

en cuanto pretende acercarse al conocimiento del conjunto de factores personales condicionantes del comportamiento. Sólo desde la presencia de estos presupuestos podrá atribuirse a la culpabilidad una función preventiva. En la práctica, la determinación de la imputabilidad, como primer momento de la culpabilidad del sujeto, en aquellos casos en los que se efectúa, se lleva a cabo con un método negativo, seleccionando los casos en los que no se encuentra presente la misma, no precisando las características diferenciales y peculiaridades del sujeto. La puesta en práctica de la noción de culpabilidad aquí comentada, en referencia a la imputabilidad, exige remover viejos usos y por supuesto la reforma de la legislación. Como señala el autor «El tránsito desde una concepción abstracta general, a una visión concreta individual de la imputabilidad exige importantes reformas legislativas», en relación a la fórmula general recogida en el CP, así como la necesaria revisión de los arcaísmos presentes en las leyes procesales.

RICARDO M. MATA Y MARTÍN
Profesor de Derecho penal
Universidad de Valladolid

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, 373 págs.

El libro del que a continuación se informa corresponde a la publicación del trabajo de tesis doctoral de su autora, Teresa Rodríguez Montañés.

El libro consta de cuatro partes bien diferenciadas: la primera parte trata, a modo de introducción, sobre las consideraciones generales acerca de los delitos de peligro y del concepto de peligro en general. La segunda parte, adentrándose más en el objeto del estudio, estudia el dolo de peligro, su delimitación frente al dolo eventual y a la imprudencia consciente. En la tercera y cuarta parte, se analiza el tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto y en los delitos de peligro abstracto respectivamente.

Todo el estudio se realiza desde un análisis exhaustivo de los diversos y complejos problemas que estos temas presentan, las distintas soluciones dadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a lo largo del tiempo, así como desde una valoración crítica y conclusiones propias por parte de la autora ante cada uno de los problemas planteados.

Sorprende no sólo la intensa profundidad del trabajo realizado, sino la claridad meridiana con que la autora describe problemas que no sólo respecto a su solución, sino desde el propio planteamiento resultan enormemente complejos y que ella expresa de una forma ordenada, estructurada y muy clara.

A continuación, se tratará de reseñar los problemas fundamentales que la autora señala en cada una de las cuatro partes de las que consta el libro, así como las opiniones y valoraciones críticas que Rodríguez Montañés realiza.

La autora parte de dos premisas: la primera es que los delitos de peligro representan un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo. A esta estructura responden la mayoría de los delitos de peligro y esta

conexión con la tentativa y el delito imprudente condicionará en gran medida su tipo subjetivo.

La segunda premisa, derivada de la anterior, es que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio (pp. 5-7).

Antes de introducirse en el tema concreto del trabajo, que será el tipo subjetivo en los delitos de peligro, la autora considera necesario realizar unas breves referencias respecto al concepto y clasificación de estos delitos. En cuanto a la clasificación, la autora, conforme a la doctrina mayoritaria, diferencia entre delitos de lesión, delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Se muestra contraria a la inclusión de una categoría intermedia defendida por Schröder, al entender, de acuerdo con Gallas, que dicha categoría mixta cabrá incluirla entre los delitos de peligro abstracto (pp. 15-20).

Al referirse al concepto de peligro, la autora realiza un repaso por las distintas teorías, comenzando por las teorías objetivas y subjetivas, sigue explicando las modernas teorías, especialmente las tesis de Horn y Wolter, que fundamentan el concepto de peligro desde las coordenadas de la ley causal abstracta y de la ley de imposibilidad concreta, que según la autora se orientan demasiado a una visión causal monista, hoy ya superada y que no tiene en cuenta los principios probabilísticos de la teoría científica moderna. Por otro lado, la explicación puramente causalista excluye todo aspecto valorativo (pp. 22-33). La autora se muestra conforme con el concepto de peligro normativo expresado por Demuth, según el cual, el peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa. Conceptos claves son por tanto el no dominio de la situación por el autor y la causalidad (pp. 35-37).

En la segunda parte, Rodríguez Montañés, estudia la delimitación existente entre el dolo de peligro, el dolo eventual de lesionar, y la imprudencia consciente.

Según la autora, el dolo de lesionar implica necesariamente el dolo de poner en peligro, ya que la atribución de un contenido de injusto propio a los delitos de peligro es rechazable. Las actuaciones peligrosas se prohíben, no porque representen un injusto en sí mismas, sino en cuanto causa o posible causa de la destrucción del bien jurídico (p. 49).

