

Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?

Alejandro Kiss

Letrado de la Corte Penal Internacional

Universidad de La Haya

*Abstract**

La dogmática penal de los delitos de peligro concreto ha logrado, en ciertos aspectos, un alto grado de sofisticación y detalle. Sin embargo, algunos de sus problemas centrales no han recibido suficiente atención y debate lo cual genera dificultades en la aplicación de estos tipos penales. Una de las constataciones fundamentales en cuanto al delito de peligro concreto, a partir de la cual se edifican sesudas construcciones dogmáticas, es que éste representa un adelantamiento de la punibilidad con respecto al delito de lesión. Sin embargo, se le ha dedicado poca atención a determinar qué es en verdad lo "adelantado". En este trabajo se analiza el iter criminis de los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto y se concluye que tanto el "comienzo de ejecución" del delito como la "tentativa acabada" se producen simultáneamente. Lo único adelantado en el delito de peligro concreto es la "consumación". Además, se resaltan las consecuencias prácticas de estas constataciones.

Die Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte hat, in mancher Hinsicht, ein hohes Maß an Komplexität und Detail erreicht. Einige ihrer wichtigsten Probleme haben bislang jedoch nicht genügend Aufmerksamkeit und Auseinandersetzung erfahren, was Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Verbrechen bereitet. Eine der wichtigsten Betrachtungen in Bezug auf die konkreten Gefährdungsdelikte, auf denen nachdenkliche dogmatische Konstruktionen aufgebaut sind, ist, dass es die Kriminalisierung in das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung vorverlagert. Dabei ist jedoch wenig darüber gesagt worden, was wirklich mit "Vorverlagerung" gemeint ist. In diesem Artikel, analysiere ich die iter criminis der Verletzungs- und Gefährdungsdelikte und beweise, dass der "unmittelbare Anfang" und die "Vollendung" gleichzeitig auftreten. Bei den konkreten Gefährdungsdelikten wird nur die Vollendung vorverlagert. In diesem Artikel stelle ich die praktischen Konsequenzen dieser Erkenntnisse dar.

The dogmatic of crimes of concrete endangerment has achieved a high degree of sophistication and detail, in some respects. However, some of the most critical problems they present have received insufficient attention and debate, which creates difficulties in the application of these crimes. One of the cornerstone findings in relation to crimes of concrete endangerment, upon which thoughtful dogmatic constructions are built up, is that it shifts back the criminality with respect to the offences of harm. However, little has been said about what is really "shifted back". In this paper, I analyze the iter criminis of the crimes of harm and crimes of concrete endangerment crimes and I prove that both the "commencement of the execution" of the crime and the "endpoint of the attempt" occur simultaneously. In crimes of concrete endangerment, only the consummation is shifted back. I intend to highlight the practical implications of these findings.

Titel: Verletzungs- und konkrete Gefährdungsdelikte, was ist vorverlagert?

Title: Crimes involving harm and crimes of concrete endangerment, what is set back?

Palabras clave: Delito de peligro, lesión, casualidad, causalidad, tentativa, conocimiento.

Stichworte: Gefährdungsdelikt, Verletzung, Zufall, Kausalität, Versuch, Bewusstsein.

Keywords: Crime of endangerment, harm, casuality, causality, attempt, knowledge.

* Alejandro Kiss es Doctor y Master en Derecho por la Universidad de Münster, Alemania. Es Abogado (hon.) por la Universidad de Buenos Aires, Argentina y Licenciado en Derecho en España. Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas al autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional, las de la Universidad de La Haya ni las de ninguna otra institución.

Sumario

1. Introducción
2. La acción peligrosa
3. Cadena de peligro
4. La tentativa acabada
 - 4.1. Resultado de peligro concreto
 - a) Peligro concreto como desconocimiento
 - b) Formulación del concepto normativo de peligro concreto
 - c) Desarrollo del concepto normativo
 - d) Concepto normativo modificado de peligro concreto
 - e) Perspectiva conductiva del concepto de peligro concreto
 - 4.2. Resumen
 - 4.3. Consecuencias para la tentativa acabada
 - 4.4. ¿Un diferente uso de la noción de “causalidad”?
 - 4.5. Tentativa y casualidad
5. El comienzo de ejecución
 - 5.1. Simultaneidad
6. Delito de peligro concreto como adelantamiento de la “consumación”
7. Resumen de las conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción

En este trabajo voy a analizar la relación entre los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto desde un punto de vista que, a pesar de poseer significativas consecuencias, no ha recibido suficiente atención en la doctrina jurídico-penal. Es común encontrar referencias doctrinarias acerca de que el delito de peligro concreto representa un adelantamiento de la punibilidad con respecto al delito de lesión. Sin embargo, no está claro qué es lo “adelantado” en esta forma delictiva. Con la finalidad de responder a este interrogante me propongo descomponer el *iter criminis* de ambos tipos de delito para analizar y comparar sus etapas sucesivas, desde el comienzo de ejecución, pasando por la tentativa acabada para llegar a la consumación.

Esas etapas pueden analizarse y compararse sobre la base de criterios diferentes. Un criterio que se presenta como especialmente fructífero es el desarrollado por mi maestro Eberhard STRUENSEE en el ámbito de la diferenciación entre dolo e imprudencia consciente. Como es sabido, en ambas constelaciones, el autor del hecho se representa que su acción o su omisión producirán un resultado. Quienes defienden que tal diferenciación debe efectuarse sobre la base de aspectos volitivos sostienen que lo determinante es la postura psicológica del autor con respecto al hecho típico y analizan si el autor consintió, estuvo de acuerdo, aprobó o bien se conformó con el hecho, aprobándolo.¹ La postura que intenta trazar esta diferenciación sobre la base de elementos cognitivos, dejando de lado elementos volitivos, plantea que el conocimiento de una

¹ STRUENSEE, «Consideraciones sobre el dolo eventual», *InDret* 4/2009, p. 7.

circunstancia típica o de la posibilidad de un resultado constituye una magnitud graduable.² El autor doloso le asigna al acaecimiento del resultado una probabilidad mayor que quien actúa con imprudencia consciente. Dentro de esta línea de pensamiento, STRUENSEE propone algo diferente. Su punto de partida es la verificación de que los enunciados tales como “tener por posible un resultado o una circunstancia típica” se apoyan en juicios efectuados por un observador. Estos juicios resultan de la aplicación de reglas, como por ejemplo leyes naturales, a una base fáctica. Tal base fáctica puede estar integrada por más o menos condiciones de resultado. Según STRUENSEE, lo determinante es el conocimiento, graduable, de las condiciones de resultado o factores de riesgo que sustentan el pronóstico de peligro. El conocimiento de un acervo más completo de esas condiciones del resultado, es decir, una cantidad mayor de circunstancias fácticas que sustentan el pronóstico de resultado daría lugar a un ilícito doloso:

“La solución no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible en esa situación un curso causal desafortunado. Lo decisivo es tan sólo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales representados”³

La diferenciación entre “representación de la probabilidad” y “representación de factores causales” se presenta como especialmente fructífera en el ámbito del delito de peligro concreto. Por definición, este tipo de delito requiere, para la consumación, que un bien jurídico haya sido puesto en peligro concreto.⁴ El resultado de peligro se define, para decirlo de modo introductorio, como la posibilidad cercana de que se produzca una lesión.⁵ Ello plantea, desde el punto de vista subjetivo, la cuestión de qué representaciones debe poseer el autor para estimar satisfecho el dolo respecto de este elemento típico.

En un paralelismo con la cuestión de la delimitación entre dolo e imprudencia consciente, que derivó en las tesis de la “representación de la probabilidad” y la “representación de factores causales”, el dolo con respecto al resultado de peligro concreto ha dado lugar a dos grupos de posturas en la doctrina. Una de éstas exige que el autor se represente el peligro de producción del resultado lesivo (representación del peligro). La otra postura, que ha sido defendida y desarrollada por STRUENSEE en varios trabajos, explica que el dolo de peligro concreto se satisface con la representación de un conjunto de circunstancias a partir de las cuales un observador objetivo advertiría la existencia de ese peligro. Es decir, a diferencia de la tesis de la “representación del peligro”, no es necesario que el autor del hecho infiera él mismo la posibilidad del resultado sino que esta inferencia es confiada a un observador objetivo. Para denominar esta postura se ha acuñado la expresión “representación de las circunstancias”.⁶

² STRUENSEE, *InDret* 4/2009, p. 10.

³ STRUENSEE, *InDret* 4/2009, p. 12; ver también STRUENSEE, «Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005, p. 82; EL MISMO, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *ADPCP*, 1987, pp. 423 y ss. n. 88.

⁴ KISS, *El delito de peligro abstracto*, 2011, p. 116; ARZT/WEBER, *BT*, 2000, p. 771, abundantes citas bibliográficas en FELOUTZIS, *Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht*, 1984, p. 25, n. 38 y p. 26, n. 39; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 217.

⁵ KISS, *El delito de peligro abstracto*, 2011, p. 159 y ss.

