo que simule ser de las de las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente, para el espionaje, se le incrementará hasta la mitad de la sanción, prevista en este artículo; y

IX. Dañe, altere o impida el funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública, establecimientos o edificios públicos, instaladas para ser utilizadas por las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia.

Las mismas penas se impondrán a los participantes que se vean involucrados en la ejecución de alguno de los supuestos descritos en las fracciones del párrafo anterior.

<sup>1441</sup> Delito contra la seguridad pública. Artículo 216.- Comete el delito contra la seguridad pública y se le impondrán de tres a siete años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días a quien incurra en cualquiera de las conductas siguientes:

I. Utilice instrumentos punzocortantes, punzo contundentes, contuso cortantes, contuso contundentes, que por su resistencia o su fuerza, dañe o impida el paso de vehículos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia;

II. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, equipos de comunicación de cualquier tipo;

III. Posea, porte o utilice equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos para prácticas de espionaje, con respecto a canales de comunicaciones oficiales o privadas, estos últimos cuando sean utilizados para funciones de seguridad pública;

IV. Permita o consienta la instalación de antenas o cualquier instrumento de comunicación en bienes de su propiedad o posesión, con los cuales se intercepte o transmita la señal o las comunicaciones para el espionaje o halconeos;

V. Posea, porte o utilice para el espionaje, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, uniformes, prendas de vestir, insignias, distintivos o equipos correspondientes o similares a los utilizados por cualquiera de las instituciones o corporaciones policiales municipales, estatales, federales o de las fuerzas armadas mexicanas, o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;

---

VI. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, escritos o mensajes producidos por cualquier medio, que tengan relación con alguna pandilla o miembros de la delincuencia organizada, de algún grupo o actividades delictivas; así como de las actividades de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VII. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VIII. Detente, posea, conduzca o custodie un vehículo que simule ser de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, para el espionaje, se le incrementará hasta la mitad de la sanción, prevista en este artículo, y

IX. Dañe, altere o impida el funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública, establecimientos o edificios públicos, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia.

Las mismas penas se impondrán a los participantes que se vean involucrados en la ejecución de alguno de los supuestos descritos en las fracciones del párrafo anterior.

La pena se incrementará hasta la mitad cuando se empleen menores de edad, personas con discapacidad o de la tercera edad para la comisión de este delito.

Para los fines de este artículo se entenderá por:

I. Halconeo: La acción de acechar, vigilar o cualquier acto encaminado a obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia.

II. Espionaje: Intervenir comunicaciones privadas u oficiales, utilizando cualquier medio tecnológico, para obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, con la finalidad de favorecer la comisión de delitos o posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuencia.

<sup>1442</sup> Espionaje contra las instituciones de seguridad pública. Artículo 371. Comete el delito contra la seguridad pública y se le impondrán de siete a quince años de prisión y multa de cuatrocientas a ochocientas unidades de medida y actualización, a quien incurra en cualquiera de las conductas siguientes:

I. Utilice instrumentos punzocortantes, punzo contundentes, contuso cortantes, contuso contundentes o de cualquier material, que por su resistencia o su fuerza, dañe o impida el paso de vehículos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

II. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, equipos de comunicación de cualquier tipo;

III. Posea, porte o utilice equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos para prácticas de espionaje, con respecto a canales de comunicaciones oficiales o privadas, estos últimos cuando sean utilizados para funciones de seguridad pública;

IV. Permita o consienta la instalación de antenas o cualquier instrumento de comunicación en bienes de su propiedad o posesión, con los cuales se intercepte o transmita la señal o las comunicaciones para el espionaje o halconeo;

V. Posea, porte o utilice para el espionaje, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, uniformes, prendas de vestir, insignias, distintivos o equipos correspondientes o similares a los utilizados por cualquiera de las instituciones o corporaciones policiales municipales, estatales, federales o de las fuerzas armadas mexicanas, o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;

VI. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, escritos o mensajes producidos por cualquier medio, que tengan relación con alguna pandilla o miembros de la delincuencia organizada, de algún grupo o actividades delictivas; así como de las actividades de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VII. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas;

VIII. Detente, posea, conduzca o custodie un vehículo que simule ser de las corporaciones de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas, para el espionaje, se le incrementará hasta la mitad de la sanción, prevista en este artículo; y

contemplan nueve fracciones, de las cuales las fracciones I, V y VI, son similares a las contenidas en el delito que acabamos de ver en el punto anterior.

Por lo que hace a las fracciones II, III, IV, VII y VIII, la redacción también es semejante a los supuestos normativos previstos en varios de los artículos previstos en el delito analizado anteriormente, la única diferencia es que en los CP de BCS, Nayarit y Veracruz, con respecto a esas fracciones en comento, se agrega que debe ser utilizadas para el espionaje o halconeos<sup>1443</sup>.

Por lo que respecta a la fracción IX, en términos generales es muy parecida a la fracción IX del artículo 171 Quáter CP de Tamaulipas, al sancionar la manipulación o daño a cámaras de vigilancia, instaladas para ser utilizadas por las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente, aunque en los CP de BCS y Nayarit, incluyen que debe haber una finalidad, la de favorecer la comisión de delitos o de posibilitarle la huida a un delincuente o grupo delincuenciales, finalidad que no incluyen en el CP de Veracruz.

Este delito recibe otro nombre en el CP de Coahuila, en el artículo 343<sup>1444</sup> prevén el delito contra las funciones de seguridad y justicia, contemplando al igual que el CP

---

IX. Dañe, altere o impida el funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública, establecimientos o edificios públicos, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública o de las fuerzas armadas mexicanas.

Las mismas penas se impondrán a los participantes que se vean involucrados en la ejecución de alguno de los supuestos descritos en las fracciones del párrafo anterior.

La pena se incrementará hasta la mitad cuando, se empleen menores de edad, personas con discapacidad o de la tercera edad, para la comisión de este delito.

<sup>1443</sup> Para una mejor comprensión de lo que debemos entender por Espionaje y Halconeos, los CP de BCS en su artículo 393, Nayarit en el artículo 216(citado supra líneas) y Veracruz en el artículo 371quinquies, lo definen.

Artículo 393. Definiciones. Para los fines de este capítulo se entenderá por:

I. Halconeos: La acción de acechar, vigilar o cualquier acto encaminado a obtener información sobre la ubicación de las actividades, operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o ejecución de penas que desplieguen las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia, fuerza armada permanente y comunicarlo a una agrupación delictiva.

II. Espionaje: Intervenir comunicaciones privadas u oficiales, utilizando cualquier medio tecnológico, con la finalidad de obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre la ubicación de las actividades, operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o ejecución de penas que desplieguen las instituciones policiales, de seguridad pública, procuración de justicia y fuerza armada permanente.

Artículo 371 Quinquies. Para los fines de este capítulo se entenderá por:

I. Halconeos: La acción de acechar, vigilar o cualquier acto encaminado a obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas.

II. Espionaje: Intervenir comunicaciones privadas u oficiales, utilizando cualquier medio tecnológico, con la finalidad de obtener y comunicar información a una agrupación delictiva sobre las acciones y, en general, las labores de los elementos de seguridad pública municipal, estatal, federal o de las fuerzas armadas mexicanas.

<sup>1444</sup> Artículo 343. Se impondrá de cuatro a ocho años de prisión y multa de doscientos a cuatrocientos días a quien incurra en cualquiera de las conductas siguientes:

I. Utilice instrumentos, objetos o cualquier medio, que por su resistencia, forma o fuerza, dañe, obstaculice o impida el paso de vehículos de las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional;

II. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeos, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, equipos de comunicación de cualquier tipo;

anterior, nueve fracciones, cuya redacción es equivalente, y también describen que se debe entender por halconeo y espionaje, así mismo, maneja modalidades agravantes, cuando se utilizan menores de edad o vehículos de transporte público.

Estos supuestos comprendidos en las nueve fracciones de los CP de BCS, Nayarit, Veracruz y Coahuila, a la luz de nuestro análisis tienen como finalidad la preparación de otro delito, ya que el espionaje y el halconeo, van encaminados a obtener información

- 
- III. Posea, porte o utilice equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos para prácticas de espionaje, con respecto a canales de comunicaciones oficiales o privadas, estos últimos cuando sean utilizados para funciones de seguridad pública;
  - IV. Instale, permita o consienta la instalación de antenas o cualquier instrumento de comunicación en bienes de su propiedad o posesión, o de un tercero, con los cuales se intercepte o transmita la señal o las comunicaciones para el espionaje o halconeo;
  - V. Posea, porte o utilice para el espionaje, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, uniformes, prendas de vestir, insignias, distintivos o equipos correspondientes o similares a los utilizados por cualquiera de las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional, o que simulen la apariencia de los utilizados por éstas;
  - VI. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, escritos o mensajes producidos por cualquier medio, que tengan relación con alguna pandilla o asociación delictuosa, de algún grupo o actividades delictivas; así como de las actividades de las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional;
  - VII. Posea, porte o utilice para el espionaje o halconeo, en su persona, domicilio o en el lugar donde se le aprehenda, accesorios u objetos que se utilizan en los vehículos oficiales de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional;
  - VIII. Detente, posea, conduzca o custodie un vehículo que simule ser de instituciones o empresas, públicas o privadas, para el espionaje o halconeo, y
  - IX. Dañe, altere o impida el funcionamiento o monitoreo de cámaras de vigilancia en la vía pública, establecimientos o edificios públicos, instaladas para ser utilizadas por las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional.

Para los fines de este artículo se entenderá por:

- I. Espionaje: Obtener indebidamente comunicaciones privadas u oficiales, utilizando cualquier medio tecnológico, para comunicar información sobre acciones, actividades o ubicación de las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional, o de sus integrantes.
- II. Halconeo: La acción de acechar, vigilar o cualquier acto encaminado a obtener y comunicar información indebidamente, sobre acciones, actividades o ubicación de las instituciones de seguridad pública municipal, estatal, federal, de las fuerzas armadas mexicanas o Guardia Nacional, o de sus integrantes.

(Modalidades agravantes)

Se incrementará hasta una mitad más de la pena de prisión que le corresponda, cuando además, las conductas previstas en este artículo, se aprovechen para evitar que alguna persona sea detenida o para que se pueda cometer uno o más delitos dolosos.

Igualmente, se incrementarán hasta una mitad más de la pena de prisión que le corresponda al que realice las conductas descritas en las fracciones de este artículo, a quien utilizando para ello vehículos simulados de instituciones o empresas, públicas o privadas, o cualquier vehículo de servicio público de transporte de pasajeros u otro que preste un servicio similar o que por sus características exteriores sea similar a la apariencia de los vehículos destinados al servicio de transporte público de pasajeros.

La pena se incrementará hasta una mitad más de la pena de prisión que le corresponda al que realice las conductas descritas en las fracciones de este artículo, cuando se empleen menores de edad, personas con discapacidad o de la tercera edad para la comisión de este delito.

Se incrementará hasta el doble de la sanción prevista en este artículo, al servidor o ex servidor público que incurra en cualquiera de las conductas previstas en las fracciones del referido artículo. Además, al servidor público, se le destituirá de su empleo, cargo o comisión, y tanto a él como, en su caso, al particular que haya cometido el delito, se le inhabilitará de diez a quince años para desempeñar un cargo, empleo o comisión en cualquier entidad oficial del Estado o de sus municipios, y se le suspenderá de quince a veinte años del derecho a realizar cualquier clase de actividad de seguridad privada.

indebidamente y comunicarla, de forma que aún no lesionan o ponen en peligro a ningún bien jurídico. Su rasgo es que se trata de un delito de peligro abstracto, pues de ninguna forma se pone en concreto peligro al bien jurídico ya sea de seguridad pública, seguridad de la comunidad.

Por otro lado, en Colima su CP prevé en el artículo 275<sup>1445</sup> el delito de Uso indebido de información sobre actividades de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, así como las del sistema penitenciario. Donde se aleja un poco de los dos CP anteriores, pues el delito en su primer párrafo señala que se sancionará al que con objeto de planear o ejecutar un delito, u obstruir la función de seguridad pública, realice actos tendientes a obtener o transmitir mediante cualquier medio, información sobre las actividades propias de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, y de ejecución de las penas, o de otros órdenes de gobierno.

Este párrafo va más encaminado a la obtención de información para poder planear o ejecutar un delito, o bien, obstruir la función de seguridad pública. Identificando estas acciones con el espionaje, de acuerdo con las descripciones que nos otorgaron los CP de Coahuila y Colima.

El tercer párrafo del artículo 275, es interesante, al sancionar a cualquier elemento de las instituciones de seguridad, que, con la intención de cometer las conductas citadas en el primer párrafo, porte uno o más teléfonos celulares o cualquier sistema de comunicación electrónica o de radiocomunicación, los cuales no le hayan sido asignados oficialmente, o bien, de los que no pueda acreditar su propiedad.

Me pareció importante resaltar este supuesto penal, ya que la mera posesión de uno o varios teléfonos celulares, con la intención de obtener información, por parte de los elementos de seguridad pública, ya es sancionada. Basta la mera intención de obtener la información, ser un elemento de seguridad y poseer un teléfono celular no oficial, sin importar si efectivamente se obtuvo información y ésta se comunicó con fines ilícitos,

---

<sup>1445</sup> Artículo 275. Al que con objeto de planear o ejecutar un delito, u obstruir la función de seguridad pública, realice actos tendientes a obtener o transmitir mediante cualquier medio, información sobre las actividades propias de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, y de ejecución de las penas, de los órdenes de gobierno estatal y municipal, o sobre cualquier servidor público, se le impondrá de tres a doce años de prisión, y multa por un importe equivalente de doscientas a mil unidades de medida y actualización.

Cuando el sujeto activo sea miembro de cualquiera de las instituciones de seguridad pública del Municipio y Estado, de procuración de justicia y de ejecución de las penas, o haya pertenecido a cualquiera de éstas, o sea agente de seguridad privada que realice actividades de custodia o vigilancia hacia servidores públicos, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y multa por un importe equivalente de quinientas a mil quinientas unidades de medida y actualización.

Igualmente, se sancionará con una pena de tres a siete años de prisión, y multa por un importe equivalente de doscientas a mil unidades de medida y actualización, a cualquier elemento perteneciente a las instituciones de seguridad pública que con la intención de cometer el delito a que se refiere el párrafo anterior, porte uno o más teléfonos celulares, o cualquier sistema de comunicación electrónica o de radiocomunicación no asignados oficialmente para el desempeño de sus funciones, o bien, no justifique su propiedad o legítima posesión.