Más problemática ve Rodríguez Montañés la cuestión de si el dolo de peligro implica necesariamente dolo respecto a la eventual lesión. Para dilucidar esta cuestión realiza un examen exhaustivo de aquellas teorías que identifican el dolo de peligro y el dolo de lesión y aquellas que lo diferencian, planteando sus propias críticas a estas teorías y exponiendo sus propias conclusiones.

Respecto a las primeras teorías, destaca la autora las tesis de Schröder, Schmidhäuser y Zielinski. Para estos autores, lo decisivo es que el autor ha tomado en consideración el riesgo de un resultado incierto pero posible. Identifican el dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente. Esta identificación la realizan desde la negación del elemento volitivo del dolo (pp. 51-58). Sin embargo, entiende Rodríguez Montañés que las premisas de las que parten estos autores son erróneas. La diferencia entre el dolo y la culpa viene marcada por la «decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos». Esta decisión requiere, además del elemento intelectual, el elemento volitivo. Actuará imprudentemente quien aun siendo consciente del peligro, *confía* en poder evitar finalmente su materialización y en que todo vaya bien. Ahora bien, para que esta confianza tenga virtualidad de excluir

el dolo eventual, es preciso que tenga una base racional. Será preciso establecer limitaciones objetivas. Lo relevante será la posibilidad de control y evitación con cierto nivel de seguridad (pp. 60-62).

Junto a estos autores, Horn y Wolter desarrollan esta identificación entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión considerando el elemento volitivo del dolo. Según estos autores, sólo existe auténtico dolo de peligro cuando el autor piensa que la producción o no del resultado lesivo es independiente de su voluntad, y esto no es otra cosa que dolo de lesionar; en los demás casos únicamente habrá apariencia de peligro (pp. 66-68). Para la autora, Horn y Wolter se olvidan de casos intermedios en los que el sujeto, aun sabiendo que existe una situación de peligro, confía (confianza racional) en la no producción de la lesión (p. 69).

Respecto a las teorías que distinguen el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión, la autora va diferenciando distintas tesis, según cuál sea su fundamento. Así, aquéllas que parten del elemento volitivo del dolo entienden que el autor puede «querer» (consentir, tomar en cuenta, aceptar, conformarse...) la efectiva producción de la lesión, o confiar en que ésta no se produzca (p. 75). Sin embargo, entiende la autora que la cuestión clave no es la voluntad del sujeto dirigida al peligro o a la lesión, sino la de determinar las posibilidades objetivas en las que el sujeto puede basar su confianza, y el distinto marco de confianza admisible respecto al peligro y a la lesión (p. 77).

Entre las tesis que parten de una teoría cognitiva del dolo, se distinguen, a su vez, aquellos autores que incluyen en el elemento intelectual una toma de posición del autor (Jakobs, Frisch) de aquellos que lo delimitan al tipo objetivo (Herzberg, Botke, Puppe). Entiende la autora que lo objetivo tiene su influencia sobre lo subjetivo. Es cierto que debe establecerse un límite objetivo a las posibilidades de confianza. La existencia de esa confianza fundada y racional es presupuesto para decir que el sujeto no actuaba dolosamente; ahora bien, lo decisivo no es el dato objetivo, sino si efectivamente ese autor concreto se ha conformado con la realización del tipo o ha confiado en su no producción. Prescindir de ese dato subjetivo puede llevar a la sospecha de «presunción de dolo». La autora considera importantes las ideas de Herzberg, en el sentido de que las limitaciones objetivas a las posibilidades de confianza racional son fundamentales, pero lo decisivo, según Rodríguez Montañés, no es el dato objetivo, sino que el sujeto lo conozca y decida seguir actuando (pp. 99-101).

El segundo problema planteado es la relación entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión. Rechaza la autora las teorías que diferencian ambas categorías. La imprudencia consciente supone un conocimiento correcto del peligro concreto y la actuación confiando en la no producción del resultado lesivo. En este punto es donde radica la imprudencia, en la errónea confianza en su capacidad de dominar el peligro y evitar el resultado, a diferencia de lo que sucede en la imprudencia inconsciente en que se infringe la norma de cuidado ya en el momento del reconocimiento del riesgo (pp. 109s.).

El concepto normativo de culpabilidad entendido como la infracción del cuidado debido y el traslado de la infracción del deber de cuidado objetivo al tipo de injusto, como núcleo del injusto imprudente, otorgando primacía a la norma de determinación, sientan las bases dogmáticas para una evolución posterior que revolucionará la concepción clásica del delito, cuyo núcleo era la causación del resultado, hasta excluir ese resultado del ámbito del injusto.