⁶ STRUENSEE, «Exposición y abandono de personas, Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delito de puesta en peligro en el ejemplo del § 221 del Código penal alemán» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005, pp. 293 y ss.

Este marco teórico justifica una apreciación, que por cierto aparece en otros trabajos de STRUENSEE, acerca de que el dolo de peligro (concreto) requiere “menos” que el dolo de lesión.⁷ En el delito de lesión, el tipo objetivo exige la producción de un resultado lesivo, pero el dolo ya se satisface con la representación de la posibilidad de esa consecuencia. En los delitos de puesta en peligro se requiere objetivamente “menos” –ya que es suficiente con la posibilidad (cercana) de una lesión-. Según STRUENSEE, al aplicar una reducción correspondiente sobre el tipo subjetivo del delito de peligro concreto éste terminaría requiriendo necesariamente menos que el de lesión. Esa reducción se logra limitando el aspecto subjetivo del delito de peligro concreto a la representación de las circunstancias, es decir, se descarta la necesidad de una representación del peligro.

Una primera lectura de estas dos conclusiones de STRUENSEE podría indicar que, en su sistema de pensamiento, todavía es posible sostener que la representación de factores de riesgo es simétrica en el delito de lesión y el de peligro concreto. Pues limitar el tipo subjetivo del delito de peligro concreto a la representación de las circunstancias, es decir excluir el pronóstico de peligro, no conduce necesariamente a pensar que también los factores de riesgo (las circunstancias) que sustentan el pronóstico de peligro tienen que presentarse en una cantidad o grado inferior respecto del delito de lesión.

Sin embargo, STRUENSEE mismo, en línea con una parte importante de la literatura, parece rechazar esta tesis al defender que el delito de peligro concreto se conforma con un riesgo menor que el delito de lesión.⁸

En este trabajo se intentará discutir esta idea.

2. La acción peligrosa

El delito de peligro concreto presenta dos componentes básicos:⁹ *a.* una “acción peligrosa”¹⁰ y *b.* un “resultado de peligro”. Prácticamente sin excepciones, esos dos componentes vienen

⁷ STRUENSEE en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, pp. 311 y ss.

⁸ “[n]o se podrían poner las mismas exigencias (o incluso mayores) al dolo de puesta en peligro que al dolo de lesión (...) Si en el dolo de puesta en peligro uno se contenta con el conocimiento de las circunstancias aparece la objeción de que ya no se puede escalar aún más la puesta en peligro imprudente”, «Exposición y abandono de personas», p. 313.

⁹ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 583; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 137; ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, 1990, p. 181, n. 25; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986, p. 67.

¹⁰ Parte de la doctrina critica la expresión “acción peligrosa” sosteniendo que carece de utilidad pues no resalta ningún atributo exclusivo de la acción propia del delito de peligro concreto ya que también, por ejemplo, las tentativas de delito lesión y la puesta en peligro imprudente presuponen acciones peligrosas. En lugar este calificativo se propone emplear locuciones con mayor significado dogmático, como ser: una acción es dolosa, descuidada o bien satisface sencillamente las exigencias del tipo penal. De ese modo se evita que un mismo grupo de términos (“peligro” o “peligroso”) sea aplicado a dos elementos dogmáticamente diferentes (acción y resultado) sin ventajas en cuanto a las distinciones que se pueden obtener de ello; ver HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 13. A pesar de ello, como se verá más abajo, en este trabajo es importante distinguir entre una acción peligrosa y una acción lesiva. También es relevante diferenciar entre una acción en abstracto peligrosa y una en concreto peligrosa, nótese que en los delitos de peligro concreto el calificativo “concreto” no sólo caracteriza al resultado de peligro sino también a la acción peligrosa; ver DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, p. 33 y 34; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 120.

descriptos en la ley.¹¹ Son ejemplos: colocar o abandonar a otro en una situación de desamparo y provocar a través de ello un peligro para su vida o integridad corporal;¹² causar un incendio y generar así un peligro para la vida de otro;¹³ causar lesiones que pongan en peligro la vida del ofendido.¹⁴

Se ha propuesto que la acción que realiza un tipo de peligro abstracto se conforma con un grado menor de desatención por el bien jurídico que la que realiza un tipo de peligro concreto.¹⁵ Del mismo modo, podría decirse, los delitos de peligro concreto se conforman con un grado menor de desatención por el bien jurídico que el de lesión.¹⁶ En cada una de estas formas delictivas, comenzando por el delito de peligro abstracto, el autor del hecho aceptaría un riesgo menor de lesión del bien jurídico. Si ello se tradujera en términos de comienzo de ejecución y de acabamiento de la tentativa, resultaría: que el riesgo necesario para verificar un acabamiento de la tentativa de peligro concreto sería inferior al de lesión, y, paralelamente, el riesgo adecuado para dar por comenzada la ejecución del delito de peligro concreto sería inferior al de lesión. De este modo, si uno recorre el *iter criminis* de ambos delitos podría existir algo así como una secuencia escalonada de riesgos decrecientes. Denomino a esta comprensión: *tesis del adelantamiento*.

El atractivo de esta tesis reside en que reserva al delito de peligro concreto un espacio propio frente al (o mejor dicho “antes” del) delito de lesión.¹⁷ Ello resulta claro cuando se dirige la atención al riesgo mínimo (o su representación) capaz de fundar un comienzo de ejecución. Algunas acciones pueden representar un peligro demasiado escaso para el bien jurídico como para considerarlas atrapadas por la norma dirigida a la lesión; constituirían respecto de ésta actos atípicos, actos acaso preparatorios.¹⁸ De acuerdo con la tesis del adelantamiento, si ese mismo bien jurídico estuviera protegido, junto al de lesión, por un tipo de peligro concreto esos riesgos más remotos podrían estar alcanzados por la tentativa de peligro concreto. Ello adelantaría o extendería las barreras de protección penal más allá de lo cubierto por el tipo de lesión.

Si el riesgo puede ser menor, entonces también los factores de riesgo suficientes para hacer operar la prohibición pueden admitir una reducción. Un golpe de puño en un brazo no puede

¹¹ Existen códigos penales que contienen delitos de puesta en peligro en los que no se ofrece ninguna precisión acerca del modo en que la acción debe alcanzar ese resultado de peligro. Esto se presenta en el Código Penal Suizo, que contiene un tipo de peligro general para la vida (el art. 129, describe: poner en peligro la vida de otro, de manera dolosa y sin escrúpulos). Sobre este tipo penal, ver STRATENWERTH, *BT*, v. I, 5ª ed., 1995, p. 74 y ss.; críticas en FELOUTZIS, *Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht*, 1984, p. 24. El § 89 StGB de Austria contiene una prohibición de esta clase que es inclusive más amplia, pues se extiende a la propiedad ajena. Los proyectos de StGB de 1927 y 1930 han previsto también tipos penales de estas características.

¹² Art. 106 del Código Penal Argentino.

¹³ Art. 186 inc. 4º del Código Penal Argentino.

¹⁴ Art. 90 del Código Penal Argentino.

¹⁵ Así por ejemplo SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 217.

¹⁶ KISS, «Homicidio y lesiones en riña» en PASTOR (ed.), *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*, 2010, cap. III.

¹⁷ BAUMANN/WEBER, *AT*, 9ª ed., 1985, § 33 I 1e, se pronuncia claramente a favor de una comprensión como ésta en tanto afirma, en la discusión sobre la tentativa de los delitos de peligro: “Si no se presenta el resultado, esto es, no se produce una puesta en peligro del bien jurídico, entonces concurre una tentativa punible (aunque la construcción de un tipo de peligro ya contiene un adelantamiento de la punibilidad). Si se presenta únicamente el comienzo de la actividad peligrosa, pero no éste mismo, entonces se da una tentativa punible (aunque aquí ya ha ocurrido un doble adelantamiento de la punibilidad)”.

¹⁸ Cfr. la definición de Juan Luis FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 101.

causarle la muerte a una persona y quien realiza esa acción -aunque desee profundamente matar- no efectúa una tentativa de homicidio. Pero si el autor cree que la víctima podría ser hemofílica, la situación cambia. Esta creencia se puede sustentar en la información que tenga el autor sobre la existencia de factores objetivos. Si, por ejemplo, se justifica tan sólo en el conocimiento de que 1 de cada 10.000 habitantes padece hemofilia, deberíamos concluir que la representación está insuficientemente sustanciada. Si el autor sabe, en cambio, que la víctima es de sexo masculino y que algún ascendiente de su madre era portador de la enfermedad o que la víctima acaba de salir de un centro médico donde se asiste a personas que padecen esa dolencia, la representación encuentra mayor sustanciación. En estos casos, siempre que la acción no constituya tentativa de homicidio, los partidarios de la tesis del adelantamiento deberían todavía analizar si el hecho da comienzo a la ejecución de una tentativa de lesiones con peligro para la vida.

En contra de esta idea, se sostiene que entre los ilícitos de lesión y de peligro concreto no existen diferencias en cuanto al riesgo que debe realizarse mediante acción. El riesgo permitido se superaría, en ambas modalidades delictivas, simultáneamente.¹⁹ Denomino a esta postura: *tesis de la simultaneidad*.