Además de la pena y sanción que corresponda por la realización de la conducta descrita en los dos párrafos anteriores, el servidor público será destituido del empleo, cargo o comisión, e inhabilitado para desempeñar cualquier empleo relacionado con las funciones propias de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, y de ejecución de las penas, de cualquier ámbito.

estamos ante una mera preparación de un delito, como lo es el delito de espionaje, si bien sabemos que por regla general los actos preparatorios no son punibles, también tenemos en cuenta que los legisladores, por la importancia de los bienes jurídicos, deciden sancionar estos actos preparatorios.

Estamos ante un delito de peligro, pues aún no se lesiona el bien jurídico, en este caso la seguridad pública, a la cual solamente se ha estado espiando a las instituciones, el peligro que se ha corrido no puede ser concreto, pues los actos descritos no denotan esa circunstancia, por lo que el legislador recurrió a un delito de peligro abstracto.

En el Estado de Chihuahua legislaron en su CP, una serie de conductas bajo el delito de Delitos contra la salud de la comunidad, en su artículo 284 bis<sup>1446</sup>, que contiene sanción penal para quien aceche, vigile o realice actos cuya finalidad sea el obtener información relacionada con los integrantes de las instituciones de seguridad pública, Ejército, Armada o Fuerza aérea nacional, cuyo objetivo sea informar o alertar a otras personas que la puedan utilizar para cometer un delito. Este delito al igual que el CP de Colima, va enfocado a sancionar la obtención ilícita de información, relacionada con las instituciones de seguridad, ejército o fuerzas armadas; entregada a las asociaciones delictivas para cometer algún delito. Esta tarea comúnmente se realiza por menores de edad, que son utilizados por la delincuencia organizada.

La forma como está redactado este artículo nos muestra que se trata de un delito de peligro abstracto, pues de forma abstracta el legislador decide proteger de peligros o riesgos a sus instituciones de seguridad pública o ejército, sin que sea necesario lesionar el bien jurídico, o bien, ponerlo en peligro de forma concreta.

Otro Estado que contempla este delito en su CP, es Durango, en el artículo 228<sup>1447</sup> prevé los delitos contra la seguridad pública y el uso indebido de información sobre

---

<sup>1446</sup> Artículo 284 bis. Delitos contra la seguridad de la comunidad. A quien aceche, vigile o realice actos tendientes a obtener información, tal como la ubicación, actividades, operativos o, en general, cualquiera relacionada con las labores que realizan los integrantes de las instituciones de seguridad pública, así como del Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacional, con la finalidad de informar o alertar a otra u otras personas para que estas puedan utilizarla en la comisión de algún delito, se le impondrá prisión de dos a cinco años y de cien a quinientos días multa.

Las penas a que se refiere el párrafo anterior se aumentarán en una mitad más cuando:

- a) Sea cometido por integrantes o exintegrantes de las instituciones de seguridad pública, en cuyo caso se impondrá además la destitución del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por diez años;
- b) Se utilice a menores de edad o a quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, o
- c) Posea o porte, uno o varios equipos o artefactos que permitan la intervención, escucha o transmisión de datos con respecto a canales de comunicación oficiales de instituciones de seguridad pública. Si el o los delitos relacionados con la información o alerta proporcionada, llegaren a consumarse, a la penalidad resultante con motivo de la comisión de este ilícito se le aplicarán las que resulten, observando lo dispuesto por los artículos 76 y 78 de este Código.

<sup>1447</sup> Artículo 228. Se sancionará con pena de prisión de diez a veinte años y multa de setecientos veinte a mil cuatrocientas cuarenta veces la Unidad de Medida y Actualización y baja de la corporación o institución que corresponda, al elemento que:

- I. Utilice cualquier bien, equipo o recurso humano que tenga bajo su cargo o mando a favor de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;
- II. Induzca al personal que tenga bajo su mando, para que preste algún servicio a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa o reclute personal con el mismo fin;
- III. Proporcione a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa, información a la que tenga acceso con motivo del ejercicio de su cargo o comisión, que pueda favorecer sus actividades

actividades de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia y del sistema penitenciario.

Este precepto penal tiene varias peculiaridades, en principio solo va dirigido a elementos de seguridad pública de procuración e impartición de justicia y del sistema penitenciario. Así mismo contiene algunos supuestos que no hemos visto redactados en otros CP, es el caso de las fracciones I, II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI.

Las fracciones referidas *supra líneas*, van encaminadas a proporcionar alguna ayuda a la delincuencia organizada o a asociaciones delictuosas, en la mayoría de los supuestos, se trata de acciones que ya cometen un perjuicio o menoscabo a la seguridad pública, por lo que se tratarán de delitos de lesión, por ejemplo, obstaculizar las acciones en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa; no ejecutar una orden del servicio o la modifique de propia autoridad, en ambos casos, para favorecer a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa; falsificar o alterar un documento o instrumento que contenga información relativa a las operaciones de las corporaciones de seguridad pública o procuración de justicia, siempre que se empleen en beneficio de la delincuencia organizada o asociación delictuosa; conducir o guiar las actividades de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa; o poner en libertad a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa o proteja o facilite su fuga.

Considero que en los supuestos anteriores, las conductas descritas contenidas en las fracciones IV a la X, ya están causando un perjuicio a la seguridad pública, pues a diferencia de los supuestos previstos en los anteriores CP, donde solo se sancionaban conductas que preparaban o anticipaban la comisión de otros delitos, o bien, se buscaba obtener información de las instituciones de seguridad pública, para entregarla la

---

o eludir las operaciones de las corporaciones de seguridad u otras autoridades que participen en su investigación y persecución;

IV. Incumpla con sus obligaciones, respecto de los elementos a su cargo, para actuar contra cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

V. Obstaculice las acciones en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VI. No ejecute una orden del servicio o la modifique de propia autoridad, en ambos casos, para favorecer a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VII. Falsifique o altere un documento o instrumento que contenga información relativa a las operaciones de las corporaciones de seguridad pública o procuración de justicia a sabiendas de que se trata de documentos o instrumentos falsificados o alterados, haga uso de ellos, siempre que se empleen en beneficio de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

VIII. Proporcione a sus superiores información diferente a la que conozca acerca de las actividades que esté desarrollando en la corporación o institución en contra de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa u omite proporcionar los datos que tenga sobre dichas actividades, así como de los proyectos o movimientos de éstos;

IX. Conduzca o guíe las actividades de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa;

X. Ponga en libertad a cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa o proteja o facilite su fuga;

XI. Proporcione servicios distintos a los señalados en las fracciones anteriores a favor de cualquier miembro de la delincuencia organizada o asociación delictuosa; y,

XII. Porte o utilice durante el servicio o comisión, uno o varios teléfonos móviles, radiofrecuencias, radiotransmisiones o cualquier aparato de comunicación que no sea de aquellos que les hubieren proporcionado por la dependencia o corporaciones correspondientes para el ejercicio de su cargo.

Las penas previstas en este capítulo se impondrán además de las que correspondan a los delitos que resulten cometidos por las actividades del individuo u organización delictiva de que se trate.

delincuencia organizada; en estas hipótesis mencionadas, la conducta específica ya no tiene esas finalidades, comprende actos donde los sujetos activos de forma directa están beneficiando a los grupos delictivos y con ello, reitero, menoscabando el bien jurídico protegido.

Solamente las fracciones III y XII, son semejantes a preceptos ya previstos en otro CP que hemos comentado en este apartado. Aunque la fracción XII, de este CP, no hace referencia como el CP de Colima, a que la posesión de teléfonos celulares o equipos de radio comunicación, se haga con alguna finalidad u objeto, por lo que será suficiente que el elemento de seguridad durante su servicio porte uno o varios teléfonos celulares no oficiales, para ser sancionado penalmente. Así que considero que las fracciones I, II, III y XII contienen delitos de peligro abstracto toda vez que solo de forma abstracta pondrán en peligro al bien jurídico.

El CP de Veracruz contempla en su artículo 371<sup>1448</sup>, supuesto delictivo enfocado al espionaje, aunque este tipo penal exige que se debe filtrar la información obtenida relativa a los cuerpos de seguridad pública, por lo que el supuesto cambia, estaríamos ante una posible complicidad o coautoría y el delito dejaría de ser un delito de peligro, pues en ese caso ya existiría una lesión al bien jurídico.

En el Estado de Guanajuato su CP contempla el delito de Información para que se cometa un delito<sup>1449</sup>, donde se sanciona a la persona que realice cualquier acto para obtener y proporcionar información sobre las actividades, de los servidores públicos de las instituciones de seguridad pública, procuración o administración de justicia, o de ejecución de penas, cuya finalidad sea la comisión de un hecho delictuoso o entorpecer las funciones de seguridad pública, procuración o impartición de justicia, o de ejecución de penas. Incluyendo en el mismo tipo penal el halconeo y el espionaje, pues agrava las penas señaladas si se utilizan artefactos que permitan la intervención de comunicaciones oficiales<sup>1450</sup>.

---

<sup>1448</sup> Artículo 371 Ter. Se incrementará hasta el doble de la sanción prevista en el artículo 371 a quien, siendo elemento de los cuerpos de seguridad pública municipales, estatales, federales, de las fuerzas armadas mexicanas, de seguridad privada o de traslado de valores, porte o utilice teléfonos móviles, radiofrecuencias, radiotransmisiones o cualquier aparato de comunicación y filtre información relativa a las actividades de los cuerpos de seguridad pública municipales, estatales, federales o de las fuerzas armadas mexicanas para grupos delictivos.

<sup>1449</sup> Artículo 222-b. A quien realice cualquier acto tendente a obtener y proporcionar información sobre las actividades de los servidores públicos de las instituciones de seguridad pública, procuración o administración de justicia, o de ejecución de penas para que se cometa cualquier hecho delictuoso o para entorpecer el cumplimiento de funciones de seguridad pública, procuración o impartición de justicia o de ejecución de penas, se le impondrá prisión de dos a siete años y de veinte a setenta días de multa.

La pena se aumentará hasta en una mitad del máximo cuando:

- I. Sea cometido por exintegrantes de las instituciones de seguridad pública procuración o administración de justicia o de ejecución de penas, además se impondrá inhabilitación para desempeñar cargo público hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta
- II. Sea cometido a través de menores de dieciocho años o incapaces.
- III. Utilice equipos o artefactos que permitan la intervención o inhabilitación de comunicados de instituciones de seguridad pública, procuración o administración de justicia o de ejecución de penas.

Si el hecho delictuoso se llega a actualizar, se aplicará las reglas del Capítulo IV del Título Segundo del Libro Primero de este Código.

<sup>1450</sup> Con respecto a este delito, cabe señalar que se interpuso por parte de varios periodistas, una controversia constitucional, al considerar que criminaliza la labor periodística y el derecho a la información, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los años 2019 y 2020, otorgándose dos amparos en favor de dos

El Estado Guerrero en su CP contempla el Delito cometido por informantes, en el artículo 298<sup>1451</sup>, que es muy semejante al artículo 275 del CP de Colima, en su primera parte, pues no prevé lo relativo a la posesión de teléfonos celulares o equipos de radio comunicación, por parte de elementos de seguridad pública.

En el Estado de México se contempla en su CP el artículo 166 bis<sup>1452</sup>, los Delitos contra el correcto funcionamiento de las instituciones de seguridad pública y órganos

---

colectivos de periodistas. La determinación de inconstitucionalidad del delito de “halconeó”, implica que éste no deberá ser aplicado por ninguna autoridad de seguridad pública ni de procuración e impartición de justicia en contra de los periodistas amparados, ni ser perseguidos por el mismo. La resolución señala que el tipo penal carece de una redacción clara y precisa, violando así los principios de taxatividad, legalidad, seguridad jurídica y mínima intervención del derecho penal; además de menoscabar el derecho a la información y la labor periodística. Esto permite a las comunicadoras desempeñar su labor periodística de manera libre y sin intromisiones de dichas autoridades. <https://articulo19.org/periodistas-obtienen-un-nuevo-amparo-contra-el-delito-de-halconeo-en-guanajuato/>

<sup>1451</sup> Artículo 298. Al que con objeto de planear o ejecutar un delito, u obstruir la función de seguridad pública, realice actos tendientes a obtener o transmitir, mediante cualquier medio, información sobre las actividades propias de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, y de ejecución de penas, de cualquier ámbito o sobre cualquier servidor público, se le impondrán de dos a quince años de prisión y de cincuenta a mil días multa.

Cuando el sujeto activo sea miembro de cualquiera de las instituciones de seguridad pública del Municipio, Estado o de la Federación, de procuración de justicia y de ejecución de penas, federal o estatal, o haya pertenecido a cualquiera de éstas, o sea o haya sido agente de seguridad privada, se le impondrá de cinco a quince años de prisión y de doscientos a mil días multa.

Además de las penas que correspondan por la realización de la conducta descrita en los párrafos anteriores, el servidor público será destituido del empleo, cargo o comisión, e inhabilitado por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta.

El que cometa el delito descrito, en cualquiera de sus modalidades, no tendrá derecho a gozar de la libertad preparatoria, conmutación de sanciones, remisión parcial de la pena o cualesquiera otros beneficios que la ley señala.

<sup>1452</sup> Artículo 166 Bis.-. Comete este delito quien:

I. Aceche, vigile, espíe, rastree, proporcione información, o realice actos tendientes a obtener información sobre las actividades oficiales o personales, ubicación, operativos o, en general, relacionadas con sus funciones, que realicen o pretenda realizar los servidores públicos de las Instituciones de Seguridad Pública, los integrantes del ejército, marina armada o fuerza aérea nacional, cuando actúen en auxilio de las autoridades u Órganos Jurisdiccionales del Estado, con la finalidad de que, por sí o por tercera persona, se entorpezca o evite el cumplimiento de sus funciones o se ocasione un daño a dichas instituciones, órganos o servidores públicos;

II. Ingrese, altere o acceda a información de las instituciones de seguridad pública u órganos jurisdiccionales con los fines señalados en el párrafo anterior;

III. Aceche, vigile, espíe o proporcione información, sobre las actividades que realice o pretenda realizar cualquier persona con la finalidad de ocasionarle un daño; y

IV. Para la realización de alguna de las conductas y fines descritos en la fracción I de este artículo, porte o posea teléfono celular, sistemas de telecomunicaciones o de radiocomunicación;

V. Permita, tolere o facilite la introducción de teléfonos celulares, sistemas de comunicación electrónica o radiocomunicación, dinero, drogas o enervantes, armas, o cualquier objeto o sustancia prohibida al interior de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado de México, con excepción de los casos previstos en las disposiciones jurídicas aplicables;

VI. Trafique o introduzca teléfonos celulares, sistemas de comunicación electrónica o de radiocomunicación, dinero, drogas o enervantes, armas, o cualquier otro objeto o sustancia prohibida al interior de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado de México, con excepción de los casos previstos en las disposiciones jurídicas aplicables.