La consideración de la infracción del cuidado objetivo como núcleo del injusto imprudente hace que la materia de prohibición en el dolo de peligro y en la imprudencia consciente sea idéntica: la realización de acciones contra el cuidado debido que impliquen un riesgo intolerable no permitido de lesión. En el delito imprudente se prohíbe la puesta en peligro de bienes jurídicos y no la causación de resultados «casuales», cuya producción no juega papel alguno respecto de la lesión de la norma de determinación, cuyo contenido es, por tanto, idéntico en el delito imprudente y el de peligro.

En esta evolución juega un papel esencial la aportación de Engisch, y posteriormente la doctrina de Welzel y el finalismo (p. 118). Aportaciones que Rodríguez Montañés explica en las páginas posteriores.

Entiende la autora que entre las voces que en nuestro país se han pronunciado a favor de la exclusión del resultado del injusto, merece una especial consideración la tesis mantenida por Mir, que él denomina «perspectiva *ex ante*». Según este autor, la exclusión del resultado del injusto, no supone negar la necesidad del mismo sino un cambio de ubicación sistemática; se trata de un elemento que condiciona o limita la punibilidad y cuya exigencia cumple importantes funciones político-criminales.

Se muestra conforme Rodríguez Montañés con Mir Puig en la configuración que éste hace de los delitos de peligro como tentativas de delitos imprudentes, pero rechaza que sea necesario para ello negar el papel del resultado en el injusto convirtiéndolo en una mera condición objetiva de punibilidad, como hace Mir. Para fundamentarlo esgrime la autora cinco razones (pp. 128-134).

Rodríguez Montañés llega a las siguientes conclusiones en esta parte del trabajo: existen ciertos ámbitos en los que el legislador no espera a la producción del resultado lesivo para punir una conducta peligrosa, creando entonces los delitos de peligro. Esto es así en virtud de tres criterios: grado de riesgo e importancia del bien jurídico, naturaleza de la actividad que permite la tipificación de las normas de cuidado y experiencia que permite ver la potencialidad lesiva.

El dolo de peligro no siempre es igual a imprudencia consciente, ya que el primero puede ir acompañado de dolo de lesión. Ahora bien, en caso de dolo puro de peligro, la estructura es idéntica a la de la imprudencia consciente: representación del concreto peligro y confianza fundada en la no producción del resultado. Los delitos de peligro son tentativas imprudentes excepcionalmente castigadas (pp. 134-137).

En la tercera parte del estudio, hace referencia ya la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto.

Comienza por estudiar la estructura del dolo de peligro, precisando el elemento cognitivo que exigirá que el autor conozca o se represente todos los elementos del tipo objetivo, incluyendo la acción típica peligrosa y la puesta en peligro concreto. Este segundo elemento consistirá en la concreción o individualización del bien jurídico, y además será necesario que el autor emita un juicio de peligro como relación de pronóstico entre la situación presente y futura. El elemento volitivo se da desde que el autor, a pesar de la representación del peligro, sigue actuando, ya que desde este momento el autor no puede *ex ante* confiar fundadamente en la no producción del peligro. Ello no significa que no se exija elemento volitivo, sino que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a la representación (pp. 161-163).

Se discute sobre la posibilidad de que exista o no dolo eventual de peligro. Después de analizar aquellas teorías que afirman tal posibilidad y las que la niegan, la autora reconoce la posibilidad de que exista dolo eventual en los delitos de peligro, en aquellos casos en que el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, ya que depende de una circunstancia presente o futura no conocida o no controlable para el autor. Para explicarlo utiliza el ejemplo de aquella persona que ha mantenido relaciones con un enfermo de SIDA y tiene por tanto fundadas sospechas de estar contagiado. Sin embargo, mantiene relaciones con otra persona no infectada sin emplear protección alguna. El sujeto no se representa el peligro como seguro, sino como meramente posible: él espera y quiere creer que él mismo no está infectado, lo que anula el riesgo de transmisión, pero es consciente de la posibilidad de su infección y, en tanto no se someta al test del sida para averiguarlo, éste es un mero deseo insuficiente para excluir el dolo. Estamos por tanto ante un supuesto de dolo, pero de dolo eventual, pues la representación del peligro es como meramente posible (pp. 179-182).