Una tesis como ésta amenaza con provocar una seria reducción del espacio exclusivo del delito de peligro concreto.²⁰ Pues si toda acción peligrosa fuera al mismo tiempo lesiva, el delito de peligro concreto acabaría desplazado por aplicación de las reglas del concurso de leyes y no se justificaría su existencia práctica.

Aquí se defiende que la equiparación es, sin embargo, irremediable: si un riesgo es suficiente para constituir comienzo de ejecución de un delito de peligro concreto también lo es respecto de un delito de lesión.²¹

El principal defensor de la tesis del adelantamiento ha sido BINDING, en el tomo I de su monumental obra "*Die Normen und ihre Übertretung*". Allí sostiene que toda vez que el mero resultado de peligro sin lesión del bien jurídico debe cargar, en lugar de la lesión real, con la pena correspondiente a la consumación, entonces pueden ser adelantados correlativamente los límites de la tentativa.²² Así, la tentativa acabada de delito de peligro concreto podría satisfacerse con un

¹⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 168, apoya esta tesis aunque en un contexto de discusión diferente y sin llevar a cabo una fundamentación detallada. Explica: "(...) si la aptitud lesiva debe ser un criterio de la prohibición, entonces las formas de comportamiento abarcadas por este criterio de prohibición se sitúan en una y la misma línea. Adelantamiento y aptitud lesiva se excluyen mutuamente."

²⁰ A primera vista la tesis de la "simultaneidad" aparece como coextensiva respecto de la tesis que explica el dolo de peligro concreto como "representación del riesgo". El ámbito propio que podría corresponderle a los delitos de peligro concreto estaría reducido, según explica con claridad SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 221, de la siguiente manera "Si el tipo penal respectivo quisiera exigir, además, la representación concreta del «riesgo de "X"», entonces, la incriminación de esta modalidad de acción sólo podría tener sentido (...) a) Si se quisiera impedir el efecto liberador de un arrepentimiento activo que evitara la lesión efectiva, después de la creación concreta del riesgo; b) si la forma de puesta en peligro de un conjunto indeterminado de bienes o personas (peligro común) quiere ser castigado más gravemente que el dolo de lesión efectiva de un bien o persona individual."

²¹ HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 203, 210; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 205, 208, 215.

²² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1922, t. I, p. 375.

riesgo menor al del delito de lesión y este razonamiento se traslada también al comienzo de ejecución.²³

La tesis de BINDING presenta como primera desventaja que agrega un estamento más en una construcción escalonada que ya está dominada por una enorme indeterminación y vaguedad de conceptos. En el delito de lesión, el daño, como etapa final, brinda el punto *más firme*²⁴ imaginable a partir del cual trazar el adelantamiento de la punibilidad. A pesar de ello, no existe un criterio que permita determinar con precisión el comienzo de ejecución. En el peligro concreto, donde como se verá no está para nada claro cuándo concurre el resultado, esta tarea parecería mucho más complicada y esto atenta contra la certidumbre en la aplicación de estas normas.

La tesis del adelantamiento, que aquí se rechaza, no goza de aceptación unánime en la doctrina. En contra de ésta se presenta una serie argumentos que en mi opinión, sin embargo, no son del todo consistentes. En particular, se critica lo siguiente:

a. Si el resultado del delito de peligro concreto se definiera como “peligro de lesión” y la tentativa acabada (idónea) como “el peligro del peligro de lesión”, entonces el inicio de esta tentativa (comienzo de ejecución) se debería describir como “el peligro del peligro del peligro de lesión”²⁵. Esta forma de expresar el riesgo mínimo, que ya desde el punto de vista lingüístico resulta difícil de comprender, refleja un adelantamiento intolerable de la protección penal.²⁶

b. El segundo argumento se sustenta en un dogma que se repite sin proporcionar una justificación adecuada; a saber: el comienzo de ejecución del ilícito de lesión marca el límite mínimo e infranqueable de punibilidad. Cuando la doctrina afirma que el delito de peligro concreto puede “comenzar” antes de este instante, traspasa este límite, lo cual es inaceptable²⁷.

A continuación se ofrecen razones para rechazar ambas objeciones. Posteriormente, se intenta una justificación alternativa contra la tesis del adelantamiento.

²³ Una comprensión semejante subyace a las posturas que alegan que el delito de peligro concreto conforma un adelantamiento de la punibilidad hacia zonas previas a la lesión del bien jurídico. Tal afirmación requiere que una acción recién resulte prohibida por la regulación de un delito de peligro concreto, es decir, que fuera lícita si no existiera ese tipo penal. Si ese riesgo estuviera por ejemplo prohibido a través de un delito de peligro abstracto no habría posibilidad de adelantar la “punibilidad”. Por cierto, para hablar de “adelantamiento” es preciso nombrar un objeto de referencia, pues “adelantamiento de la punibilidad” es un enunciado transitivo; se adelanta la punibilidad respecto de “algo”. Cuando se piensa en el peligro concreto el adelantamiento de la punibilidad se mide con respecto al delito de lesión. Si no existiese un delito de lesión correspondiente tampoco es posible hablar de adelantamiento. Siguiendo estos razonamientos, la fórmula “adelantamiento de la punibilidad” sería correcta, en el mejor de los casos, cuando esté específicamente regulada la lesión, y, a su vez, no esté ya particularmente prohibido el riesgo en razón del peligro abstracto.

²⁴ En los detalles, por cierto, también resulta discutido cuándo se produce el resultado inclusive en los delitos de lesión, ver PUPPE, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW*, 1980, p. 880; en cuanto al delito de lesión más emblemático, esto es, el homicidio, ver DENCKER, «Zum Erfolg der Tötungsdelikte», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (12), 1992, pp. 311 y ss., p. 314.

²⁵ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 207. HOYER, sostiene sin embargo, que todo peligro de peligro de lesión es, desde luego, peligro de lesión, HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987, p. 65. HORN menciona: “si, visto desde el comportamiento, es posible un peligro lesión entonces también es posible una lesión, HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 198.

²⁶ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 207.

²⁷ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 205 y ss.

3. Cadena de peligro

Se afirma que forjar una cadena de peligro de varios miembros, como “peligro del peligro del peligro de lesión”, revela una superación inaceptable de las barreras de punibilidad.²⁸ En mi opinión, esto supone una premisa errónea, según la cual mientras mayor es el número de eslabones de esa cadena menor es el riesgo asumido por el autor.

Tomemos el frecuente caso en el que el autor planea asesinar a la víctima y le suministra, para ello, una dosis diaria de veneno que sólo podría tener efecto mortal luego de la décima ingesta. Supongamos que la ejecución del homicidio comienza con la primera dosis y acaba con la décima. Puede considerarse que cada paso de acción intensifica el peligro de resultado lesivo y aumenta el peligro de que se efectúen los pasos subsiguientes. La última dosis, que según el plan del autor debería causar la lesión, se suministra con “dolo de homicidio”. Objetivamente, ésta se describe como “peligro de lesión” (el veneno, ya suministrado en medida suficiente, surtirá efecto de un momento a otro en el cuerpo de la víctima). La gota inmediatamente anterior provocaría un peligro de lesión de menor intensidad²⁹ y entrañaría el peligro de que se realice el paso siguiente. Esta anteúltima dosis podría describirse objetivamente como “el peligro del peligro de lesión”.

En el ejemplo dado, la séptima dosis debería llevar la palabra “peligro” repetida cuatro veces.³⁰ Sin embargo, aquí existe todavía un riesgo más cercano a la lesión que utilizando, digamos, mayor concentración de veneno que fuera mortal con la tercera dosis. Nótese que en esta variante la segunda gota debería acompañarse con dos “peligros”. Esto demuestra que un grado menor de riesgo no lleva necesariamente un mayor número de “peligros”. Por consiguiente, en mi opinión, toda vez que no hay un correlato necesario entre la gravedad de un riesgo y el número de eslabones en la cadena de peligro, tal número no puede aportar un criterio para decidir sobre la legitimidad del adelantamiento del comienzo de ejecución.

En el caso en discusión, la tendencia a separar los instantes de conformidad con las gotas de veneno no es algo que se justifique en la naturaleza del curso causal, sino que responde a motivos prácticos. Desde el punto de vista jurídico-penal es provechoso proceder de esta manera, podría alegarse, pues permite distinguir con claridad las resoluciones actuadas de voluntad a través de las cuales el autor va aumentando el riesgo de que ocurra el resultado.

Puede ocurrir, sin embargo, que el aumento del riesgo no requiera sucesivas decisiones actuadas de voluntad, como por ejemplo, frente a un complejo activo-omisivo. Si el veneno ha sido mezclado en el suero de la víctima, el riesgo de muerte se incrementa -mientras el autor observa estático junto a la camilla- sin que sea necesario actuar ninguna nueva resolución de voluntad.

²⁸ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 207.

²⁹ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 429.