Las conductas establecidas en este artículo se sancionarán con pena de 6 a 10 años de prisión y de cien a doscientos días sin perjuicio de las penas que les correspondan por los delitos que cometan.

No se actualizará el delito en el caso de los visitantes que ingresen y salgan de los Centros Preventivos y de Readaptación Social portando dinero de su propiedad, hasta por un monto de 17 días de salario mínimo, el cual deberá ser declarado al ingreso.

jurisdiccionales, y de la seguridad de los servidores públicos y particulares. Este CP retoma algunos supuestos previstos tanto en el CP de Colima, como en el CP de Guerrero, sin embargo, presenta nuevas formas de realización del delito.

Las fracciones I, II son semejantes a los supuestos del espionaje y halconeo, que hemos mencionado en otros CP. Por lo que hace a la fracción IV, también la contemplan los CP de Colima y Guerrero, sin requerir que la posesión de los teléfonos celulares o equipos de radio comunicación, sea por parte de los elementos de seguridad pública, solo requieren comprobar que debe ser con la finalidad de cometer alguna de las conductas descritas en la fracción I de ese mismo artículo.

Las fracciones V y VI, se refieren a permitir, tolerar, facilitar, traficar o introducir: teléfonos celulares, sistemas de comunicación electrónica o radiocomunicación, dinero, drogas o enervantes, armas, o cualquier objeto o sustancia prohibida; al interior de los Centros Preventivos y de Readaptación Social del Estado de México.

Finalmente, la fracción III, si bien contiene conductas relativas al espionaje, estas no van enfocadas a instituciones de seguridad pública, ya que el acecho, vigilancia o espionaje para obtener información, se realizará sobre las actividades de particulares, con la finalidad de hacerles algún daño, aquí los sujetos pasivos son cualquier particular.

Nuevamente considero que se tratan de actos preparatorios, que el legislador decidió debían de ser punibles, bajo la naturaleza jurídica de un delito de peligro abstracto, ejemplos han varios, algunos de ellos ya los hemos mencionado en este capítulo.

En los CP de Jalisco<sup>1453</sup> y Nuevo León<sup>1454</sup>, solo se enfocan a las actividades de acecho, vigilancia o espionaje sobre la ubicación, las actividades, los operativos o las labores de los elementos de las instituciones de seguridad pública de persecución, sanción o de ejecución de penas, sin embargo, entre estos dos CP hay una gran diferencia, en

---

Si deriva o de la realización de alguna de las conductas del delito previstas en este artículo se cometiere otro delito, se sanciona á al partícipe por ambos delitos, de conformidad con las reglas del concurso de delitos.

<sup>1453</sup> Artículo 134-Bis. Delitos cometidos contra representantes de la autoridad. Se impondrán de tres a seis años de prisión al que, con fines ilícitos, aceche o vigile o realice actividades de espionaje sobre la ubicación, las actividades, los operativos o, en general, las labores que realicen elementos de instituciones de seguridad pública de persecución o sanción o del delito o de ejecución de penas.

Cuando el sujeto activo del delito sea o haya sido servidor público de alguna institución de seguridad pública, la pena se aumentará hasta en una tercera parte más de la que corresponda, y se impondrán además destitución del empleo, cargo o comisión públicos, e inhabilitación para desempeñar otro.

<sup>1454</sup> Artículo 192.- Se impondrá una pena de dos a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas cuotas a quien aceche o vigile o realice actos tendientes a obtener información sobre la ubicación, las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o la ejecución de penas.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, se impondrá desde un tercio hasta una mitad más de la sanción privativa de libertad que le corresponda, al que realice la conducta descrita en este artículo utilizando para ello cualquier vehículo de servicio público de transporte de pasajeros u otro que preste un servicio similar o que por sus características exteriores sea similar a la apariencia de los vehículos destinados al servicio de transporte público de pasajeros.

Las penas señaladas en este artículo, se aumentarán desde un tercio hasta un tanto más de la pena que le corresponda, y se impondrá además destitución del cargo o comisión e inhabilitación de tres a diez años para ocupar otro, cuando el delito sea cometido por servidores públicos o por ex servidores públicos de las fuerzas armadas, instituciones de seguridad pública o de procuración de justicia.

Jalisco se exige que dicho Halconeo sea para un fin ilícito, mientras que, en Nuevo León, no se exige tan finalidad.

Creo que es un elemento normativo importante, ya que en Nuevo León cualquier conducta que aceche o vigile cualquier actividad de un operativo de seguridad, puede ser imputado por este delito, aquí las labores periodísticas podrían configurar este delito, pues no es necesario acreditar una finalidad, caso contrario en Guanajuato y Jalisco, donde dicha vigilancia o acecho, debe ser con fines ilícitos.

Otro delito muy similar a los que acabamos de ver en Jalisco y Nuevo León, lo encontramos en el CP de Puebla, es el de Espionaje contra las instituciones de seguridad pública y procuración de justicia<sup>1455</sup>, donde se sanciona realizar actos de espionaje para obtener información sobre la ubicación o actividades de los servidores públicos de las instituciones de seguridad pública o procuración de justicia, o de ejecución de penas; sin embargo, la finalidad será la de obstruir el desempeño legítimo de las instituciones de seguridad pública, o de encubrir o facilitar la comisión de un delito.

En este CP lo que debemos destacar es que establecen que, si se llegará a transmitir la información que se obtuvo del espionaje, la pena se aumenta un tercio de la sanción. Por lo que podemos afirmar que se trata al igual que los delitos que hemos abordado en este tema, de un delito de peligro abstracto, donde no se requiere que se ponga en peligro concreto ningún bien jurídico y que de ninguna manera se lesiona. Pues no es necesario que la información se haya obtenido o bien, si se obtuvo, se haya transmitido; por ejemplo, con el mero hecho de acechar o vigilar un operativo de una institución de seguridad pública, con la finalidad de cometer un delito, no es obligatorio acreditar que se transmitió la información, o que esta se haya utilizado efectivamente para cometer un delito (pues solo basta la mera intención), pero aun así se sancionara esa puesta en peligro abstracta.

El CP de San Luis Potosí, prevé el delito de Deslealtad al Empleo, Cargo o Comisión, o Perjuicio al Servicio Público<sup>1456</sup>, donde al igual que el CP de Durango, el

---

<sup>1455</sup> Artículo 186 Octies.- A quien, con la intención de obstruir el desempeño legítimo de las instituciones de seguridad pública o de encubrir o facilitar un delito, aceche, vigile o realice actos tendentes a obtener información sobre la ubicación o actividades de los servidores públicos de las instituciones de seguridad pública o procuración de justicia, que realicen operativos, labores de seguridad pública, persecución, sanción de delitos o de ejecución de penas, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión y multa de cincuenta a doscientos días de salario mínimo.

Si la conducta prevista en el párrafo anterior se realiza en relación con operativos para combatir delitos de delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos, trata de personas o narcomenudeo, la pena será de cuatro a diez años de prisión.

Las penas previstas en los párrafos precedentes se aumentarán hasta una mitad más, cuando quien realice la conducta utilice un vehículo de servicio público de transporte, de transporte mercantil u otro que por sus características exteriores, haga parecer que se trata de vehículos destinados al servicio de transporte público, o de alguna institución de seguridad pública.

Si la información a que se refiere este artículo es transmitida a un tercero, por cualquier medio, la pena de prisión se aumentará hasta en un tercio de la sanción que corresponda.

Si el delito es cometido por servidor público o por quien haya pertenecido a las fuerzas armadas, instituciones de seguridad pública o de procuración de justicia, las penas señaladas se aumentarán desde un tercio hasta una mitad de la pena que corresponda y además se impondrá como sanción la destitución del cargo e inhabilitación de cinco a diez años para ocupar otro cargo en el servicio público.

<sup>1456</sup> Artículo 343. Comete el delito a que se refiere este capítulo el elemento policiaco, custodio o agente de seguridad pública o privada, que realice actividad de vigilancia hacia servidores públicos, con la finalidad de conocer y reportar su ubicación, operativos, actividad, lugares que frecuentan o cualquier dato personal

sujeto activo es un elemento policiaco, custodio o agente de seguridad pública o privada, que realicen actos de vigilancia hacia otros servidores públicos, con la finalidad de conocer y reportar su ubicación, operativos, actividad, lugares que frecuentan o cualquier dato personal de los mismos, que les permita organizar, planear y/o cometer un delito o evitar el cumplimiento de la función pública.

También se prevé sanción para quien, buscando la finalidad enunciada *supra* líneas, porte tres o más celulares, equipos de comunicación, o bien, no justifique su legítima propiedad o posesión. En este apartado, el artículo no señala que el sujeto activo sea un elemento de seguridad, solo refiere a quien, por lo que pudiera ser cualquier persona. Por lo cual bastara que una persona traiga tres teléfonos celulares, y tenga como finalidad conocer la ubicación de un operativo para planear cometer un delito, sin que sea necesario que dicho delito que se planea sea ejecutado, se tratan, por tanto, de actos preparatorios, que como hemos señalado, el legislador ante ver la importancia de los bienes jurídicos, decide sancionarlos, a través de un delito de peligro abstracto.

De igual forma cometen este delito los servidores públicos o los particulares, que posean un medio de comunicación del que obtengan cualquier información o ubicación de personas o agentes de seguridad.

En el Estado de Sinaloa, en su CP contemplan en delito de contra las actividades de las instituciones de seguridad pública y del Estado, en el artículo 293 Bis<sup>1457</sup> que recoge

---

de los mismos, que les permita organizar, planear y/o cometer un delito o evitar el cumplimiento de la función pública.

Igualmente, comete este delito quien, para los mismos efectos a que se refiere el párrafo anterior, porte tres o más teléfonos celulares, sistemas de comunicación electrónica o de radiocomunicación, o bien, no justifique su propiedad o legítima posesión.

Asimismo, lo comete cualquier servidor público de los inicialmente nombrados, que posea alguno de los medios de comunicación señalados, que no le haya sido proporcionado por la corporación a que pertenezca, o que no lo tenga registrado ante la misma.

De igual manera comete este delito, el servidor público o particular que posea un medio de comunicación del que deriven, se realicen, obtengan, genere datos, claves o códigos no autorizados, o cualquier referencia de ubicación o seguimiento de personas o agentes de seguridad.

Este delito se sancionará con una pena de cinco a doce años de prisión y sanción pecuniaria de quinientos a mil doscientos días del valor de la unidad de medida y actualización.

<sup>1457</sup> Artículo 293 Bis. Se aplicará pena de cuatro años seis meses a quince años de prisión y de mil a dos mil días multa, a quien:

I. Aceche, vigile, espíe o proporcione información, sobre las actividades oficiales o personales que realicen o pretendan realizar los servidores públicos de las Instituciones de Seguridad Pública con la finalidad de entorpecer o evitar el cumplimiento de sus funciones u ocasionarles un daño a dichas instituciones o servidores públicos;

II. Ingrese, altere o acceda a información de las Instituciones de Seguridad Pública con los fines señalados en el párrafo anterior;

III. Aceche o vigile en cualquier lugar o realice cualquier acto, tendientes a evitar la captura de algún delincuente o miembro de una asociación delictuosa u organización criminal; o

IV. Elabore, imprima, fabrique, proporcione, posea, desplace, traslade, aloje, aplique o instale expresiones impresas en lugares públicos o mensajes producidos por cualquier otro medio, que contengan advertencias o amenazas, en contra de servidores públicos, Instituciones Públicas y del Estado, con la finalidad de entorpecer o evitar el cumplimiento de sus funciones u ocasionarles un daño a dichas instituciones o servidores públicos.

La pena prevista en este artículo se aumentará desde un tercio hasta una mitad, al que realice las conductas descritas en este precepto utilizando para ello cualquier vehículo de servicio público de transporte de pasajeros u otro que preste un servicio similar o que por sus características exteriores sea similar a la apariencia de los vehículos destinados al servicio de transporte público de pasajeros.

algunos de los supuestos vistos hasta ahora, aquí destacaremos dos de sus cuatro fracciones, al no haberlas observado en otros CP. Como lo es el ingresar, alterar, acceder a la información de las instituciones de seguridad, con la finalidad de entorpecer o evitar el cumplimiento de sus funciones, o bien ocasionar un daño ya sea las instituciones o bien, a los servidores públicos que ahí laboran. También resulta interesante la fracción IV, que en términos sencillos podríamos decir que se trata de poseer o elaborar mensajes con amenazas o advertencias en contra de los servidores públicos, instituciones públicas y del Estado, con la finalidad ya enunciada.

Otro CP que contempla el delito de espionaje es el de Tabasco, que en su artículo 366<sup>1458</sup> contempla el delito contra las actividades de las instituciones oficiales, el cual contiene dos fracciones, la primera muy similar a otras ya enunciadas, relativa a vigilar o acechar para obtener información sobre actividades de seguridad pública, persecución del delito o ejecución de penas, pero siempre debe existir la finalidad de beneficiar a una asociación delictuosa u organización criminal. La segunda fracción repite el halconeo, pero enfocado a evitar la captura de algún miembro de una asociación delictuosa u organización criminal.

Tanto el CP de Sinaloa como el de Tabasco, contienen supuestos penales que podemos clasificar como de peligro abstracto, en cuanto a que tutelan situaciones donde no se lesiona el bien jurídico (en este caso el de la seguridad pública), con acechar, vigilar o espiar las actividades de las instituciones de seguridad pública, ya sea con la finalidad de entorpecer sus funciones, buscar causar un daño, o bien, en beneficio de alguna asociación delictuosa. Tampoco podría ponerse en un peligro concreto ese bien jurídico, pues no solamente no lo requiere el tipo penal, aunado a que, con vigilar una actividad de seguridad pública con una finalidad de darla a conocer a un grupo criminal, aun no pone en concreto peligro al bien jurídico, pues los tipos penales no exigen que efectivamente se haya comunicado la información o que con ello se cause o pretenda causar un daño.