Por tanto, cabrá hablar de dolo directo de primer grado cuando la voluntad del autor se dirija expresamente a crear el peligro; dolo directo de segundo grado cuando el autor se representa el peligro como consecuencia necesaria y segura de la acción si bien no deseada o perseguida, y dolo eventual cuando el peligro aparece como consecuencia probable pero no segura de la acción, que depende de una circunstancia no controlable por el autor (p. 183).

Respecto a la imprudencia en los delitos de peligro concreto, se analiza en primer lugar en qué consiste la comisión imprudente de estos delitos, para después analizar su viabilidad práctica.

En primer lugar, afirma la autora que es falso que la imprudencia respecto a la lesión implique necesariamente imprudencia respecto a la puesta en peligro del bien jurídico, ya que si la actuación se realiza con conciencia de peligro concreto, y pese a todo se actúa, se afirmará dolo de peligro. En cuanto a la relación inversa, la imprudencia respecto al peligro concreto significa puesta en peligro inconsciente, estamos pues en el ámbito de la imprudencia inconsciente (p. 187).

Entiende Rodríguez Montañés que si la imprudencia consciente exige conocimiento del peligro, y el actuar con dicha representación implica dolo de peligro, no cabrá hablar de delitos de peligro con imprudencia consciente.

Por ello, al hablar del objeto y la estructura del tipo subjetivo en los delitos de peligro, se hará referencia a los presupuestos de la imprudencia inconsciente. Lo relevante a efectos del injusto es lo que hubiera podido y debido conocer el hombre medio diligente y cuidadoso, en la concreta posición del autor y con los esenciales conocimientos y capacidades de éste. La mera consciencia y voluntad de realización de la acción típica, sin consciencia de su concreta peligrosidad, es insuficiente para el dolo de peligro e irrelevante penalmente, no es auténtico dolo. Sólo si el autor conoce que con la acción está creando un peligro concreto (acción peligrosa en su dimensión típica) estaremos ante una comisión dolosa (pp. 205-208).

Respecto a la viabilidad práctica, se plantea la autora si será punible la comisión imprudente de los delitos de peligro concreto.

Rodríguez Montañés comienza analizando aquellas opiniones que niegan la punición de los delitos de peligro imprudentes. En primer lugar se examinan aquellas que se fundamentaban en la expresión «mal efectivo» del antiguo artículo 605 del C.P., como exigencia de resultado lesivo para castigar la imprudencia. Entiende la

autora que la actual expresión «hecho» recogida en el artículo 565 del C.P. no puede dar lugar a tal interpretación (pp. 212-215).

En segundo lugar, se estudian aquellas teorías que rechazan la comisión culposa al considerar que se trata de comisiones en sí mismas culposas. Entiende la autora que el hecho de que la configuración del tipo objetivo responda a la estructura básica del delito imprudente no debe prejuzgar el tipo subjetivo de estos delitos (pp. 220-221).

Por último, se contemplan aquellas que niegan la punición en virtud del sistema de penas vigentes, que llevaría a contradicciones y a castigar más lo menos grave. Esta objeción le parece acertada a la autora, que estima que de *lege ferenda* debería revisarse el sistema de sanciones (pp. 222s.).

Entiende Rodríguez Montañés que deberá castigarse con carácter general la comisión imprudente de estos delitos, aunque establece una serie de excepciones, a la vez que realiza algunas propuestas de *lege ferenda* (pp. 224-233).

En la última parte del libro, se refiere la autora al tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto. Va analizando las diversas posturas que sobre el tema se han desarrollado en España y Alemania, acompañando cada una de ellas de una valoración crítica.

Según la tesis de Finger, para que haya dolo el autor debe conocer que con su acción antijurídica provoca un peligro, pero para ello es suficiente que el autor realice la acción prohibida con conocimiento de las circunstancias previstas en la ley. Cuando, a pesar de que el autor tenga conciencia de las circunstancias, la acción no resulte peligrosa, deberá no obstante imputarse el peligro, con el fin de salvaguardar intereses superiores (p. 245). Critica la autora este razonamiento por varios motivos: en primer lugar, si se prescinde de la referencia a la peligrosidad para el caso concreto, se vulnera la exigencia de real eficacia lesiva. En segundo lugar, que la peligrosidad no sea abarcada por el dolo y la imprudencia supone una violación del principio de responsabilidad subjetiva. En tercer lugar, no se respetaría el principio de culpabilidad, en la medida en que se imputa un peligro general o presunto, no contrastado en el caso concreto (pp. 247-250).