³⁰ La décima gota causaría un “peligro de lesión”, la novena un “peligro del peligro de lesión” y la séptima, como se menciona en el texto, requeriría el “peligro” repetido cuatro veces.

Cuando se examina una relación causal natural, como por ejemplo la que conduce a una muerte o a una lesión, se advierte que es posible un fraccionamiento infinito. Esto resulta de que la “causación” exige una separación temporal entre la acción y (a la que le sigue) el resultado. Dentro de un continuo temporal es posible detener el análisis en cualquier momento y evaluar cada instante como consecuencia del segmento anterior, como condición del instante siguiente y condición del resultado final. Dado que el “tiempo” es un factor infinitamente divisible, los sucesos causal-naturales pueden fraccionarse por consiguiente de modo ilimitado.

No existe, un criterio único para separar las porciones de un plan delictivo y por ello es plausible, frente al mismo plan, construir una cadena de peligro más extensa o más estrecha sin que ello diga nada acerca de la intensidad del riesgo que administra el autor hasta tanto no se ponga de manifiesto tal parámetro. Por consiguiente, la sola mención de que la cadena de peligro ya cuenta con “tres eslabones” no constituye ningún argumento serio contra la tesis del adelantamiento. El número de miembros de la cadena de peligro sólo puede esclarecer el grado de riesgo que administra el autor cuando se describe el caso y se señala cuál es el parámetro para distinguir tales instantes. Dado que la correlación entre el grado de riesgo y el número de “peligros” es tan dependiente de las circunstancias particulares del caso no se puede sentenciar con carácter general que sumar tres o más “peligros” es ya, por sí, ilegítimo.

Con todo, el argumento (a), motivado en la “cadena de peligro”, no es capaz de explicar por qué no es sensato anteponer el comienzo de ejecución de la acción peligrosa al de la lesiva. Para derrotar esta idea y comprobar que el riesgo mínimo es idéntico en ambas formas delictivas es preciso acudir a otra argumentación. Aquí se propone examinar el grado superior de riesgo necesario para la infracción completa de la norma (la tentativa acabada) en ambas figuras y examinar qué consecuencias se proyectan hacia el grado inferior. En el curso de la discusión se analizará críticamente la objeción (b.) acerca de que el delito de lesión aporta un límite infranqueable de punibilidad.

4. La tentativa acabada

Existe tentativa acabada de *lesión* cuando el autor de acuerdo con su representación realiza todo lo “necesario o lo posiblemente suficiente para que ocurra el resultado típico”³¹ y no se reserva ninguna chance segura de revocación,³² dejando librada al azar la posibilidad de que ocurra el resultado lesivo. En algún momento anterior debe concurrir, si es correcta la tesis del adelantamiento, la tentativa acabada de *peligro concreto*.

Esta tesis comienza a despertar dudas cuando se caracteriza a ese resultado de peligro concreto, sin mayores precisiones, como “peligro inminente de que ocurra un daño”. Pues “hacer todo lo posiblemente suficiente para que ocurra un daño” (tentativa acabada de lesión) y “hacer todo lo posiblemente suficiente hacia un peligro inminente de que ocurra un daño” (tentativa acabada de

³¹ WESSELS/BEULKE, *AT*, 39ª ed., 2009, 14/631; STRUENSEE por contraposición a la tentativa inacabada, lo define con mayor precisión, en tanto sostiene: “La tentativa inacabada se caracteriza a través de que el actuante lleva a cabo sólo en parte los actos de ejecución decididos, que él considera al menos necesarios para realizar posiblemente el tipo”, STRUENSEE, *Dolo, tentativa y delito putativo*, 1992, p. 32 y n. 26.

³² Cfr. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 357 y ss.

peligro concreto) parece coincidir en su borde más exterior ¿No debería concluirse, entonces, que su acaecimiento es simultáneo?

Para determinar si los límites de las tentativas de lesión y peligro coinciden o son “sucesivos” es entonces necesario profundizar en cuanto a la caracterización del resultado que éstas tienen por objeto causar. A continuación se sistematiza el estado de la discusión sobre la definición del resultado de peligro concreto, con el objeto de aplicarle luego la fórmula de la tentativa y destacar las consecuencias que resultan de ello. El lector que esté familiarizado con la doctrina del resultado de peligro concreto debe simplemente pasar al resumen que se ofrece más abajo (4.2.).

4.1. Resultado de peligro concreto

En pocas palabras, el resultado de peligro concreto requiere:³³

- a. un juicio de “probabilidad cercana” de lesión,
- b. el ingreso de un bien jurídico en el ámbito de influencia de una fuente de peligro,
- c. que dependa “de la casualidad” si se produce o no la lesión.

Toda vez que se presente un resultado de lesión habrá ocurrido también uno de peligro concreto, pues a una lesión del bien jurídico le precede necesariamente la posibilidad o probabilidad de esa lesión. Sin embargo, los delitos de peligro concreto adquieren importancia predominantemente cuando el bien jurídico no es lesionado. La falta de un daño demuestra que no están realizadas, objetivamente, todas las condiciones de su producción. La dificultad y también la misión del concepto de peligro consiste en definir una cantidad mínima o una constelación típica de factores causales (circunstancias) que tienen que existir objetivamente para afirmar la existencia de un peligro.³⁴

El peligro consiste en un instante dentro de un continuo temporal que concluye con la lesión o bien con el abandono del bien jurídico del ámbito del peligro.³⁵ Este ámbito se caracteriza por la posibilidad, durante todo el lapso, de que se desencadene una lesión.³⁶ Esa posibilidad o probabilidad constituye un juicio llevado a cabo por un observador, que concluye que la probabilidad de producción de un daño es cercana. También se requiere que un bien jurídico o el objeto del hecho hayan estado realmente en peligro, es decir, que se hayan encontrado en la esfera de influencia de la fuente de peligro.

El observador efectúa el pronóstico sobre la base de diferentes consideraciones. En primer lugar se exige la llamada *causalidad general*, esto es, que existan leyes causales o reglas empíricas que expliquen que un conjunto de circunstancias objetivas es apto para provocar cierta clase de

³³ ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, 1998, p. 51.

³⁴ STRUENSEE en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005 pp. 300 y ss. En ese trabajo se encuentran las citas bibliográficas correspondientes, que no es necesario transcribir aquí; también SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 210 a 794.

³⁵ GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, 1990, p. 24 y s.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 794; FELOUTZIS, *Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht*, 1984, p. 35.

³⁶ KÜPPER, «Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *ZStW*, 1988, p. 770.

consecuencias. En el ámbito de la *causalidad concreta* se presenta la particularidad de que, como se decía más arriba, la falta de daño demuestra que no estuvieron presentes todas sus condiciones necesarias. Esto tiene la consecuencia de que si el observador que *diagnostica* la situación “conoce” la falta de ciertas condiciones necesarias o la existencia de circunstancias que neutralizan el peligro, concluirá (en los casos más relevantes, es decir, cuando falte el daño) que tampoco ha existido peligro. La base de conocimientos del observador es entonces, por necesidad conceptual, limitada³⁷ y es fruto de una “abstracción consciente” de factores de riesgo y condiciones causales.³⁸

Por consiguiente, surge la necesidad de elaborar un concepto que permita separar las circunstancias que deben quedar excluidas de esa base de conocimientos. La solución se formula, de modo impreciso, resaltando que la *no* producción del daño debe ser fruto de la “casualidad”. Es decir, cuando la ausencia de condiciones que desencadenarían el resultado o la presencia de factores que evitan el resultado son *casuales*, estos no deben integrar la base de conocimiento.

Existe una decena de trabajos fundamentales que se ocupan específicamente de esta cuestión. Aquí no podrá rendirse tributo al tenor de la discusión, con las agudas consideraciones que se han logrado en este campo. Lo que sigue es un breve resumen.

a) Peligro concreto como desconocimiento

El escrito de habilitación de Ekelhard HORN (1973) constituye, sin lugar a dudas, uno de los aportes más valiosos a la dogmática del delito de peligro concreto. En este trabajo el autor lleva a cabo un profundo análisis sobre los fundamentos teóricos y consecuencias prácticas de esta forma de delito. La conclusión final de su libro es terminante: sería preferible que el concepto de resultado de peligro desapareciera totalmente de la legislación.³⁹

El momento decisivo del concepto de peligro radica, según HORN, en el *desconocimiento* de las razones por las cuales un estado de cosas que de acuerdo con las reglas de la experiencia conduce a la lesión, no llega a producirla en el caso concreto. Ese desconocimiento justifica un temor sobre la integridad del bien jurídico fundado en que no se puede explicar por qué ha permanecido inocuo.⁴⁰ Este pensamiento requiere dos factores. Por un lado, una situación que pueda definirse como causa probable de una lesión conforme la experiencia general. Luego debe preguntarse si concurre en el caso concreto una “ley de imposibilidad”, que suprima la indicación de peligro otorgada por la experiencia.

La ley de imposibilidad se logra solicitándole al círculo profesional correspondiente que explique la ausencia del daño. La explicación debe consistir en una subsunción de la situación extraordinaria bajo leyes científico naturales. Si puede formularse válidamente la ley de

³⁷ SCHÜNEMANN, JA, 1975, pp. 210 a 794.