Similar a varios de los preceptos enunciados, el CP de Tamaulipas en su artículo 188 Bis<sup>1459</sup>, dentro del capítulo de los Delitos contra los servidores públicos, se sanciona

---

La pena señalada en este numeral se aumentará desde un tercio hasta un tanto más y se impondrá además, la destitución del cargo o comisión e inhabilitación de tres a diez años para ocupar otro, cuando el delito sea cometido por servidores públicos o por ex servidores públicos de las fuerzas armadas, instituciones de seguridad pública o de procuración o administración de justicia.

<sup>1458</sup> Artículo 366. Se impondrá una pena de cuatro años seis meses a doce años de prisión y multa de doscientas a quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien:

I. Aceche, vigile o realice actos tendientes a obtener la información sobre la ubicación de las actividades, los operativos o en general las labores de seguridad pública, de persecución o sanción del delito o ejecución de penas, en beneficio de una asociación delictuosa u organización criminal; o

II. Aceche o vigile en cualquier lugar, o realice acto tendiente a evitar la captura de algún miembro de una asociación delictuosa u organización criminal.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, se aumentará en una mitad más de la sanción privativa de libertad que le corresponda al que realice la conducta descrita en este artículo utilizando para ello cualquier vehículo de servicio público de transporte o que por sus características exteriores sea semejante a los vehículos destinados a dicho servicio.

Las penas señaladas en este artículo se aumentarán en una mitad de la pena que le corresponda y se impondrá además la destitución del cargo o comisión e inhabilitación de tres a diez años para ocupar otro, cuando el delito sea cometido por un servidor o ex servidor público de alguna de las instituciones de seguridad pública, procuración o administración de justicia, o integrante o ex integrante de las Fuerzas Armadas Mexicanas.

<sup>1459</sup> Artículo 188 Bis. - Se impondrá sanción de siete a quince años de prisión y multa de doscientas a cuatrocientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien aceche, vigile, alerte,

a quien aceche, vigile, alerte, informe o realice espionaje, sobre las actividades, operativos, ubicación o, en general, respecto de las labores que realicen los elementos de las fuerzas armadas, o las instituciones de seguridad pública, sin embargo, con respecto a este artículo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en una tesis aislada, que “para que se acrediten dichos elementos, es necesario que el Ministerio Público aporte pruebas vinculadas con la acción desplegada por el sujeto activo, es decir, que acrediten en qué consistió el acecho, la vigilancia, la alerta, la información o el espionaje con respecto a la ubicación o a las actividades en general, realizadas por elementos de las instituciones de seguridad pública”<sup>1460</sup>, es decir, sancionar efectivamente “a aquellas personas que se dediquen o colaboren con la delincuencia para alertar sobre los operativos policíacos”<sup>1461</sup>. Ya que de lo contrario, si el Ministerio Público no comprueba de forma fehaciente que efectivamente el sujeto activo tenía la finalidad de colaborar con la delincuencia, desplegando alguna de las acciones típicas enunciadas por el artículo en comento, se llegaría al absurdo de sancionar a todo aquel que informe sobre actividades de las instituciones de seguridad pública, como son los medios de

---

informe o realice espionaje, sobre las actividades, operativos, ubicación o, en general, respecto de las labores que realicen los elementos de las fuerzas armadas, o las instituciones de seguridad pública o de persecución y sanción del delito.

Las penas a que se refiere el párrafo anterior se aumentarán en una mitad más cuando:

- a) El delito sea cometido por servidores públicos o ex servidores públicos de las fuerzas armadas, de las instituciones de seguridad pública o de persecución y sanción del delito, en cuyo caso se impondrá además destitución del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por diez años; o
- b) Se utilice a niños, niñas, adolescentes o a quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho para cometer el delito

<sup>1460</sup> Tesis Aislada. DELITO COMETIDO CONTRA SERVIDORES PÚBLICOS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 188 BIS, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS. NO SE CONFIGURA POR EL HECHO DE PORTAR UN RADIO DE COMUNICACIÓN Y EN ÉSTE RECIBIR ALERTAS GENÉRICAS DE DUDOSA INTERPRETACIÓN QUE NO REFIEREN EXPRESAMENTE O CON CERTEZA LA UBICACIÓN O LABORES DE LOS CUERPOS POLICÍACOS. Los elementos del tipo penal denominado "delitos contra servidores públicos", previsto y sancionado en el artículo 188 Bis, párrafo primero, del Código Penal para el Estado de Tamaulipas, son: a) Una acción del sujeto activo de acechar, vigilar, alertar, informar o realizar espionaje; y b) Que tales conductas versen sobre las actividades, operativos, ubicación o, en general, de las labores realizadas por los elementos de las fuerzas armadas o instituciones de seguridad pública o de persecución y sanción del delito. Ahora, para que se acrediten dichos elementos, es necesario que el Ministerio Público aporte pruebas vinculadas con la acción desplegada por el sujeto activo, es decir, que acrediten en qué consistió el acecho, la vigilancia, la alerta, la información o el espionaje con respecto a la ubicación o a las actividades en general, realizadas por elementos de las instituciones de seguridad pública; lo que no acontece cuando dichos medios de convicción únicamente revelen que el inculpado caminaba por la calle portando un radio de comunicación y que al momento en que los elementos aprehensores lo detuvieron, trató de huir y se recibieron en dicho aparato alertas que no refieren expresamente o con certeza a la ubicación o labores de los cuerpos policíacos, sino que constituyen meras manifestaciones genéricas de dudosa interpretación; toda vez que de asumir esa postura, se llegaría al absurdo de detener a toda persona que porte un aparato de comunicación telefónica o radial, lo que jurídicamente es inadmisibles, máxime si se considera que ésa no fue la intención del legislador local, sino sancionar penalmente a aquellas personas que se dediquen o colaboren con la delincuencia para alertar sobre los operativos policíacos. Registro digital: 2004443 Tesis: VIII.1o.(X Región) 2 P(10a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, página 2546. Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, Décima época.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA DÉCIMA REGIÓN. Amparo directo 292/2013 (expediente auxiliar 447/2013). 28 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Santiago Gallardo Lerma. Secretario: Isaac Segovia Barranca.

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

<sup>1461</sup> *Ibíd.*

comunicación, motivo por el que en el Estado de Guanajuato, se interpuso una controversia constitucional<sup>1462</sup>.

Finalmente, el CPF, también contempla el delito de espionaje en el artículo 127<sup>1463</sup>, sin embargo, el tipo penal contiene supuestos penales totalmente distintos a los hasta ahora abordados en los CP anteriores. Toda vez que este delito va enfocado al espionaje internacional, cuyo sujeto activo es un extranjero, que entregue información a gobiernos extranjeros, con intenciones de generar posibles invasiones al territorio mexicano o alterar la paz interior. O bien, en tiempo de guerra tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información que perjudique o pueda perjudicar a la Nación<sup>1464</sup>.

Finalmente cabe señalar, que, en el Código penal español, no se contempla un delito con características similares a las que hemos abordado en este tema, relativo al espionaje o halconeo, sin embargo, no quiere decir que, en caso de presentarse conductas alusivas a dichos delitos, éstos queden impunes, pues para eso se aplicarían en la mayoría de los casos las sanciones que correspondan como actos preparatorios de los delitos que correspondan.

## 4.2 CONSIDERACIONES FINALES.

A lo largo de este capítulo analizamos algunos artículos de CP en México, así como de los correspondientes del CP, que a mi consideración podemos catalogar de naturaleza jurídica de un delito de peligro abstracto.

De igual manera hicimos referencia a la doctrina y jurisprudencia (mexicana y española), con lo que pudimos observar que, en algunos casos, son escasas sobre todo en el ámbito del derecho penal mexicano, derivado de la multiplicidad de CP, que no permite tener una doctrina y jurisprudencia más basta o condensada.

De los artículos abordados en este capítulo, que, si bien no son pocos, pero tampoco la totalidad que manejan los CP en México y España (sin embargo, por la extensión de este trabajo era imposible abordarlos todos), tomamos los delitos de peligro

---

<sup>1462</sup> *Vid.* El comentario vertido con respecto a este delito contenido en el artículo 222 b), del CP de Guanajuato (cita 1449).

<sup>1463</sup> Artículo 127.- Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos.

La misma pena se impondrá al extranjero que en tiempo de paz proporcione, sin autorización a persona, grupo o gobierno extranjero, documentos, instrucciones, o cualquier dato de establecimientos o de posibles actividades militares.

Se aplicará la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación Mexicana.

<sup>1464</sup> Los casos previstos en el CPF, si bien también se tratan de delitos de peligro abstracto, en cuanto a que aún no lesionan el bien jurídico, contiene un supuesto penal, que en mi opinión ya se trata de un delito de lesión, este es el relativo al extranjero que en tiempos de guerra o rotas las hostilidades con México, proporcione información que perjudique a la Nación, en este caso en específico, se requiere que haya un perjuicio a la Nación, por lo tanto, considero que se traduce en una lesión al bien jurídico, siendo este la seguridad nacional.

abstracto más comunes en los CP y también aquellos en los cuales la redacción penal, nos mostraba hasta donde encontramos el brazo extensor del Derecho penal.

En ese sentido, la expansión del Derecho penal la podemos constatar en nuestros CP, al tipificar conductas que se encuentran demasiado alejadas de una verdadera lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como lo es el caso del delito de apología del delito; o casos donde se sancionan actos preparatorios como los delitos contra la seguridad de la comunidad, donde se sanciona poseer credenciales o uniformes policiales apócrifos, poseer vehículos donde no se pueda acreditar la propiedad o que sus documentos o placas sean falsos. Pudiendo existir incluso una violación al principio *non bis in ídem*, pues pueden ser sancionados, por ejemplo, por un delito de robo y un delito contra la seguridad de la comunidad.

En los delitos contra el consumo, pudimos constatar que no existe consenso en la doctrina y jurisprudencia española, acerca de si se trata de un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto, sobre todo, porque se ha tomado como referencia el principio de precaución como pilar fundamental, para sancionar conductas donde no es necesario probar riesgo o peligro alguno, sino simplemente llevar a cabo la conducta típica.

En la posesión de armas de fuego está claro que lo que busca el legislador es proteger a la sociedad de una lesión o puesta en peligro de la vida o salud de las personas, sin embargo, en los CP en México, existen supuestos en donde el legislador hace uso de la analogía para señalar que cualquier instrumento que pueda ser apto para lesionar, se pueda considerar un arma, llevando a la inseguridad jurídica.

Con respecto a uno de los delitos que representan mayor amplitud de los delitos de peligro abstracto, la asociación delictuosa, estaría sancionando tentativas o incluso actos preparatorios, pues aún la ejecución del delito se ve demasiado lejana; toda vez que permite sancionar la mera reunión de dos o más personas con finalidad de delinquir, sin la necesidad de desplegar ningún otro acto.

Y finalmente el delito de espionaje o halconeo, uno de los delitos más cuestionados por periodistas y estudiosos del derecho, pero que responde a una realidad en México, la cual el legislador decidió llevar al CP; sancionando actos de acecho, vigilancia de autoridades de la seguridad o incluso a otros ciudadanos, con o sin la intención ilícita o de cooperación con el crimen organizado, pero que consideran actos suficientes para poner en peligro bienes jurídicos como la seguridad del Estado, la seguridad de la comunidad o la seguridad pública.

Sin embargo, está más que claro que la puesta en peligro de algunos de esos bienes jurídicos es demasiado lejana. Como lo es, por ejemplo, sancionar al elemento que porte o utilice durante el servicio o comisión, uno o varios teléfonos móviles o cualquier aparato de comunicación, que no sea de aquellos que les hubieren proporcionado por la dependencia o corporaciones correspondientes, para el ejercicio de su cargo (art. 228 del CP de Durango).

Esté como otros delitos de los analizados en este capítulo, es sancionado porque se le atribuye que pudiera ser peligrosa la conducta típica, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido. La determinación de la conducta típica como

peligrosa, constituye solamente una razón o motivo de la existencia de los delitos de peligro abstracto, pues el peligro o riesgo no forma parte del tipo, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador.

Estamos por tanto ante supuestos donde se posibilita la criminalización de la acción de los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. En este sentido se propugna más por la protección del bien jurídico y en contrasentido se reduce el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estado anterior, con el fin de neutralizar el peligro, sin esperar a que el bien jurídico principal fuera efectivamente lesionado<sup>1465</sup>, y como pudimos observar existen numerosos ejemplos, donde los códigos penales criminalizan materialmente actos meramente preparatorios, basta señalar el delito de asociación delictuosa, la apología del delito, el delito de armas prohibidas, entre otros que hemos analizado.

---

<sup>1465</sup> Vid. POLAINO-ORTS, Miguel. *El Derecho penal del enemigo ante el Estado de Derecho*. Editorial Flores. México, 2013. p. 15. Quien hace referencia a un trabajo de JAKOBS, donde alertaba sobre la técnica legislativa y la política criminal alemana, sin embargo, que podemos ver en otras técnicas legislativas como la mexicana y la española.

## CONCLUSIONES

Para finalizar el presente trabajo, dividiré las conclusiones en dos apartados, en conclusiones generales y en conclusiones específicas, en las primeras haré una explicación más extensa de cada una de las conclusiones, mientras que, en las conclusiones específicas, describiré de manera más breve y concisa, lo abordado en las conclusiones generales.

### CONCLUSIONES GENERALES.

Durante el desarrollo del presente trabajo abordamos múltiples temas enfocados a tener una visión más amplia y clara de los delitos de peligro abstracto, con la finalidad de contar con unas bases o un bagaje suficiente para tratar el tema central de este trabajo, el tener un entendimiento garantista de los delitos de peligro abstracto, y que ello nos permitiera realizar un análisis de éstos, en los Códigos penales mexicanos, con unas breves referencias al Código penal español.

En los primeros temas pudimos observar la importancia del concepto de peligro en dos importantes instituciones del Derecho penal, como lo son la tentativa y la imputación objetiva. Donde quedó patente, la referencia al concepto de peligro, así mismo que, si bien para algunos autores es sinónimo de riesgo, para otros no lo es, sin embargo, lo que es innegable es la referencia y utilización que del mismo se realiza.

También se destacaron en las excluyentes de la imputación objetiva, aquellas que disminuyen o significan una ausencia del riesgo permitido, se enfatizaron porque nos permiten dar cuenta, que el riesgo, traducido en la conducta peligrosa desplegada por un sujeto, puede crearse, disminuirse o incrementarse.

Es decir, puede tener distintos niveles o rangos el peligro, pues como lo mencionamos, se puede crear, disminuir o incrementar, dependiendo de la conducta desplegada por el sujeto y también de la valoración que sobre la misma se realice.