Entre las tesis que reconducen estos delitos a delitos de lesión o de peligro concreto destacan Binding y Kindhäuser, quienes entienden el peligro como una lesión *sui generis*. El primero entiende que todo auténtico delito de peligro es una acción de puesta en peligro concreto, aunque no todo delito denominado de peligro lo es. Distingue dos tipos de delitos de peligro abstracto, aquellos que son reconducibles a delitos de peligro concreto, y los que no lo son, éstos son delitos de mera desobediencia, son injustos formales sin un fundamento material. Ahora bien, Binding concibe el peligro concreto como una forma de lesión *sui generis* como la perturbación de la existencia segura del bien jurídico que se da desde el momento en que se aplica un medio idóneo para poner en peligro contra el bien jurídico protegido (pp. 251s.). Kindhäuser desarrolla su concepción de los delitos de peligro abstracto como delitos de lesión contra la «Seguridad», que constituye el fin de la norma y el valor directamente protegido por estos delitos (p. 254). Critica la autora a ambos autores; al primero porque sigue reconociendo la existencia de meros «injustos formales»; al segundo porque considera que la alusión a la seguridad puede legitimar los delitos de peligro abstracto, sólo en la medida en que esa seguridad esté al servicio de la protección de bienes jurídicos esenciales. (pp. 263-265).

Se examina también la tesis de la presunción refutable, defendida por Rabl y Schröder, quienes parten de que habrá de admitirse la prueba de peligro para cada caso concreto. Opina la autora que si la carga de la prueba corresponde al reo, estaremos en una presunción contra reo, y si se invierte la carga de la prueba se estarán convirtiendo en delitos de peligro concreto. El principal fallo de esta tesis es basar la antijuridicidad en el desvalor de resultado, ya que la esencia del injusto en estos delitos está en la peligrosidad de la acción (pp. 268-269).

Respecto a la tesis de Cramer, entiende la autora que en su teoría subyace la idea de peligro abstracto referido a la peligrosidad de la conducta desde un juicio *ex ante* al expresar que en los delitos de peligro abstracto el legislador castiga comportamientos típicamente aptos para producir un resultado lesivo; sin embargo, posteriormente, entiende Rodríguez Montañés que Cramer traiciona sus planteamientos iniciales y vuelve al dogma del resultado, cuando entiende que entre los diversos delitos de peligro, existe sólo una diferencia cuantitativa (pp. 274s.).

A continuación, la autora hace un análisis de las diversas teorías centradas en el desvalor de acción. Aquellas que entienden «la peligrosidad» como elemento característico de estos delitos. Así analiza la tesis de Volz basada en «la asunción del riesgo», «la reconducción a la imprudencia», por parte de Rudolphi, Horn, Brehm y Schünemann, la tesis dualista de Wolter y las tesis de aquellos autores que diferencian los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto en que en los primeros se exige sólo la peligrosidad general de la acción, en tanto que en los segundos se requiere la producción de un resultado de puesta en peligro. Dentro de esta última teoría existen dos grupos de autores: aquellos que entienden que la peligrosidad general se da con la realización de la acción típica, y no es necesaria su comprobación (Berz, Graul, Mir), y aquellos que entienden necesaria su comprobación (Meyer) (pp. 276-297).

La autora, después de realizar diversas críticas a las distintas teorías, expone su propia opinión personal, ya perfilada al hilo de las críticas y que, de manera simplificada, se puede resumir así: lo relevante en los delitos de peligro abstracto es la peligrosidad *ex ante* de la conducta, que es donde se basa la antijuridicidad material; el que *ex post* se produzca o no el peligro es algo absolutamente irrelevante (p. 298). Será necesario diferenciar clases de delitos en función de la clase de bien jurídico protegido. En los bienes jurídicos supraindividuales, la lesión o puesta en peligro de estos bienes jurídicos es difícilmente tipificable, ya que la lesión se produce, más que por una acción individual, por la repetición generalizada de conductas; por ello se recurre a la técnica de delitos de peligro abstracto. Será legítima la punición de toda realización típica, sin necesidad de constatar su peligrosidad. El dolo o la imprudencia se referirán sólo a los elementos del tipo legal. En el caso de los delitos referidos a bienes jurídicos individualizables, se produce un adelantamiento de las barreras de protección penal a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo. La comisión dolosa, en estos casos, exigirá la infracción consciente del cuidado objetivo, por lo que no cabrá hablar de imprudencia consciente. Habrá que distinguir a su vez entre delitos de aptitud, en que el sujeto habrá de abarcar con el dolo esa aptitud lesiva, y los demás casos en los que el dolo abarcará los elementos típicos en los que el legislador fundamenta la prohibición (pp. 338-340).