³⁸ KISS, *El delito de peligro abstracto*, 2011, pp. 83 y ss.

³⁹ HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 221.

⁴⁰ HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, p. 116.

imposibilidad que aclare por qué no podía ocurrir el daño, entonces a esta situación no puede asignársele el predicado de peligrosa.⁴¹

Existen supuestos en los que por más cuidadosa e intensiva que fuera la búsqueda de una explicación, no pueden ser descubiertos todos los factores causales⁴². Según HORN, la sola posibilidad de explicación de la ausencia de la lesión a través de una ley de imposibilidad excluye el resultado de peligro concreto. Por ejemplo, la situación ha de ser tan compleja impida formular una ley concreta de imposibilidad⁴³. Para sostener la no explicabilidad, se requiere que a partir del conocimiento accesible al hombre *nunca* nadie pudiera haber proporcionado la explicación⁴⁴. No basta una no explicabilidad momentánea, se exige una no explicabilidad *permanente*.

Existen principalmente dos ejes de crítica respecto de esta postura. En primer lugar se objeta que diseña un concepto de peligro respecto del cual la subsunción de los casos es tan complicada que lo hace impracticable⁴⁵. Se trata de una consecuencia que el mismo HORN advierte en su trabajo de habilitación:

“Un concepto cuyo contenido puede someter a los tribunales que deben utilizarlo a procesos de concretización de semejante complejidad no es (...) de ningún modo practicable”⁴⁶.

Pero HORN no extrae de esta constatación un reproche a su interpretación sino al delito de peligro concreto y concluye que no es un instrumento eficiente.

También se le objeta a esta postura que traslada el planteo del problema hacia circunstancias intrascendentes. Debería negarse la presencia de peligro, por ejemplo, cuando alguien casualmente reconozca un dato sin el cuál no podría llevarse a cabo una reconstrucción del suceso. Se conoce, siguiendo un ejemplo de KINDHÄUSER, por qué la víctima no murió: el vaso con la bebida envenenada cayó al suelo. No puede explicarse, empero, por qué el vaso fue a dar al suelo; no se sabe que un gato lo golpeó, ni que había ingresado un gato en la habitación. En este supuesto no es desconocido por qué la víctima no murió, pues es claro que ella sólo habría muerto si hubiese el veneno. Lo único que no se sabe es por qué el vaso de veneno no estaba en el

⁴¹ Por ejemplo: *a* apunta a *b* con su pistola y dispara con intención de matarlo. La pistola estaba cargada pero el disparo yerra. En el ejemplo citado, la bala que no impacta en la víctima no puede causarle la muerte. El intérprete tiene que preguntar por qué la bala que pasó cerca de *b* no ha acertado. Esto significa la búsqueda de otra situación, temporalmente anterior, que no pueda reconocerse como la realización de una ley de imposibilidad. Es decir, una situación respecto de la cual no se siga necesariamente, gracias al reconocimiento de una ley natural, la no producción de la lesión. Una situación, en definitiva, a partir de la cual sí fuera posible la producción de una lesión (p.174). Se constata, por ejemplo, que *a* ha apuntado mal. Esta situación explica por qué el disparo no acertó. Si, a su vez, el “apuntar mal” es el resultado causal de una ley natural formulable en el caso, esto es, puede subsumirse bajo una ley de imposibilidad, entonces la situación no ha ganado, todavía, el predicado de peligrosa. Supongamos que una ráfaga de viento haya desviado la bala de su trayectoria. *b* no habría muerto, entonces, por una circunstancia conocida: la bala no lo alcanzó. ¿Por qué no lo alcanzó la bala?, porque una ráfaga de viento la apartó de su trayectoria. Se conocen, así, las circunstancias a partir de las cuales es imposible la muerte de *b* en razón del disparo. Pero estas constataciones pueden no ser suficientes, podría subsistir la necesidad de explicar la presencia de la ráfaga de viento (p. 175).

⁴² HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 112.

⁴³ HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 193.

⁴⁴ HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 212.

⁴⁵ DEMUTH, *Der normative Gefährbegriff*, 1980, p. 157; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 211 a 795.

⁴⁶ HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, p. 212.

sitio donde la víctima habría de tomarlo. En relación con esta circunstancia, el planteo de la pregunta se ha desplazado notablemente: ya no se trata de por qué el resultado está ausente, sino de por qué faltan las condiciones que constituyen el antecedente de un enunciado condicional, por qué el vaso no está todavía sobre la mesa. Esta tiene que ser, sin embargo, una circunstancia intrascendente para el concepto de peligro, como lo es la explicación de por qué el vaso no estaba en cualquier otro lugar del mundo en ese momento.⁴⁷

Por último, se critica que HORN no establece cuántas preguntas deben plantearse y responderse para liberar a la situación del predicado de peligrosa. Formulado de modo general: cuando se encuentra una circunstancia de la que sigue necesariamente la ausencia del resultado, entonces surge una explicación acerca de por qué el resultado (científico naturalmente) no podía producirse. Inmediatamente se impone, empero, la necesidad de explicar la presencia de esta segunda causa y así sucesivamente. HORN no expone ningún criterio a partir del cual sea válido cortar esta cadena de explicaciones, lo que lleva, al menos teóricamente, a la posibilidad de un regreso al infinito.⁴⁸

b) Formulación del concepto normativo de peligro concreto

El artículo de SCHÜNEMANN titulado “*Tendencias modernas en la dogmática de los delitos imprudentes y de peligro*” (1975) ha tenido una influencia decisiva en los avances de la ciencia jurídica en relación con el delito de peligro. El autor propone, en ese trabajo, un criterio diferente para la determinación del peligro: formula por primera vez un *concepto normativo de peligro*.

Según SCHÜNEMANN, lo decisivo es que sea planificable y confiable la concurrencia de factores de exclusión de un riesgo que se presenta como adecuado. SCHÜNEMANN argumenta a partir de un ejemplo en el que el conductor de un camión sobrepasa a un automóvil justo antes de la cima de una montaña y evita, por pocos centímetros, un choque con otro vehículo que se acercaba por la mano contraria. Si el choque no se produce sólo gracias a la aparición repentina de una ráfaga de viento, sería erróneo, desde un punto de vista normativo, hacer depender la concurrencia de peligro de que pueda explicarse *ex post* la presencia del viento en ese sitio (se trata de un argumento contra la postura de HORN, comentada más arriba). El peligro concreto está fundado, antes bien, en que la ausencia del daño depende de factores atípicos no emplazables finalmente por el hombre⁴⁹. Estos son factores en cuya concurrencia no se puede “confiar”.

Aquellas causas de salvamento que no son *planificables* en consideración del curso normal de los sucesos, sino que son consecuencia de una habilidad extraordinaria del amenazado o una concatenación afortunada de otras circunstancias y son en este sentido “casuales”, no excluyen la responsabilidad jurídico penal. Sólo son relevantes las medidas de salvamento dominables en general; no así, en cambio, aquellas “casualidades” que provienen de la configuración habilidosa de la víctima o de la disposición afortunada de circunstancias acompañantes, sobre las que no se puede confiar.

⁴⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 196.

⁴⁸ DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, p. 62, 163; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 795 y 211.

⁴⁹ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 795 y 211.

c) Desarrollo del concepto normativo

Unos años después del novedoso trabajo de SCHÜNEMANN publicó HENNRICH DEMUTH su tesis doctoral, titulada: *“El concepto normativo de peligro”* (1980). El autor profundiza en la explicación acerca de qué medios deben considerarse “normalmente planificables”. Se trata, indica DEMUTH, de aquéllos previstos de antemano para proteger el ámbito vital correspondiente, frente a sus riesgos inmanentes. Si para conservar el bien jurídico, debe (o debería) recurrirse a medios extraordinarios, regidos por la emergencia, la situación experimenta un cambio cualitativo y representa una amenaza aguda para la certidumbre de existencia del bien jurídico comprometido.⁵⁰

¿Cuándo es correcto sostener que un curso causal salvador merece confianza? DEMUTH contesta esta pregunta mencionando que puede confiarse en cursos salvadores mientras sean accesibles a la dirección humana y dominables de modo general, y estén previstos de antemano en el ámbito vital correspondiente como medios regulares de prevención del daño. No puede confiarse en cursos salvadores que se sustraigan a la planificación y control humanos, y, en razón de ello, su intervención no pueda calcularse⁵¹. En estos casos, a pesar del final afortunado, la situación conserva su carácter de peligrosa.