Todos estos conceptos de riesgo y peligro, sirvieron de base para el capítulo que abordó diversos conceptos de peligro, desde los que nos encausaron a la probabilidad o posibilidad, de causar un mal futuro -como conceptos ajurídicos-; y los conceptos propios del Derecho que encausan el concepto de peligro a la amenaza de lesión de un bien jurídico.

En ambas concepciones, encontramos a la posibilidad como un referente, posibilidad de que acontezca un mal o posibilidad de lesionar un bien jurídico.

Por otra parte, entendimos que para que tenga relevancia para el Derecho penal, el concepto de peligro, debe estar referido al bien jurídico. De igual manera el peligro para que tenga relevancia para la norma, debe constituir un estado a evitar, es decir, en la norma el legislador debió haber establecido que dicha conducta debe estar prohibida, ya que su realización implicaría la puesta en peligro de un bien jurídico -después de constatar la efectiva puesta en peligro-.

Así mismo, como fue señalado, el concepto peligro, utilizado por el Derecho, no puede devenir de un concepto meramente objetivo o mecanicista, es por ello que, una vez que se cometa una conducta considerada como peligrosa, deberá ser sujeta a valoración, la cual consistiría en una constatación de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

La valoración es precisamente lo que distinguirá el concepto normativo de peligro de otras concepciones, ya que en los delitos de peligro se realizan juicios de valor desde el inicio por el legislador (delitos de peligro abstracto) o bien, pueden quedar pendientes (delitos de peligro concreto), hasta que un juzgador sea quien realice dicho juicio.

Respecto a la labor del legislador a la hora de establecer que delitos constituyan delitos de peligro, considero que debería tener ciertas limitaciones, seguir ante todo los principios del Derecho penal, lo anterior, para evitar que cualquier conducta pueda ser calificada como de peligro. Sin embargo, en la realidad vemos que algunos legisladores, no atienden a limitaciones ni a los principios del Derecho penal, sino al simular dar respuesta a reclamos sociales como el de la seguridad, esto ocasionara una expansión exacerbada del Derecho penal, específicamente Códigos penales como los que analizaremos en este trabajo, que tipifican cada vez más conductas del tipo de peligro abstracto.

De los temas tratados en el presente trabajo, encontramos un hilo conductor entre cada uno de ellos, similitudes y diferencias, pero todo unidos por un concepto, el peligro. Buscamos en cada uno de ellos, destacar la importancia del concepto de peligro y de lo necesario que resultaba tener clara su naturaleza y concepción, porque es fundamental a la hora de hablar de delitos de peligro.

Ese hilo conductor que mencionamos *supra* líneas, nos llevó al tema del resultado, y señalamos que no es la concurrencia de efectos típicos, lo que finalmente condiciona el resultado penal, sino la producción de un estado que contradiga lo protegido por la norma penal. Sin que, con ello se le reste importancia al efecto típico, sino más bien, se trata de situarlo y examinarlo en su justa medida, como efecto que debe de concurrir siempre y cuando el legislador así lo haya establecido en el tipo, es decir, como cualquier otro elemento del tipo y, que será la base para la constatación de su injusto.

El final es de resaltarse, ya que, si tomamos como concepto de resultado penal, la producción de un estado que contravenga lo protegido por la norma penal, es decir, al bien jurídico penal; podemos decir, que, con base en esta definición, serán delitos de resultado: los delitos de lesión, los delitos de peligro concreto y abstracto y los delitos de mera actividad; ya que cada uno de ellos representará ese estado que vendrá a contravenir lo que protege la norma penal, el bien jurídico protegido.

Ello nos permitirá también, no limitarnos a establecer en la definición de resultado, la exigencia de una lesión o puesta en peligro real y concreto, del bien jurídico,

ya que eso precisamente estará en los elementos del tipo, lo que deberá concurrir para poder encuadrar la conducta con el tipo.

Siguiendo esta concepción se hablaría exclusivamente de «resultado penal», permitiendo fijar cuál es el «resultado» que se exige para que sea posible la aplicación de una sanción penal.

Teniendo como consecuencia que se elimine definitivamente la consideración física, que distingue los delitos de resultado de los de mera actividad, pues como lo mencionamos párrafos anteriores, *todos los delitos serán de resultado*.

Podemos entonces concluir que todos los delitos serán de resultado, tomando en cuenta al resultado penal como un concepto normativo, dejando de lado cualquier concepción naturalística.

El hilo conductor que hemos seguido durante este trabajo, nos llevó a centrarnos en los delitos de peligro, los cuales como mencionamos en párrafos anteriores, también se tratan de delitos de resultado. Dentro de los delitos de peligro abordamos varias clases, reconociendo tres principalmente, los delitos de peligro concreto, abstracto e hipotético.

Cuando se expuso lo relativo a los delitos de peligro abstracto, se puso de relieve que existe un sector de la doctrina que rechaza la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto, en dos supuestos: cuando se presume la peligrosidad del resultado, pero también para aquellos casos cuando, se considera suficiente la verificación de la peligrosidad de la acción; esto, porque como lo abordamos, la peligrosidad de la acción y la afección al bien jurídico no son sinónimos y que el principio de ofensividad requiere que haya una verdadera afectación al bien jurídico.

Es por ello que, concluimos en este trabajo que, las nociones que se refirieron en el capítulo respectivo, sobre el peligro abstracto y que se objetaron en su momento, no pueden coexistir dentro de un Derecho penal que conserve sus exigencias fundamentales, de imputación. Ya que como se mencionó en este trabajo, el punto central del problema de estos delitos, se puede reducir en el castigo de comportamientos que ni siquiera son peligrosos en concreto y que no existe la posibilidad de demostrar dicha peligrosidad.

Por otro lado, en cuanto al problema de la prueba en los delitos de peligro abstracto, si bien se estableció que, existen dos posturas respecto a si se admite en ellos la prueba en contra a la presunción de peligrosidad de la conducta, establecida por el legislador en el tipo, posturas de la presunción *iuris et de iure* (no se admite prueba en contrario) y la presunción *iuris tantum* (admite la prueba en contra).

Respecto al problema enunciado en el párrafo anterior, como se expuso en este trabajo, hay un sector importante que señala que como están redactados los delitos de peligro abstracto en los Códigos penales, pareciera que no es posible ofrecer una prueba en contrario; toda vez que el legislador de inicio, estableció que esas conductas sean consideradas peligrosas, sin que sea necesaria una comprobación por parte del juzgador, solamente una verificación de que se ha dado la conducta descrita en el tipo penal, para aplicar una sanción, sin hacer la necesaria comprobación de la puesta en peligro para el bien jurídico, en el caso concreto.

Si bien es una postura la que nos habla de la presunción *iuris et de iure* en los delitos de peligro abstracto, no es aceptada por la mayoría de la doctrina penal, ya que propugnan a que en estos delitos deben ser aceptadas las pruebas en contra, situación que sería lo deseable, sin embargo, en la realidad pareciera que no es posible, pues como quedo de manifiesto en el capítulo IV de este trabajo, muchos delitos contemplados en los CP de México, en su descripción típica, pareciera que no permiten la prueba en contra, situación que analizamos en cada uno de ellos.

Con respecto a lo anterior, considero que, en algunos delitos de peligro abstracto, la redacción pareciera establecer que no es posible aportar alguna prueba para desvirtuar que, en el caso concreto, no existió la puesta en peligro para un bien jurídico, como es el caso de los delitos de portación de arma de fuego, donde quien porta un arma de fuego ya está cometiendo un delito de peligro abstracto.

Sin embargo, aún y cuando existan delitos de peligro abstracto que, como mencionamos, la descripción típica pareciera indicar que no es posible admitir una prueba en contra; en todos los delitos de peligro abstracto, debería admitirse la aportación de la prueba en contrario, toda vez que de no hacerlo, se estaría en mi opinión, afectando el principio de presunción de inocencia del acusado, ya que de no aceptarle o no valorarle las pruebas que aportara, estaríamos aceptando que los delitos de peligro abstracto, son delitos formales, donde sólo basta con que se cometa la conducta descrita en el tipo penal, para que el juzgador determine la sanción a imponer, sin valorar ni comprobar si en el caso concreto, se puso en peligro el bien jurídico protegido.

La consecuencia de concebir a los delitos de peligro abstracto como delitos meramente formales -como lo señale en párrafos precedentes-, donde no exista la prueba en contra a la presunción de peligrosidad de la conducta -establecida por el legislador en el tipo-, sería estar en presencia de delitos que no pueden coexistir dentro de un Derecho penal que conserve sus exigencias fundamentales de imputación. Toda vez que, con estos delitos se puede imponer sanciones a comportamientos, que no representan un peligro al bien jurídico protegido en el caso concreto.

Siguiendo ese sentido, la punición de los delitos de peligro abstracto interpretados puramente como delitos formales de mera desobediencia, estarían muy cerca de la incompatibilidad con los principios informadores y limitadores del sistema penal del Estado de Derecho que nos rige.

Siendo precisamente la propuesta en este tema, el dotar de un contenido material de injusto a los delitos de peligro abstracto, significando ello, que el bien jurídico efectivamente sea puesto en peligro, situación que deberá examinarse *ex ante* en cada caso concreto; para conferirles legitimidad.

El bien jurídico es entonces el referente para determinar si efectivamente se le puso en peligro y así poder legitimar a los delitos de peligro, es por ello que, resumimos en este trabajo que, en el concepto de peligro para que sea penalmente relevante, debe estar siempre referido al bien jurídico, por otro lado, también resulta importante señalar que, la distinción fundamental entre los delitos de lesión y de peligro, radicara en el grado de afectación al bien jurídico, situación donde también se pone de manifiesto la importancia del bien jurídico; así mismo, al establecer que una de las principales

diferencias entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, radica en la proximidad a la lesión del bien jurídico.

De ahí la trascendencia de que se abordara en este trabajo, lo relativo al bien jurídico, aunque fuera de manera somera y encaminada sobre todo a los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, por ser estos los bienes jurídicos generalmente protegidos por los delitos de peligro abstracto.

Cuando abordamos el tema relativo a los bienes jurídicos colectivos, señalamos que, en mi opinión, siempre deben tener una referencia hacia los bienes jurídicos individuales, es decir, debe existir una relación de complementariedad, no así de subordinación. Ya que los bienes colectivos se considerarán en tanto que posibiliten la vida y desarrollo del individuo en sociedad, para que sean relevantes para el Derecho penal.

En razón de lo anterior, cuando señalamos que la protección de los bienes colectivos tiende a dirigirse a los bienes individuales, y que los primeros no pueden «construirse» sin referirse o contemplar a los segundos, no significa que los bienes colectivos dependan de los bienes individuales; por lo que se puede afirmar al mismo tiempo, la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y que los mismos siempre deben ir referidos a los bienes jurídicos individuales.

Es por ello que, el tema abordado sobre la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, fue de vital importancia, ya que, concluimos que la autonomía de éstos bienes jurídicos, se puede admitir también la posibilidad de lesión de los mismos.

En este trabajo también quedo de manifiesto que, la vaguedad en la definición de ciertos bienes jurídicos colectivos, ha permitido que se hable de una imposibilidad de lesión, ante lo cual se tiende a recurrir a los delitos de peligro, por lo que es importante concretar lo más posible el contenido de los bienes jurídicos colectivos.

Si bien al aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, aceptamos de igual manera la posibilidad de su lesión, la vaguedad en su definición (como lo manifestamos *supra* líneas), puede dificultar la determinación de la lesión en esta clase de bienes, sin embargo, considero que no es un elemento suficiente para determinar la imposibilidad de la misma; es por ello que, donde encontraremos mayores problemas, es precisamente, en la protección de bienes jurídicos colectivos ambiguos, mediante delitos de peligro, en específico, los de peligro abstracto.

Y es que, solo aceptando la posibilidad de lesión de los bienes jurídicos colectivos, podemos concebir la posibilidad de su puesta en peligro, al ser el peligro un estadio previo de la lesión, si ésta no es determinable, tampoco lo será la puesta en peligro, por tanto, solo podrá crearse un peligro si la lesión es posible.

Al aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y no excluir el referente que deben tener hacia los bienes jurídicos individuales, nos ayuda para tomar una postura ante la hipótesis señalada en la teoría de los bienes jurídicos intermedios, relativa a que los delitos serían de lesión si los comportamientos se dirigen a bienes colectivos determinados y serán de peligro si la protección de bienes colectivos se hace con respecto a bienes individuales; considero que aceptamos desde el principio que los bienes jurídicos

colectivos pueden ser lesionados y por ende, pueden ser puestos en peligro; así mismo, señalamos que el referente individual siempre estará presente en cualquier tipo de bienes jurídicos.

Después de desarrollar los capítulos relativos a la teoría del peligro, delitos de peligro y bienes jurídicos, pudimos contar con el sustento doctrinal necesario, para analizar los Códigos penales vigentes de los Estados Unidos Mexicanos, así como del Código penal español, con la finalidad de ubicar los delitos de peligro abstracto contenidos en los mencionados Códigos penales, y proceder a analizar los mismos.

En el capítulo cuarto que analizo los códigos penales de México, pudimos observar que, existían múltiples delitos de peligro abstracto, sin embargo, por la extensión de este trabajo fue imposible abordarlos todos, por lo que se agruparon los delitos de peligro abstracto más comunes en los CP y también aquellos en los cuales la redacción penal, nos mostraba hasta donde encontramos el brazo extensor del Derecho penal. Así mismo, se hizo referencia a algunos delitos comprendidos en el Código penal español, referentes a los grupos de delitos que se abordaron en ese cuarto capítulo.

En ese último capítulo pudimos constatar uno de los fenómenos que actualmente existe en nuestra sociedad, como lo es la expansión del Derecho penal, dentro de dicho escenario, los legisladores de los estados proceden a tipificar conductas que se encuentran demasiado alejadas de una verdadera lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como pudimos observar en el delito de apología del delito; o casos donde se sancionan actos preparatorios como los delitos contra la seguridad de la comunidad, donde se sanciona poseer credenciales o uniformes policiales apócrifos, poseer vehículos donde no se pueda acreditar la propiedad o que sus documentos o placas sean falsos, pudiendo existir incluso una violación al principio *non bis in ídem*, pues pueden ser imputados, por ejemplo, por un delito de robo y un delito contra la seguridad de la comunidad.

Otro de los ejemplos que ponen patente dicha expansión, son los delitos contra el consumo, en los cuales pudimos constatar que no existe consenso en la doctrina y jurisprudencia española, acerca de si se trata de un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto, sobre todo, porque se ha tomado como referencia el principio de precaución como pilar fundamental, para sancionar conductas donde no es necesario probar riesgo o peligro alguno, sino simplemente llevar a cabo la conducta típica. Circunstancia que nos lleva a decantarnos por que deben ser considerados delitos de peligro abstracto, pues como lo desarrollamos en el capítulo tercero de este trabajo, es una de las características de los delitos de peligro abstracto, la no exigencia de prueba de peligro.

Por lo que hace a otro de los delitos analizados, como lo fue la posesión de armas de fuego, pudimos observar que lo que busca el legislador es proteger a la sociedad de una lesión o puesta en peligro de la vida o salud de las personas, así mismo, quedo de manifiesto que, en algunos de los CP en México, existen supuestos en donde el legislador hace uso de la analogía para señalar que cualquier instrumento que pueda ser apto para lesionar, se pueda considerar un arma, llevando a la inseguridad jurídica. Lo que también nos muestra que, ante la inseguridad que se vive en México, como en otras partes del mundo, con la finalidad de dar una falsa sensación de seguridad, tipifican conductas que contravienen los principios del Derecho penal.

De igual forma, del análisis realizado al delito de la asociación delictuosa en algunos códigos penales de México, pudimos observar que se sancionan tentativas o incluso actos preparatorios, donde la ejecución del delito es demasiado lejana, así mismo, en algunos Códigos penales se permite sancionar la mera reunión de dos o más personas con finalidad de delinquir, sin la necesidad de desplegar ningún otro acto; por ello, se afirmó que es uno de los delitos que representan mayor amplitud de los delitos de peligro abstracto.

Sobre los delitos de espionaje o halconeo, comentamos que son de los delitos más cuestionados por periodistas y estudiosos del derecho, pero que responde a una realidad en México, la cual el legislador decidió llevar al CP; sancionando actos de acecho, vigilancia de autoridades de la seguridad o incluso a otros ciudadanos, con o sin la intención ilícita o de cooperación con el crimen organizado, pero que consideran actos suficientes para poner en peligro bienes jurídicos como el de la seguridad del Estado, la seguridad de la comunidad o la seguridad pública.

Sin embargo, está más que claro que la puesta en peligro de algunos de esos bienes jurídicos es demasiado lejana. Como lo es, por ejemplo, sancionar al elemento que porte o utilice durante el servicio o comisión, uno o varios teléfonos móviles o cualquier aparato de comunicación, que no sea de aquellos que les hubieren proporcionado por la dependencia o corporaciones correspondientes, para el ejercicio de su cargo (art. 228 del CP de Durango).

Ese como otros delitos de los analizados en el capítulo IV, es sancionado porque se le atribuye que pudiera ser peligrosa la conducta típica, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido. La determinación de la conducta típica como peligrosa, constituye solamente una razón o motivo de la existencia de los delitos de peligro abstracto, pues el peligro o riesgo no forma parte del tipo, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador.

Estamos por tanto ante supuestos donde se posibilita la criminalización de la acción de los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. En este sentido se propugna más por la protección del bien jurídico y en contrasentido se reduce el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estado anterior, con el fin de neutralizar el peligro, sin esperar a que el bien jurídico principal fuera efectivamente lesionado y, como pudimos observar existen numerosos ejemplos, donde los códigos penales criminalizan materialmente actos meramente preparatorios, basta señalar el delito de asociación delictuosa, la apología del delito, el delito de armas prohibidas, entre otros que hemos analizado en este trabajo.

Al final de este trabajo debo decir que, haciendo una retrospectiva, cumplí con el propósito inicial de contar con el sustento doctrinal que, me serviría para analizar las figuras de delitos de peligro abstracto, contenidas en los Códigos penales mexicanos, con algunas referencias al Código penal español, lo que me permitió llegar a la conclusión siguiente, que ante los tiempos en que vivimos, para algunos denominada sociedad del riesgo, los legisladores han optado por incluir nuevos delitos de peligro abstracto en las legislaciones penales, observándose que la puesta en peligro del bien jurídico protegido es cada vez más lejana y que en algunos de esos delitos, la prueba en contrario no existe; simulando con ello se dé respuesta a los reclamos de la sociedad, ante la inseguridad

pública que se vive. Con respecto a esta situación social y político criminal en la que vivimos, entiendo que la respuesta del Derecho penal, deberá ser acorde a estos tiempos, pero no significa que debamos justificar ni permitir que se transgredan los principios rectores del Derecho penal, ni las garantías que se han logrado con un Estado social y democrático de Derecho.

#### CONCLUSIONES ESPECÍFICAS:

1. El concepto de peligro con relevancia para el Derecho penal, debe estar siempre referido al bien jurídico. De igual manera el peligro que relevancia para la norma, debe constituir un estado a evitar, es decir, en la norma el legislador debe establecer que dicha conducta debe estar prohibida, ya que su realización implicaría la puesta en peligro de un bien jurídico.

Así mismo, el concepto peligro, utilizado por el Derecho, no puede devenir de un concepto meramente objetivo o mecanicista, es por ello, que una vez que se cometa una conducta considerada como peligrosa, deberá ser sujeta a valoración, la cual consistiría en una constatación de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico. La valoración es precisamente lo que distinguirá el concepto normativo de peligro de otras concepciones, ya que en los delitos de peligro se realizan juicios de valor desde el inicio por el legislador (delitos de peligro abstracto); o bien, pueden quedar pendientes (delitos de peligro concreto), hasta que un juzgador sea quien realice dicho juicio.

Por tanto, el concepto de peligro debe tener un referente material, es decir, debe contener el desvalor de la conducta realizada, la cual debe estar tipificada.

2. Por otro lado, el legislador a la hora de establecer que delitos se tipificaran como delitos de peligro, deberá tener ciertas limitaciones, como lo son, el seguir los principios del Derecho penal, lo anterior, para evitar que cualquier conducta pueda ser calificada como de peligro.
3. Como tercera conclusión debo señalar que, el concepto de resultado penal, como *producción de un estado que contravenga lo protegido por la norma penal*, es decir, al bien jurídico penal; nos permite señalar que serán delitos de resultado: los delitos de lesión, los delitos de peligro concreto y abstracto y los delitos de mera actividad; ya que cada uno de ellos representará ese estado que vendrá a contravenir lo que protege la norma penal, el bien jurídico protegido.

Siguiendo esta concepción se hablaría exclusivamente de «resultado penal», permitiendo fijar cuál es el «resultado» que se exige para que sea posible la aplicación de una sanción penal. Con base en lo anterior concluimos en este punto que, ***todos los delitos serán de resultado***.

4. Los delitos de peligro abstracto en los códigos penales, cuya redacción legislativa pareciera que no es posible ofrecer una prueba en contrario, donde el legislador de inicio, estableció que esas conductas sean consideradas peligrosas, sin que sea necesaria una comprobación por parte del juzgador, solamente una verificación

de que se ha dado la conducta descrita en el tipo penal, para aplicar una sanción, sin hacer la necesaria comprobación de la puesta en peligro para el bien jurídico, en el caso concreto; se tratan de una concepción de peligro abstracto que no puede coexistir dentro de un Derecho penal que conserve sus exigencias fundamentales, de imputación; ya que, se puede reducir en el castigo de comportamientos que ni siquiera son peligrosos en concreto y que no existe la posibilidad de demostrar dicha peligrosidad.

Por ello afirmamos que, de aceptar una concepción de delitos de peligro abstracto que no admita pruebas en contra, *se afectaría el principio de presunción de inocencia* del acusado, ya que de no aceptarle o no valorarle las pruebas que aportara, estaríamos aceptando que los delitos de peligro abstracto, son delitos formales, donde sólo basta con que se cometa la conducta descrita en el tipo penal, para que el juzgador determine la sanción a imponer, sin valorar ni comprobar si en el caso concreto, se puso en peligro el bien jurídico protegido.

Siendo precisamente la propuesta de este trabajo, el dotar de un contenido material de injusto a los delitos de peligro abstracto, significando ello, que el bien jurídico efectivamente sea puesto en peligro, situación que deberá examinarse *ex ante* en cada caso concreto; para conferirles legitimidad.

5. El bien jurídico será el referente para legitimar a los delitos de peligro, en ese sentido, el concepto de peligro para que sea penalmente relevante, debe estar siempre referido al bien jurídico. Por tanto, la distinción fundamental entre los delitos de lesión y de peligro, radicara en el grado de afectación al bien jurídico, por otro lado, una de las principales diferencias entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, radica en la proximidad a la lesión del bien jurídico.
6. Los bienes jurídicos colectivos, siempre deben tener una referencia hacia los bienes jurídicos individuales, es decir, debe existir una relación de complementariedad, no así de subordinación. Ya que los bienes colectivos se considerarán en tanto que posibiliten la vida y desarrollo del individuo en sociedad, para que sean relevantes para el Derecho penal.

En razón de lo anterior, cuando señalamos que la protección de los bienes colectivos tiende a dirigirse a los bienes individuales, y que los primeros no pueden «construirse» sin referirse o contemplar a los segundos, no significa que los bienes colectivos dependan de los bienes individuales; por lo que se puede afirmar al mismo tiempo, la autonomía de los bienes jurídicos colectivos y que los mismos siempre deben ir referidos a los bienes jurídicos individuales.

Al aceptar la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, se admite la posibilidad de lesión de los mismos.

7. Ante bienes jurídicos colectivos ambiguos, abstractos o sin referente individual, que se encuentren protegidos por un delito de peligro abstracto, la abstracción que se realizaría sería doble, primero con respecto al bien jurídico colectivo y, en segundo lugar, con el delito de peligro abstracto. Es por esta razón, por lo que en muchas ocasiones se señala que los delitos de peligro abstracto, comprenden la

incriminación de meras infracciones administrativas por sí solas, y que no implican necesariamente un peligro para el bien jurídico protegido.

Por todo lo anterior, concluimos que, no debe ser suficiente la tipificación de una acción peligrosa cualquiera, es decir, sólo deberían tipificarse las acciones que, al menos, presenten una alta potencialidad o aptitud o idoneidad lesiva, para el bien jurídico colectivo, desde una perspectiva *ex ante*.

8. De los delitos de peligro abstracto, analizados en el capítulo IV, se pudo observar que son sancionados porque, se les atribuye que pudieran ser peligrosas las conductas típicas, sin que sea necesario el efectivo peligro para un bien jurídico protegido. Por ello, del análisis realizado a los mencionados delitos, podemos concluir que, la determinación de la conducta típica como peligrosa, constituye solamente una razón o motivo de la existencia de los delitos de peligro abstracto, pues el peligro o riesgo no forma parte del tipo, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad prestablecidos de modo general por el legislador.

Lo que muestra que, la puesta en peligro de algunos de los bienes jurídicos protegidos por esos delitos, es demasiado lejana. Como lo es, por ejemplo, sancionar al elemento que porte o utilice durante el servicio o comisión, uno o varios teléfonos móviles o cualquier aparato de comunicación, que no sea de aquellos que les hubieren proporcionado por la dependencia o corporaciones correspondientes, para el ejercicio de su cargo (art. 228 del CP de Durango).

9. Tal como se encuentran tipificados los delitos de peligro abstracto analizados en este trabajo, podemos señalar que, estamos ante supuestos donde se posibilita la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico.

De igual forma, podemos observar que, el legislador mexicano y en ocasiones el español, únicamente buscan a través de la tipificación de estos delitos, dar un mensaje de que se está trabajando en los temas de seguridad pública, ante la creciente ola de violencia que vive nuestra sociedad, manejando un derecho penal simbólico, utilizando no solamente los delitos de peligro abstracto, sino también creando bienes jurídicos colectivos demasiado abstractos, y a través de la abstracción, les permite encuadrar las conductas realizadas en un delito, sin que se requiera que el bien jurídico sea realmente o potencialmente puesto en peligro.

Y en la realidad observamos que, el legislador no renuncia a este modelo de tipificación, porque de otra manera no lograría los votos ni el rédito electoral, al manejar un discurso simbólico de seguridad, prometiendo o señalando que se trabaja en la seguridad pública, para disminuir los índices delictivos, pero que como lo hemos señalado, significa un detrimento en los principios rectores del Derecho penal.

10. Es por ello, que propugnamos por la eliminación de delitos de peligro abstracto, cuyo bien jurídico protegido sea un bien jurídico colectivo demasiado abstracto o ambiguo, porque la doble abstracción significará, un detrimento de los principios del Derecho penal. Por ejemplo, tenemos los delitos contra la seguridad de la

comunidad, donde el bien jurídico que se protege es la seguridad pública o del estado, siendo un bien jurídico colectivo, que con algunas de las conductas descritas en los códigos penales difícilmente veríamos una posibilidad de puesta en peligro de dicho bien jurídico.

De igual forma, propugnamos por la eliminación de los delitos de peligro abstracto que sirvan sólo como una falsa respuesta por parte del legislador, para dar una sensación de que se trabaja en materia de seguridad pública.

Todo ello, porque debe respetarse y acatarse los principios del Derecho penal, para la tipificación de todos los delitos, sean de peligro o no.

11. Como conclusión final, proponemos que, si se recurre a los delitos de peligro, toda vez que entendemos que son necesarios en una sociedad de riesgos y globalizada como la que vivimos, se haga preferentemente a los delitos de peligro concreto, toda vez que considero que otorgan mayores derechos y garantías, que los delitos de peligro abstracto.

Reiterando lo mencionado, en caso de que el legislador quiera optar por legislar delitos de peligro abstracto, como lo señalo *supra* líneas, no se tipifiquen estos delitos, protegiendo bienes jurídicos colectivos demasiados abstractos o ambiguos; tampoco que tutelén conductas donde la puesta en peligro del bien jurídico, sea tan lejana que, no exista una idoneidad o aptitud lesiva para el bien jurídico.

En ese sentido, que sean configurados los delitos de peligro abstracto, con una idoneidad o aptitud lesiva para el bien jurídico protegido, que permita el ofrecimiento de la prueba en contra, para que no se vea lesionado el principio de presunción de inocencia, así como el de fragmentariedad.

Todas las propuestas van encaminadas en buscar que, el Derecho penal vuelva a uno de sus principios fundamentales, el constituirse siempre como *ultima ratio* y propugnar por el estricto respeto de un derecho penal mínimo, que respete los principios rectores del Derecho penal, en un Estado social y democrático de Derecho.