Existen situaciones en las que, a pesar de que concurre aparentemente una cercanía del peligro, el bien jurídico no ingresa en un estado crítico. Ello ocurre cuando concurren causas de salvamento que consideradas *ex post* inspiran confianza, inclusive cuando fueran desconocidas tanto para el autor como para la víctima. Si el autor, ejemplifica DEMUTH, empuja a la víctima que no sabe nadar a un estanque profundo entonces concurre exteriormente la cercanía del bien jurídico respecto de una fuente de peligro. Sin embargo, si un guardavidia que regularmente observa la orilla a esas horas y en ese sitio rescata a la víctima, se excluye la valoración de una situación de amenaza. El salvamento no sería casual sino que constituiría la puesta en funcionamiento de medidas de salvamento previstas específicamente para ese contexto. Si el guardavidia al contrario se encontrase allí sólo excepcionalmente, por ejemplo dando un paseo, su intervención no podría ser programada de antemano y debería ser comprendida como casual. La situación sería entonces concretamente peligrosa.

d) Concepto normativo modificado de peligro concreto

En conexión con las tesis de SCHÜNEMANN y DEMUTH, desarrolló WOLTER en su escrito de habilitación⁵² el *“concepto normativo modificado de peligro”* (1981). En las consecuencias, esta postura llega a las mismas soluciones que la teoría normativa “tradicional” salvo cuando la ausencia de daño surge de un salvamento extraordinario y casual. No en todos los casos se realizaría, frente a estas circunstancias, el resultado de peligro concreto.

⁵⁰ DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, p. 208.

⁵¹ DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, p. 217.

⁵² WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981.

Un salvamento extraordinario y casual acaecería, por ejemplo: cuando la víctima empujada al agua no se ahogase en razón de que, por fortuna, un guardavida que paseaba su perro en las cercanías del estanque efectuó un rescate exitoso; o bien, cuando el conductor que transita por la mano contraria evitase el accidente en razón de poseer una habilidad superior a la normal (se trataba, casualmente, de un piloto de fórmula 1).

El autor debe provocar causalmente, en primer lugar, un riesgo adecuado de peligro (WOLTER lo denomina, el 1º juicio de adecuación)⁵³. Este riesgo se examina con base en un pronóstico *ex ante*, que se emprende cuando concluye la tentativa de peligro. El pronóstico sólo admite como base fáctica y nomológica circunstancias reconocibles *ex ante*. Este primer juicio de adecuación fracasa cuando la tentativa acabada no causa ningún peligro serio de una lesión, en razón: de las capacidades que son normalmente esperables en la víctima, de que existen terceros capaces y obligados a conjurar ese riesgo o de las capacidades del autor.

Ese riesgo debe realizarse en un resultado de peligro concreto⁵⁴ lo cual ocurre cuando, tomando como base el instante en que el bien jurídico ingresa en el ámbito de influencia del peligro⁵⁵, corresponde pronosticar que no subsiste ninguna posibilidad *seria* de salvamento (2º juicio de adecuación). Aquí, lo importante es que esas circunstancias hayan existido al tiempo del segundo juicio (es decir, del ingreso en el ámbito de influencia). No es relevante en cambio si eran reconocibles en ese instante o sólo con posterioridad, por ejemplo, durante el proceso penal.

Este juicio de adecuación fracasa cuando:

- a- en contra del pronóstico *ex ante* (tomado en el momento de finalización de la tentativa), se comprueba, en un diagnóstico *ex post*, que falta (inclusive por casualidad) el objeto de bien jurídico en el ámbito de influencia del peligro,
- b- el objeto sobre el que debe recaer el peligro no ingresa (por casualidad) en el ámbito de riesgo (segundo diagnóstico *ex post*).
- c- en razón de circunstancias de salvamento existentes al momento de este segundo juicio, pero reconocibles recién luego (en un tercer diagnóstico *ex post*), la salvación del bien jurídico aparece como previsible a los ojos de la víctima o de un tercero. La salvación sería, entonces, dominable y repetible, y por ello no casual.

Concurre un delito de peligro concreto consumado sólo en tanto la ausencia del daño, inclusive considerando este momento que se abre a las chances extraordinarias de salvamento, se presente sin esperanzas y con mínimas posibilidades. Por ejemplo, cuando no alcance siquiera la habilidad de conducir superior a la capacidad promedio o cuando el intento de salvación de un tercero linde con el suicidio.

⁵³ WOLTER, «Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht - OLG Frankfurt», *NJW*, 1975, p. 840 y p. 750.

⁵⁴ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 754

⁵⁵ WOLTER, *NJW*, 1975, p. 753.

e) Perspectiva conductiva del concepto de peligro concreto

URS KINDHÄUSER ha dedicado su escrito de habilitación a la fundamentación y el desarrollo del concepto de peligro.⁵⁶ En relación con el delito de peligro concreto propone dos avances respecto del concepto normativo que la ciencia penal venía reiterando desde SCHÜNEMANN. Se trata de la *“Función conductiva y perspectiva práctica del concepto de peligro”*.

La función principal del concepto de peligro posee, según KINDHÄUSER, carácter conductivo: *“el pronóstico: es probable la producción de un resultado, independientemente de si es verdadero o falso, constituye una realidad directora de comportamientos”*⁵⁷. Por ejemplo, E mezcla en una bebida un veneno muy potente que de acuerdo con la experiencia conduce inmediatamente a la muerte y está a punto de beberlo. Si él quiere suicidarse y tiene claro el efecto del veneno, sería innecesario decirle que corre peligro de muerte. El escenario es diferente si E no sabe lo que hace. En esta situación, la frase *“usted corre peligro”* conducirá a que E aleje la bebida y exija una explicación. Esto muestra que el significado del concepto de peligro es de *naturaleza primariamente conductiva*. Es decir, que posee especialmente como meta la advertencia o el reproche y no la descripción o la explicación.

Lo dirimente del peligro no es la probabilidad de lesión, sino la incapacidad de intervenir de manera dirigida en un suceso para evitar la producción de un daño. El peligro desaparece cuando el potencial lesivo de un curso causal puede neutralizarse de manera dirigida. E, por ejemplo, puede evitar voluntariamente su muerte con sólo abstenerse de beber el veneno. Es precisamente esa libertad de determinar el curso causal lo que conforma el criterio de la falta de peligro.

Estas reflexiones conducen a KINDHÄUSER a sostener que el concepto de peligro no tiene naturaleza teórica, sino *naturaleza práctica*. Con ello, el autor quiere resaltar que el predicado *“peligro”* no describe cómo se encuentran las cosas en el mundo ni cómo se comportan entre sí. Antes bien, brinda una respuesta a la pregunta acerca de qué significan los objetos del mundo y sus relaciones con el hombre como sujetos de conducta, para explicar cómo debe comportarse él frente a estos.

KINDHÄUSER explica que el concepto de peligro tiene por objeto una disposición. Esto quiere decir que no describe un atributo no visible, no observable de un objeto, sino reacciones típicas que experimenta ante diversas situaciones, formas de comportamiento o en contacto con otros objetos. Estas reacciones se pueden formular como enunciados condicionales, por ejemplo: un terrón de azúcar tiene como característica el *“ser soluble en agua”*. El enunciado condicional rezaría: si un terrón de azúcar es sumergido en agua, entonces se disolverá. Lo observable no es aquí la disposición del objeto a disolverse, sino la reacción en la que se manifiesta la disposición.⁵⁸

⁵⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989.

⁵⁷ KINDHÄUSER, «Rationaler» en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 1998, p. 268.

⁵⁸ El problema de los términos disposicionales está enmarcado en asunto mucho más general de la definición y la explicación teórica. Los términos disposicionales se refieren a atributos, cualidades o comportamientos de objetos

El peligro tiene que comprenderse entonces como un predicado disposicional. Así explicado, el peligro no puede ser considerado como un ámbito previo a la lesión. La solubilidad no es un ámbito previo a la disolución. Así como una ley natural no es causa de un determinado efecto, sino que explica la conexión entre estos dos extremos, la solubilidad no causa la disolución sino que explica la reacción de un objeto con tales o cuales características (azúcar) frente a determinadas condiciones marco.

4.2. Resumen

Se ha propuesto que el observador que efectúa el pronóstico (o, mejor dicho, el diagnóstico) de peligro concreto no debe incluir (abstracción consciente):

- (i). razones que no pueden explicarse (HORN),
- (ii). circunstancias en las que no se puede confiar (SCHÜNEMANN),
- (iii). circunstancias anormales, no previstas con anterioridad en el ámbito correspondiente para prevenir daños (DEMUTH),
- (iv). circunstancias anormales, a menos que, a pesar de que no puedan preverse con anterioridad, se emplacen en el caso de manera confiable (WOLTER),
- (v). factores indominables, cuya capacidad de neutralizar el peligro no puede aprovecharse de manera dirigida (KINDHÄUSER).