## BIBLIOGRAFIA

1. AA.VV.
  - *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcacer Guirao, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2007.
  - *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología.* Universidad Nacional de Educación a distancia. Madrid, 2002.
  - *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización.* Patricia Faraldo Cabana (Dir.) José Ángel Brandariz García, Luz María Puente Alba. (Coord.) Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
2. **ABANTO VASQUEZ, MANUEL A.** “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”. En *Revista Penal*. No. 18. Ed. La Ley. Praxis. Barcelona, 2006. pp. 3-44.
3. **ACALE SÁNCHEZ, MARÍA.** *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad.* Editorial Comares. Granada. 2001.
4. **AGUILAR LOPEZ, MIGUEL ANGEL.** “Delitos de peligro e imputación objetiva”. En *Revista Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*. No. 3. Cuarta época. Mayo-Junio 2008. Consultable en [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx)
5. **ALCACER GUIRAO, RAFAEL.** *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Ed. Atelier. Barcelona, 2003.
  - *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto.* Ed. Comares. Granada, 2000.
  - *Tentativa y Formas de Autoría. Sobre el comienzo de la realización típica.* Edisofer. Madrid 2001.
6. **ALONSO ÁLAMO, MERCEDES.** *Bien Jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos. Estudios.* Ediciones Universidad de Valladolid. Valladolid, 2014.
7. **AMUCHATEGUI REQUENA, I. GRISELDA.** *Derecho penal.* Tercera edición. Ed. Oxford. México, 2012.
8. **BACIGALUPO, ENRIQUE,** en AAVV. “Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal”. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.* Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2008.

- *Derecho penal. Parte General*. Segunda edición. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.
  - *Principios constitucionales de derecho penal*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1999.
  - *Derecho penal y el estado de derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2005.
9. **BARBERO SANTOS, MARINO**. “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Número 26. Tomo XXVI. Fascículo I. Enero- Abril 1973. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Pp. 487-500.
  10. **BECK, ULRICH**. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ed. Paidós. Traducción: Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Ma. Rosa Borrás. Barcelona, 2002.
  11. **BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO**, et al. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Segunda edición. Editorial La Ley. Barcelona, 1999.
  12. **BERGALLI, ROBERTO**. En AAVV. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”. *Sistema Penal y problemas sociales*. Roberto Bergalli (Coordinador y Colaborador). Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2003. Pp. 25-85.
  13. **BERUMEN, ARTURO**, et. al. *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*. Augusto Sánchez Sandoval (Coord.). Ed. Porrúa. México, 2007.
  14. **BOIX REIG, JAVIER**, (Director) et al. *Intereses Difusos y Derecho Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1994.  
  
“El fin del Derecho penal (réquiem por él)”, Levante el Mercantil Valenciano, Comunitat Valenciana, Miércoles 20 de marzo de 2019. 10-11.
  15. **BOGADO, MARIA GRACIA/FERRARI DEBORA RUTH**. “Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético”. Consultable en la página electrónica [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar). Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.
  16. **BORGA JIMÉNEZ, EMILIANO**. *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. México, 2012.
  17. **BURGOS PAVÓN, FERNANDO**. *Derecho Penal. Parte especial (II). De los delitos contra la seguridad colectiva a los delitos contra la comunidad internacional y el Derecho penal especial*. Ediciones Centro de Estudios Financieros. Universidad a distancia de Madrid. 2019.
  18. **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ**. *Control Social y Sistema Penal*. Primera edición. Editorial PPU S. A. Barcelona, 1987.

- “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”. *Pena y Estado*. Número 1, 1991.
19. **CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS**, en AAVV. “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”. En *Intereses difusos y Derecho Penal*. Javier Boix Reig (Dir.). Consejo del Poder Judicial. No. XXXVI. Madrid, noviembre 1994.
  - *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Tirant lo blanch. Valencia, 1995.
  20. **CARDENAL MONTRAVETA, SERGI**. “Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado.” En *InDret. Revista para el análisis del derecho*. No. 3/07. [www.indret.com](http://www.indret.com)
  - *El Tipo Penal en Beling y los Neokantianos*. Texto disponible [www.tdx.cesca.es](http://www.tdx.cesca.es) (TOL 77). Universidad de Barcelona. Barcelona 2002.
  21. **CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE, OJEDA RODRÍGUEZ CUAUHTÉMOC**. *Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato*. Orlando Cárdenas Editor, Tercera edición. México, 2000.
  22. **CARRARA, FRANCISCO**. *Programa de derecho criminal. Parte general*. Editorial Temis. Bogotá, 1977.
  23. **CEREZO MIR, JOSÉ**. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”. *Revista de Derecho penal y criminología*. 2002.
  24. **COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S.** *Derecho Penal. Parte General*. Quinta edición. Tirant lo Blanch. Valencia 1999.
  25. **COLINA RAMÍREZ, EDGAR IVÁN**. *Derecho Penal del Riesgo. Un estudio desde su legitimación*. Editorial Flores. México, 2015.
  26. **CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CANDIDO Y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO**. “Comentario al artículo 325”. En *Comentarios al Código Penal, Tomo 4, Art. 318 bis al 445 bis*. (Dir.) Conde-Pumpido Tourón Candido. (Coord.) López Barja de Quiroga Jacobo. Editorial Bosch. Barcelona, 2007.
  27. **CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU**. *Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
  - “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho penal mínimo”. En *Derecho penal del siglo XXI*. Santiago Mir Puig (Dir.). Cuadernos de Derecho Judicial. No. VIII. Madrid, 2007. pp. 363-402.
  - En AAVV. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”. En *La política criminal en Europa*. Santiago Mir Puig (Dir.). Ed. Atelier. Barcelona, 2004.

- 28. CUESTA PASTOR, PABLO.** *Delitos obstáculo. Tensión entre la política criminal y teoría del bien jurídico.* Editorial Comares. Granada, 2002.
- *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio.* Colección “Monografías de Derecho penal” 19. Director: Lorenzo Morillas Cueva. Ed. Dykinson S.L. Madrid 2012.
- 29. CHAVES PEDRÓN, CESAR.** “El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido”. En *Cuadernos de Derecho penal. No. 15. (Enero-junio 2016). Nuevas formas de criminalidad.* Universidad Sergio Arbolena. Bogota, Colombia, 2016. Pp. 55-84.
- 30. DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.** “Comentario al artículo 325”. En *Comentarios al Código Penal.* (Dir.) Arroyo Zapatero L. et al. Editorial Iustel. Madrid, 2007.
- *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- 31. DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO.** ¿Hacia el derecho penal de la posmodernidad? En *Revista Electrónica de la Ciencia Penal y Criminología.* RECPC 11-08 (2009). <http://.criminet.urg.es/recpc>
- 32. DEMETRIO CRESPO, EDUARDO.** *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de la punición y comienzo de la tentativa.* Comares. Granada, 2003.
- 33. DIAZ ARANDA, ENRIQUE.** *Derecho penal. Parte General. (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal Mexicano conforme a la Teoría del delito funcionalista social).* Tercera edición. Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.
- *¿Debe ajustarse el derecho penal mexicano a los principios de un Estado social y democrático de derecho?* Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal. Coord. Sergio García Ramírez. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- 34. DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS.** “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”. En *Jueces para la democracia.* No. 30 (1997) pp. 10-19.
- “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* RECPC 07-01 (2005). <http://criminet.urg.es/recpc>
- 35. DONNA, EDGARDO ALBERTO,** en AAVV. “¿Es posible el derecho penal liberal?” *El Derecho ante la globalización y el terrorismo.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. Pp. 209-232.

- *La Tentativa*. Editorial de Belgrano. Argentina 1996.

**36. DOVAL PAÍS, ANTONIO.** *Delitos de fraude alimentario, análisis de sus elementos esenciales*. Editorial Aranzadi. Navarra, 1996.

- “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”. En *Intereses difusos y Derecho Penal*. Javier Boix Reig (Dir.). Consejo del Poder Judicial. No. XXXVI. Madrid, noviembre 1994.

**37. ESCOBAR VÉLEZ, SUSANA.** *La responsabilidad penal por productos defectuosos*. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Disponible en línea. <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490333587?showPage=46>

**38. ESCRIBA GREGORI, JOSÉ MA.** *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 1976.

**39. FARRÉ TREPAT, ELENA.** *La tentativa de delito*. Librería Bosch. Barcelona, 1986.

**40. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ,** en AAVV. “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro.” En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Editorial Thomson Civitas. Navarra, 2005. Pp. 307-341.

- “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico.” En *InDret Revista para el análisis del derecho*. No. 2/2008. [www.indret.com](http://www.indret.com)

- *Teoría de la imputación objetiva*. Segunda reimpresión. Ángel editor. México, 2003.

**41. FERNANDEZ, GONZALO D.** *Bien jurídico y sistema del delito*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004.

**42. FERNÁNDEZ BAUTISTA SILVIA, CORCOY BIDASOLO MIRENTXU, CARDENAL MONTRAVETA SERGI, MIR PUIG SANTIAGO, BOLEA BORDÓN CAROLINA, GALLEGU SOLER JOSÉ IGNACIO, GÓMEZ MARTÍN VÍCTOR, SANTANA VEGA DULCE, MIR PUIG CARLOS, HORTAL IBARRA JUAN CARLOS, CARPIO BRIZ DAVID, ARTAZA OSVALDO, BESIO MARTIN.** *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Documento TOL2.049.037. Fecha: /03/2011. Número epígrafe: 26. Título epígrafe: Libro segundo Título decimoséptimo del Código Penal (Arts. 341 a 385 ter). p. 15/66. <http://www.tirantonline.com>

**43. FERRAJOLI, LUIGI.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta. Madrid, 1995.

**44. FRIGOLS I BRINES, ELISEU.** “La prueba en el delito medioambiental”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*. No. 12. Valencia, 2004. Pp. 65-88.

45. **FUENTES OSORIO, JUAN LUIS.** “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 14-17 (2012). <http://criminet.ugr.es/recpc>
46. **GALLEGO SOLER, JOSÉ IGNACIO.** El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2). En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad vial*. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores). Sergi Cardenal Montraveta (Coordinador). Tirant lo Blanch reformas. Valencia, 2008.
47. **GARCÍA GARCÍA, RODOLFO.** *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible. Tomo I.* Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 2006.
48. **GARCIA RAMIREZ, SERGIO.** *Derecho penal.* Tercera edición. Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2007.
49. **GLASS V. GENE, STANLEY C. JULIÁN.** *Métodos estadísticos aplicados a la Ciencias Sociales.* Traducción Dras. Elsa Galvis Gómez y Eugenia Guzmán. Ed. Prentice-Hall Hispanoamericana S.A. México, 1986.
50. **GOMEZ MARTÍN, VICTOR,** en AAVV. “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”. En *La política criminal en Europa*. Santiago Mir Puig (Dir.). Atelier. Barcelona, 2004.
- “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal.” En *Política criminal y reforma penal*. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.) B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2007.
51. **GOMEZ TOMILLO, MANUEL,** en AAVV. “Contribución a la Teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cabo del Rosal*. (Coord.) Carbonell Mateu Juan Carlos, et al. Editorial Dykinson S.L. Madrid, 2005. Pp. 465-482.
52. **GONZALEZ CUSSAC, JOSÉ L.; MATALLÍN EVANGELIO, ÁNGELA; ORTS BERENGER, ENRIQUE; ROIG TORRES, MARGARITA.** *Esquemas de Derecho Penal. Parte General. Tomo VI.* Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010.
53. **GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.** *El Código penal comentado.* Ed. Porrúa. México, 2002.
54. **GONZALEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO.** *Derecho Penal Mexicano.* Editorial Porrúa. Novena edición. México, 2014.
55. **GRACIA MARTIN, LUIS.** *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

- En AAVV. “Qué es modernización del Derecho Penal”. En *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. José Luis Diez Ripolles, et al. (Editor). Editorial Tecnos. Madrid, 2003. Pp. 349-394.
  
- 56. GUARDIOLA GARCIA, JAVIER.** *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
  
- 57. GUERRERO AGRIPINO, LUIS FELIPE.** *Fundamentos de la dogmática jurídico penal*. Librería Yussim. México, 2004.
  
- *Aspectos Sistemáticos y Político Criminales de la Tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina*. Revista Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministerio da Justicia. Volumen 1. Número 18. Brasil.
  
- 58. GUTIÉRREZ SANTOS, ÓSCAR.** *Conducta típica e imputación objetiva en Derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*. Editorial Flores. México, 2015.
  
- 59. HASSEMER, WINFRIED Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO.** *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
  
- 60. HASSEMER, WINFRIED.** *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Traducción Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Ed. Temis. Bogotá, 1999.
  
- 61. HEFENDEHL, ROLAND.** *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Edición española de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Ed. Marcial Pons. Madrid; Barcelona, 2007.
  
- “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 04-14 (2002). <http://.criminet.urg.es/recpc>
  
- 62. HENAO CARDONA, LUIS FELIPE/BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO.** *Introducción al Derecho penal de la sociedad postindustrial*. Biblioteca jurídica DIKE. Universidad del Rosario. Colombia, 2006.
  
- 63. HERNANDEZ-ROMO VALENCIA, PABLO; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, et al.** *Compendio de Derecho Penal Mexicano*. Segunda edición. Ed. Tirant lo Blanch. México, 2016.
  
- 64. HIRSCH, HANS JOACHIM.** “Sistemática y límites de los delitos de peligro”. En *Revista latinoamericana de Derecho*. Número 9-10, Año V, enero-diciembre 2008. Rubinzal-Culzoni Ediciones. pp. 157-182.

- “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico”. En *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. En AAVV. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2001. pp. 371-387.
- 65. HORMAZABAL MALAREE, HERNAN.** *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Segunda edición. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile, 1992.
- 66. JAKOBS, GÜNTHER.** *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996.
- “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En *Estudios de Derecho penal*. UAM ediciones. Editorial Civitas. Madrid, 1997.
  - En AAVV. “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor JAKOBS, GÜNTHER*. Tomo I. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003.
  - *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 2006.
- 67. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS.** *Estado peligroso. Homicidio provocado en situación de emoción violenta y alucinante y otros temas penales*. Serie estudios clásicos del Derecho penal. Volumen 4. Ed. Jurídica universitaria. México, 2001.
- 68. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO.** *Derecho penal Mexicano. Tomo II*. Ed. Porrúa. México 2018.
- 69. KARGL, WALTER,** en AAVV. “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena.” *La insostenible situación del Derecho Penal*. Comares. Granada, 2000.
- 70. KINDHÄUSER, URS.** “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”. En *InDret. Revista para el análisis del derecho*. No. 1/2009. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- 71. KUHLEN, LOTHAR.** “Características, problemas dogmáticos e importancia práctica del derecho penal alemán de circulación vial”. En *InDret. Revista para el análisis del derecho*. No.2 /2013. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- 72. LAPLACE, PIERRE SIMÓN.** *Ensayo Filosófico sobre las probabilidades*. Ed. Espasa-Calpe Argentina S.A. Buenos Aires-México, 1947.
- 73. LAURENZO COPELLO, PATRICIA.** *El resultado en Derecho penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1992.