4.3. Consecuencias para la tentativa acabada

La definición del resultado de peligro que se ha abordado más arriba tuvo una por finalidad específica arrojar luz acerca de si las tentativas de lesión y peligro coinciden o son “sucesivos”. Aplicada la fórmula de la tentativa al delito de peligro concreto, surge que la tentativa de peligro concreto está acabada cuando el autor deja librada al azar la posibilidad de que ocurra una situación a partir de la cual la evitación del resultado lesivo ya no sería dominable. La elaboración de criterios para determinar qué factores de riesgo y condiciones causales deben someterse a una “abstracción consciente” se refiere a circunstancias que determinan en todo caso la consumación del delito pero no afectan el acabamiento de la tentativa con lo cual, consecuentemente, son incapaces de conmovir sus fronteras.

o sistemas. Ejemplos de términos disposicionales pueden ser: flexible, maleable, soluble, elástico, conductor, inteligente, agresivo, etc. Ninguno de estos términos designa una propiedad o una entidad observables directamente, como lo pone de manifiesto KINDHÄUSER, sino, antes bien, se vinculan con propiedades que se caracterizan por cierta reacción ante determinadas circunstancias; por ejemplo, un cuerpo es soluble si, al sumergirse en agua, se disuelve. Continuemos con este ejemplo: $x =$ Un cuerpo; $S =$ Poseer la característica de ser soluble; $A =$ Sumergir en agua; $D =$ Disolución del cuerpo. La fórmula completa rezaría: $Sx \leftrightarrow (Ax \rightarrow Dx)$, y dice, leyéndola de izquierda a derecha: Sx (un cuerpo es soluble), si y sólo si (\leftrightarrow equivalencia o bicondicional), cuando se sumerge en agua (Ax), entonces (\rightarrow) se disuelve (Dx). El problema es que, por la lógica del condicional material, estas definiciones atribuyen la propiedad disposicional a todo cuerpo que no sea sumergido en agua, lo cual es inaceptable. Si tomamos un cuerpo cualquiera, digamos un manual de Derecho Penal de Roxin y evitamos introducirlo en agua, dejándolo quieto en un rincón de la biblioteca por ejemplo, entonces la condición Ax no se cumple para el Manual. El condicional ($Ax \rightarrow Dx$), sólo será falso, en tanto se sumerja un cuerpo en agua y no se disuelva, esto es, en tanto sea verdadero Ax y sea falso Dx . Si Ax es falso, es decir, no se sumerge el cuerpo en agua, entonces las reglas del condicional tienen que conducir a afirmar que ($Ax \rightarrow Dx$) es verdadero. Ahora bien, cuando se aplican las reglas del bicondicional (equivalencia \leftrightarrow), si el término ($Ax \rightarrow Dx$) es verdadero y el bicondicional es válido, entonces el término Sx debe también ser verdadero. Es decir, cualquier cuerpo que no se sumerja al agua, de acuerdo con esta interpretación, es soluble. Por esta razón, se sostiene, los términos disposicionales no son útiles para fundar explicaciones teóricas.

Atiéndase a la discusión, en el ejemplo del guardavida, acerca de si el resultado de peligro concreto se rechaza sólo cuando el salvamento se encuentra *normalmente* a disposición o bien, en cambio, también cuando el salvamento está *excepcionalmente* a disposición en ese ámbito. Si el autor conoce la presencia (excepcional o normal) del guardavida (que por ejemplo observa atentamente el hecho) no efectuará una tentativa punible. Pues el plan de matar o poner en peligro concreto la vida de otro arrojándolo al agua junto al guardavida no es un plan de homicidio. Si no conoce esta circunstancia la tentativa está acabada cuando, por lo menos según su representación, ya no puede planificarse la evitación del resultado de peligro. Ello ocurrirá a pesar de que, para su sorpresa, un guardavida emprenda un rescate exitoso cualquiera que sea la razón que justifique su presencia en ese lugar (cumplir su horario laboral, dar un paseo, escapar de su enamorada, etc.).

Se demuestra de este modo que lo que decide sobre el acabamiento de la tentativa de peligro concreto es la fórmula: dejar librada al azar la posibilidad de que ocurra una situación en la cual, a la vez, la posibilidad de daño depende de la casualidad. Es necesario entonces explorar con brevedad las distintas acepciones de “azar” o de “casualidad” para descartar que el delito de lesión y el de peligro concreto empleen comprensiones diferentes de este concepto sobre las cuales se pueda sustentar la tesis del adelantamiento.

4.4. ¿Un diferente uso de la noción de “casualidad”?

Los enunciados que proponen calificar a una contingencia como casual pueden guardar significados muy diferentes. La breve lista de ejemplos que se expone a continuación no pretende agotar todos los usos imaginables de este término, sino sólo mostrar con base en ciertas similitudes y diferencias cuál es el que corresponde al delito de peligro concreto.⁵⁹

(i) Cuando una persona que camina distraída por la calle se choca con otra, puede que ofrezca una disculpa y explique el suceso como ocurrido fuera de su voluntad y casual. Aquí la casualidad entra en consideración como apelativo y significa no querido o no culpable. La casualidad vale en este sentido como aquello que ocurre por fuera de mis intenciones y cuya producción no he querido.

(ii) Cuando alguien se topa con un amigo que no ve hace tiempo sin haber buscado el encuentro, se suele denominar esta contingencia como casual. En este sentido, “casual” no se vincula tanto con lo no-intencional como en el ejemplo anterior, sino más bien con lo “inesperado” e “imprevisto”. Éste es el uso más frecuente de “casualidad” y se puede emplear frente a todo aquello que ocurre sin esperarlo, aquello que sorprende.

(iii) Otra de las acepciones del término casualidad se emplea para designar circunstancias accidentales de un evento, por contraposición a las características esenciales. Un ejemplo del ámbito de geometría lo constituye el enunciado: La suma de los ángulos de un triángulo es necesariamente igual a 180°. Para este enunciado, el que uno de los ángulos presente por ejemplo 75 grados, es una circunstancia casual, accidental.

(iv) El término “casual” se utiliza también para designar una contingencia que ontológicamente está disociada de sus causas, es decir, que bajo condiciones exactamente idénticas habría podido resultar de

⁵⁹ WILHELM DEGENER me ha sugerido que incluya el análisis que sigue.

otro modo, puesto que es independiente de ellas⁶⁰. El principio causal y su comprensión del mundo real opondría reparos a la existencia de eventos que puedan integrar esta categoría: *nada real es casual*; o bien: *todo lo que es real, es necesario*.⁶¹ El grupo de eventos no determinados por sus causas representa un conjunto vacío, diría un determinista.

Modernamente la física cuántica ha encontrado ejemplos de este tipo de sucesos al investigar el movimiento de los electrones dentro de un átomo. Tal movimiento no puede ser reconstruido con base en leyes causales, pero sí recurriendo a determinados cálculos estadísticos. Sobre la base de estos descubrimientos, a los que aquí, desde luego, no pueden dedicarse más que estas pocas palabras, algunos autores han negado la universalidad del principio de necesidad y otros le han negado toda existencia. Esto ha servido a varios autores como base para objetar aquellas nociones de delito de peligro concreto que se sustentan en el principio causal.⁶²

(v) Algo diferente ocurre cuando se lanza una moneda y se apuesta a “cara o ceca”. Aquí se intenta aprovechar precisamente la incertidumbre propia de la caída. Que se libre el suceso al “azar” no tiene que ver aquí con la falta de intención ni con lo inesperado del resultado del evento. En efecto, la intención de cada uno de los contrincantes estará bien clara a favor de uno de los lados de la moneda y ninguno de los dos podrá sostener sensatamente que el resultado final, aunque no le resulte conveniente, le fue inesperado o imprevisible. El empleo del término casualidad expresa aquí la *independencia* del resultado respecto de los actores, además de la *imparcialidad* de la caída en relación con sus intereses. Conforme este significado de casualidad, lo decisivo es que no se puede predeterminar, dirigir o manipular el evento de acuerdo con las apetencias de los interesados.

4.5. Tentativa y casualidad

La tentativa acabada emplea el concepto de azar y casualidad descrito en último lugar, es decir, se define a través de la falta de manipulabilidad o dominabilidad de las consecuencias. Habiendo explorado las diferentes acepciones del concepto de azar, surge con claridad que no hay ninguna razón para concluir que las tentativas de lesión y de peligro se basan en conceptos diferentes. Por consiguiente, acabamiento de las tentativas tiene que ser simultáneo. El juicio: “un curso causal ya no puede predeterminarse de acuerdo con los deseos del autor” ha de resultar de un grupo de factores causales que no puede variar, ni aumentarse ni restringirse, por el hecho de que la consumación del delito requiera un resultado de lesión o uno de peligro concreto. Por consiguiente, el grupo de factores de riesgo que debe sustanciar el pronóstico de peligro para hablar de tentativa acabada es equivalente en el delito de peligro y el de lesión⁶³.

Esta conclusión quizá no sorprenda tanto si se recuerda que en el delito de lesión existe entre la tentativa acabada y el resultado lesivo un conjunto de estadios intermedios aislables e individualizables. El hecho de que el legislador seleccione y decida emitir el juicio de consumación ante el acaecimiento de un grupo más o menos grave de estos factores no afecta el carácter que la acción ya tenía ganado, de configurar un abandono del resultado *lesivo* a factores no controlables.

⁶⁰ Por supuesto utilizo en este párrafo los términos condición y causa en sentido no técnico.

⁶¹ HARTMANN, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed., 1966, p. 32.

⁶² Me refiero, por ejemplo, a las apreciaciones de SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 795 y 211, y DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, contra la posición de HORN. Cfr. también, RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 2004, p. 33.