74. **LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO.** *Delitos en particular. Tomo I.* Editorial Porrúa. Décimo sexta edición. México, 2018.
75. **LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA.** *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Dykinson. Madrid, 2015.
76. **MALDONADO F., FRANCISCO.** “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno Derecho penal”. En *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*. No. 7. Año 2006. Universidad de Chile. p. 30. Consultable en [www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/9146.pdf](http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/9146.pdf)
77. **MALO CAMACHO, Gustavo.** *Derecho Penal Mexicano.* Ed. Porrúa. México, 2001.
78. **MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA y LAURENZO COPELLO, PATRICIA.** *El Derecho penal en casos. Parte General. Teoría y práctica.* 4ta. Edición. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2016.
79. **MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL.** *Teoría del delito.* Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2006.
80. **MARTINEZ ESCAMILLA, MARGARITA.** *La imputación objetiva del resultado.* Edersa Editoriales de Derecho reunidas. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1992.
81. **MATA Y MARTÍN, RICARDO M.** *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro.* Editorial Comares. Granada, 1997.
82. **MENDEZ RODRIGUEZ, CRISTINA.** *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación.* Editorial Graficas Arias Montana S.A. Madrid, 1993.
83. **MENDNHALL, William; BEAVER, Robert J; BEAVER Bárbara M.** *Introducción a la probabilidad y estadística.* Traductor Jorge Humberto Romo Muñoz. Ed. Cengage Learning. Décima tercera edición. México, 2010.
84. **MENDOZA BUERGO, BLANCA.** *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Editorial Comares. Granada, 2001.
- *El Derecho penal en la sociedad del riesgo.* Editorial Civitas. Madrid, 2001.
  - “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. En *Revista de Derecho penal y criminología.* 2002. Pp. 39-82.
  - “Exigencia de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal”. En *Revista Derecho y Proceso Penal.* No. 4, 2000. [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298278](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298278)

- 85. MEZGER, EDMUND.** *Derecho penal. Parte General.* Cárdenas editor y distribuidor. México, 1990.
- 86. MIR PUIG, SANTIAGO.** *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor. Barcelona, 2011.
- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*.” En *Estudios Penales y Criminológicos*. No. XIV. 1991.
  - *Derecho Penal del Siglo XXI*. (Director). Cuadernos de Derecho Judicial VIII. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. Madrid, 2007.
  - *Introducción a las bases del Derecho penal*. Segunda impresión. Ed. BdeF. Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- 87. MORALES PRATS, FERMIN, en AAVV.** “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro”. En *Estudios jurídicos en memoria del Doctor Don José Ramón Casabo Ruiz*. Editorial Universidad de Valencia. Instituto de Criminología. Valencia, 1997.
- 88. MORENO ALCÁZAR, MIGUEL ÁNGEL.** *Los delitos de conducción temeraria*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- 89. MORENO-TORRES HERRERA, Ma. Rosa.** *Tentativa de Delito y Delito Irreal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 1999.
- 90. MORILLAS CUEVA, LORENZO.** *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II. Volumen I. Dykinson. Madrid, 2008.
- *Metodología y Ciencia Penal*. Tercera edición. Universidad de Granada. Granada, 1993.
  - “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 04-06 (2006). <http://criminnet.ugr.es/recpc>
- 91. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCIA ARAN, MERCEDES.** *Derecho Penal, Parte General*. Octava edición. Editorial Tirant lo Blanch. México, DF., 2012.
- *Derecho Penal, Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
  - *Introducción al Derecho penal*. Segunda edición. Ed. BdeF. Montevideo-Buenos Aires, 2001.
  - *Teoría General del delito*. Tercera edición. Ed. Temis. Colombia, 2013.
- 92. MUÑOZ RUIZ, JOSEFA.** *El delito de conducción temeraria. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Dykinson S. L., Madrid, 2014.

- 93. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO.** “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIII. Fascículo I. 1990. pp. 5-27.
- 94. OJEDA RODRÍGUEZ, CUAUHTÉMOC y GUERRERO AGRIPINO, LUIS FELIPE.** *La imputación objetiva*. Universidad de Guanajuato. México, 2002.
- 95. ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL.** *Derecho penal. Parte General*. Ed. UBIJUS. INACIPE. México, 2017.
- 96. ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO.** *Curso de Derecho penal. Parte General*. Ed. Porrúa. México, 2005.
- 97. ORTEGO COSTALES, JOSÉ,** en AAVV. “Bien jurídico: lesión y peligro”. En *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1982. pp. 427-438.
- 98. ORTS BERENGUER ENRIQUE/ GONZÁLEZ CUSSAC JOSÉ L.** *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- 99. PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL.** “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”. En *Revista de Derecho penal y criminología*. 2003. Pp. 95-164.
- 100. PARIONA ARANA, RAUL.** “El derecho penal moderno”. En *Revista Penal* No. 20. Julio 2007. Pp. 155-166.
- 101. PEREZ ALONSO, JUAN ESTEBAN/MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA/RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA.** *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Director José Miguel Zugaldía Espinar. Coordinadora María Rosa Moreno-Torres Herrera. Cuarta edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- 102. PEREZ DEL VALLE, CARLOS.** *Estudios sobre los fundamentos del Derecho Penal*. Dykinson. Madrid, 2007.
- 103. PERIS RIERA, JAIME M.,** en AAVV. “Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década”. En *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu, et al (Coord.). Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2005.
- 104. PESSOA, NELSON R.** *La tentativa*. Ed. Hammurabi. Segunda edición. Buenos Aires, 1998.
- 105. POLAINO NAVARRETE, MIGUEL.** “Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes? En *Cuadernos de Política Criminal*. No. 93 (2007). pp. 17-38.

- *Derecho penal. Parte General*. Sexta edición. Bosch. Barcelona, 2008.
- *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 2010.

106. **POQUET, ALEJANDRO**. *Temas de Derecho penal y Criminología*. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires, 2005.
107. **PORCIÚNCULA, JOSÉ CARLOS**. *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Ed. Atelier. Barcelona, 2014.
108. **PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO**. “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”. En *Cuadernos de Política Criminal*. No. 39 (1989). pp.723-748.
109. **POZA CISNEROS, MARÍA**. “Delitos contra la seguridad del tráfico”. En la *Revista Estudios penales y Criminológicos*. No. 17. Universidad de Santiago de Compostela. Pp. 355-402.
110. **POZUELO, PEREZ, LAURA**, en AAVV. “De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos.” *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor JAKOBS, GÜNTHER*. Tomo II. Eduardo Montealegre Lynett (Coord.). Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Pp. 107-134.
111. **PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL/ MARQUÉS I BANQUÉ, MARÍA**. “Comentario al artículo 325”. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (Dr.) Gonzalo Quintero Olivares. (Coord.) Fermín Morales Prats. Octava edición. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2009.
112. **PRAT GARCÍA, JOSEP MARÍA/ SOLER MATUTES, PEDRO**. *El delito ecológico*. Editorial Cedecs. Barcelona, 2000.
113. **PUPPE, INGEBORG**. “Resultado y su explicación causal en el derecho penal.” En *InDret. Revista para el análisis del derecho*. No. 4/2008. [www.indret.com](http://www.indret.com)
114. **PUSCHKE, JENS**. “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito”. En *InDret. Revista para el análisis del derecho*. No. 4/2010. [www.indret.com](http://www.indret.com)
115. **QUINTANAR DÍEZ, MANUEL (Director), ORTIZ NAVARRO, JOSÉ FRANCISCO**. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.
116. **QUINTERO OLIVARES, GONZALO**. *Manual de Derecho Penal parte general*. Editorial Aranzadi. Tercera edición. Navarra, 2002.

- *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Tercera edición. Editorial Thomson Reuters. Navarra, 2009.
  - *A dónde va el Derecho Penal*. Reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles. Thomson Civitas. Madrid, 2004.
117. **QUISBERT, ERMO**. *Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. Centro de Estudios de Derecho. Bolivia, 2008.
  118. **RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN**. “El derecho penal del enemigo en la expansión del derecho penal”. En *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.). Ed. Atelier libros jurídicos. Barcelona, 2010.
  119. **RAMOS TAPIA, MA. INMACULADA**, en AAVV. “El concepto jurídico del delito (III)”. En *Derecho Penal, Parte General*. Zugaldía Espinar, José M. (Dr.) Pérez Alonso, Esteban J. (Coord.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
  120. **REQUEJO CONDE, CARMEN**. *Delitos relativos al tráfico viario*. Tirant monografías 753. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
  121. **REY SANFIZ, LUIS CARLOS**. *La Tentativa Jurídico-Penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*. Dykinson. Madrid 2001.
  122. **RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR**. *Protección Penal y Medio Ambiente*. Editorial PPU. Barcelona, 1993.
  123. **RODRÍGUEZ ARIAS, ANTONIO MATEO**. *Los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente*. Ed. Colex. Madrid, 1998.
  124. **RODRIGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA /SERRANO GOMEZ, ALFONSO**. *Derecho Penal Español, Parte General*. Decimoctava edición. Editorial Dykinson. Madrid, 1995.
  125. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO**. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Segunda edición. Editorial Comares. Granada, 2006.
  126. **RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA**. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1994.
  127. **RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS**. “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”. En la *Revista Estudios penales y Criminológicos*. No. 5. Universidad de Santiago de Compostela. 1987. Pp. 281-318.

- “Artículo 319”. *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*. Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.) / Amparo MARTÍNEZ GUERRA (Coord.). La ley. Madrid, 2009.

**128. RODRÍGUEZ SANABRIA, VLADIMIR.** “El bien jurídico-penal: límite del *ius puniendi* estatal basado en el ser humano. En *Revista Latinoamericana de Derecho penal y Criminología*. [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar)

**129. ROIG TORRES, MARGARITA.** “Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho Punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal.” En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. 2004.

**130. ROXIN, CLAUS.** *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Traducción y notas. Diego-Manuel Luzón Peña (Director). Civitas. Thomson Reuters. Madrid, 2008.

- *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Ed. Thomson Civitas Reuters. España, 2014.

- En AAVV. La ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Muñoz Conde, Francisco. Coordinador de la versión española. Tirant lo blanch. Valencia, 2004.

- En AAVV. Problemas actuales de la política criminal. *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Enrique Díaz Aranda (Editor). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.

**131. SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, MA. ISABEL.** *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Secretariado de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Valladolid. Valladolid, 1999.

**132. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO.** “La aproximación al derecho penal contemporáneo, veinte años después: los fines del derecho penal”. En *La crisis del Derecho penal contemporáneo*. Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.). Ed. Atelier libros jurídicos. Barcelona, 2010.

**133. SANCINETTI, MARCELO ALBERTO.** *Teoría del delito y disvalor de acción*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1991.

- “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor del resultado en la teoría del ilícito”. En *InDret Revista para el análisis del derecho*. No. 3/2008. [www.indret.com](http://www.indret.com)

**134. SANTANA VEGA, Dulce María.** *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2000.

**135. SCHÜNEMANN, BERND.** *¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducción Ángela de la Torre Benítez. Cuadernos de Conferencias y artículos No. 38. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2007.

**136. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA.** *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona, 1992.

- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas. Segunda edición. Madrid, 2001.
- *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Colombia 2007.
- “Del derecho abstracto al derecho “real”. En *InDret Revista para el análisis de derecho*. No. 4/2006. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- *Política criminal y nuevo derecho penal. (Libro homenaje a Claus Roxin)*. Jesús María Silva Sánchez (editor). José María Bosch Editor. Barcelona, 1997.
- *Instituciones de derecho penal*. Ángel editor. México, 2001.

**137. SOLA RECHE, ESTEBAN.** “La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVII. Fascículo I. 1994. Pp. 167-185.

**138. SOTO NAVARRO, SUSANA.** “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LVIII, Fascículo III. 2005. Pp. 887- 918.

*La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Ed. Comares. Granada 2003.

**139. SUAREZ- MIRA RODRÍGUEZ, et al.** *Manual del Derecho penal, Parte general. Tomo I*. Carlos Suarez-Mira Rodríguez, (Coord.). Cuarta edición. Editorial Thomson Civitas. Navarra, 2008.

**140. TERRADILLOS BASOCO, JUAN.** “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”. En la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. No. 63. Otoño 1981. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981. Pp. 124, 149.

**141. TORIO LÓPEZ, ÁNGEL.** “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. No. 33. Tomo XXXV. Fascículo I. Enero- Abril, 1981. Pp. 825-847.

**142. VARGAS PINTO, TATIANA.** *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2007.

143. **VELAZQUEZ V., FERNANDO.** “Globalización y derecho penal”. *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004. Pp. 185-208.
144. **VIDAURRI ARECHIGA, MANUEL.** *Introducción al Derecho Penal*. Ed. Oxford University Press. México, 2012.
145. **VIVES ANTON, TOMAS S.** “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido”. En *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*. No. 16. 2005.
146. **VON LISZT, FRANZ.** *Tratado de Derecho penal*. Tomo II. 20° edición alemana. Traducida por Luis Jiménez de Asúa. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2003.
147. **WILLOUGHBY, STEPHEN S.** *Probabilidad y estadística*. Publicaciones cultural S.A. Quinta reimpresión. México, 1977.
148. **ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.** *Derecho penal. Parte General*. Segunda edición. Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires, 2002.
- *En torno de la cuestión penal*. Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires, 2005.
149. **ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL,** en AAVV. “Delitos de acción. La tipicidad (III)”. En *Derecho Penal. Parte General*. José M. Zugaldía Espinar (Dir.), Esteban J. Pérez Alonso (Coord.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- En AAVV. “Delitos de acción. La tipicidad (III)” En *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. José M. Zugaldía Espinar (Dir.), María Rosa Moreno-Torres Herrera (Coord.). Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010.
- ¿Qué queda en pie en el Derecho penal del principio <<mínima intervención, máximas garantías>>? En *Cuadernos de Política Criminal*. No. 79. (2003). pp. 109-123.