⁶³ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 208.

Lo especial del delito de peligro reside, por cierto, en la necesidad de que el curso causal atravesase los puntos intermedios especialmente destacados por el legislador. Es decir, entre los factores de riesgo, presentes o representados por el autor, debe situarse uno de los resultados intermedios destacados en el tipo penal (incendio, abandono, etc.). Aunque el delito de lesión presenta normalmente una descripción más rudimentaria, presupone, no obstante, un grupo idéntico de elementos detonantes de la ley causal que el delito de peligro.

Conclusión: la tentativa acabada del delito de lesión tiene por objeto un arsenal de factores de riesgo (o su representación), idéntico a la tentativa acabada del delito de peligro concreto.

Para afirmar por ejemplo una tentativa acabada de incendio con peligro para la vida de una persona habrá que constatar si el autor del hecho se ha representado tantos factores de riesgo detonantes de una ley causal natural como los que habrían sido necesarios para afirmar una tentativa acabada de homicidio. Si la respuesta es negativa, entonces la acción tampoco constituye tentativa acabada de delito de peligro concreto.

Esta conclusión constituye la base de análisis para responder al interrogante acerca de si la acción peligrosa puede alcanzar riesgos más remotos que la acción lesiva; es lo que se pasa a analizar a continuación.

5. El comienzo de ejecución

Toda conducta cuya ejecución traiga como consecuencia la imposición de una pena debe realizar un tipo penal, lo cual constituye la infracción de una norma. Esta es, hoy en día, una constatación trivial. Si una acción que meramente da comienzo a la ejecución de un delito puede ser sancionada (como tentativa inacabada), es porque esa acción ha infringido una norma. STRUENSEE ha explicado satisfactoriamente que “la tentativa inacabada subyace a otra norma de valoración que la acabada, y que, consecuentemente, tampoco está abarcada por la misma norma de determinación que prohíbe el acabamiento de la tentativa”⁶⁴. La referencia al tipo que sí está redactado en la ley en la parte especial del Código Penal, que describe la conducta prohibida por la norma dirigida a la tentativa acabada, da cuenta de que la legitimación de la tentativa inacabada es imperfecta y derivada de la fractura completa de la norma. La norma que permite la punibilidad de la tentativa inacabada se denomina “norma flanqueante, derivada o lindante”.⁶⁵

La argumentación basada en normas lindantes no es aceptada unánimemente en la doctrina. Se le critica que la conducta prohibida no viene descrita por el legislador.⁶⁶ Sin embargo, la ley impone que no sólo la realización “completa” del tipo es materia de prohibición. La realización incompleta también lo está y ello surge de formulaciones legales abiertas como ser “quien se pone directamente a realizar el tipo” (§ 22 StGB) o “intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución” (Artículo 25(3)(f) del Estatuto de Roma de

⁶⁴ STRUENSEE, «Tentativa y dolo» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005, p. 113.

⁶⁵ Ver la explicación de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 414 y ss., EL MISMO, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, 2005, p. 55, también en EL MISMO, *Dogmática del hecho punible y ley penal, Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*, 2003, p. 31.

⁶⁶ STRUENSEE en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, 2005, pp. 113 y s.

la Corte Penal Internacional). La naturaleza “derivada” de la justificación de la tentativa implica que mientras mayor sea la distancia respecto de la tentativa acabada, recogida por la norma antepuesta al tipo de la parte especial, menos fundado estará el adelantamiento de punibilidad.

Cada adelantamiento de punibilidad provoca un recorte de la libertad general de acción, pues agrega una conducta al ámbito de lo prohibido. Ello enfrenta por lo menos a dos intereses constitucionales, la protección de bienes jurídicos y la libertad general de acción.⁶⁷ En principio, es el legislador es el encargado de ponderar los intereses en contraposición y decidir, conforme al principio de proporcionalidad, el sitio por el que ha de transcurrir el límite entre la seguridad y la libertad.⁶⁸ Las fórmulas abiertas tales como “dar comienzo a la ejecución” le otorgan cierta competencia a quien aplica la ley para ponderar y decidir. Esa decisión debe tomar en cuenta que mientras más decrecen los factores de riesgo exigidos por la norma derivada en comparación con la tentativa acabada, mayor tensión se genera con respecto al principio de proporcionalidad.

5.1. Simultaneidad

Contra la postura del adelantamiento se sostiene que el comienzo de ejecución del delito de lesión marca el riesgo mínimo penalmente controlable y determina una frontera mínima de punibilidad, que opera también frente a la acción en concreto peligrosa. No sería aceptable prohibir bajo el manto del delito de peligro concreto riesgos más remotos que aquel que ya significa el primer paso de acción de una tentativa de lesión, porque, así la crítica, tal comienzo de ejecución funciona como un impedimento ineludible.

Este lema no provee ninguna razón para fundamentar la conclusión que pretende derivar. Se enuncia como un dogma con respecto al cual ni se explican ni son obvias las razones que lo sostienen. Entonces, el argumento *b* enunciado más arriba⁶⁹ tiene que rechazarse por no ofrecer en sustento ninguna justificación. Es más, si los límites del delito de peligro concreto debieran establecerse, por reflejo, calcando los límites del delito de lesión entonces éstos se perderían irremediabilmente cuando, junto al delito de peligro, el legislador no haya creado paralelamente un tipo de lesión.

La “indeterminación” del comienzo de ejecución no constituye, ciertamente, un problema específico del delito de peligro concreto sino uno que afecta a toda la teoría de la tentativa. Un parámetro seguro, sencillamente, todavía no ha sido formulado y dudo mucho que se pueda formular. Esto no rebate desde luego ninguna de las conclusiones de este trabajo, que se ocupa de *comparar* ambas tentativas.

La ley prevé la punibilidad de la tentativa con la finalidad de proteger bienes jurídicos. Estos bienes no mutan ni se transforman por instrumentarse tal protección a través de delitos de lesión o de peligro concreto. Tal como se ha demostrado más arriba, la infracción completa de la norma ocurre en estas dos figuras de manera simultánea. Cada adelantamiento de punibilidad genera una tensión equivalente con respecto al principio de proporcionalidad, tensión que se vuelve

⁶⁷ Kiss, *Delito de peligro abstracto y bien jurídico*, 2011, p. 259 ss.

⁶⁸ Kiss, *Delito de peligro abstracto y bien jurídico*, 2011, p. 243.

⁶⁹ Esto es: “el comienzo de ejecución del ilícito de lesión marca el límite mínimo e infranqueable de punibilidad”.

irresistible cuando los factores de riesgo ya no justifican intervenir con la libertad de actuar. Comprobado que un grupo de factores de riesgo es demasiado escaso como para justificar el comienzo de ejecución de la tentativa de lesión, tampoco es posible el comienzo de ejecución del delito de peligro concreto. Si aquello que justifica exceptuar la libertad general de acción es la importancia del bien jurídico puesto en peligro y el grado en que su preservación se pone en tela de juicio a través de ciertos factores de riesgo, el adelantamiento de punibilidad ha de concluir necesariamente de modo simultáneo.

Dos normas cuyo quebrantamiento perfecto ocurre frente a un conjunto idéntico de factores (presentes o representados por el autor) que sustentan el pronóstico de daño no pueden derivar normas lindantes que posean distinta extensión. Ambas detienen su adelantamiento y ceden a los reclamos de legitimidad frente a un grado mínimo de riesgo que es equivalente. Esto afecta a ambas normas por separado, es decir, cada una de ellas representa, frente a un grupo insuficiente de factores de riesgo, una restricción irrazonable de la libertad general de acción. Por consiguiente, el comienzo de ejecución de ambas tentativas concurre de manera simultánea, pero independiente.

Como consecuencia práctica de esta verificación surge que para constatar si se ha dado comienzo de ejecución a un delito de peligro concreto el intérprete deberá verificar si, existiendo un tipo de lesión contra el mismo bien jurídico, esa acción habría dado comienzo de ejecución. Si la respuesta es negativa, entonces la acción tampoco comienza la ejecución del delito de peligro concreto. Por ejemplo, para dar comienzo de ejecución a una tentativa de incendio con peligro para la vida de una persona el autor del hecho debe representarse tantos factores de riesgo detonantes de una ley causal natural como los que habrían sido necesarios para dar comienzo a la ejecución de una tentativa de homicidio.

Conclusión: bajo la primera norma lindante que proviene de la tentativa acabada de lesión y bajo la primera norma lindante que proviene de la tentativa acabada del peligro concreto, debe subsumirse un grupo idéntico de factores (o su representación) que sustentan el pronóstico de daño.

6. Delito de peligro concreto como adelantamiento de la “consumación”

Está claro, entonces, que nivel inferior (comienzo de ejecución) y superior (tentativa acabada) de factores de riesgo requeridos en el ilícito de peligro concreto coincide con los requeridos en el ilícito de lesión. La especialidad del delito de peligro concreto radica en dos particularidades: *a.* el tipo penal recoge algunos de los *resultados intermedios* del curso causal orientado a la lesión, y *b.* la consumación no requiere que se produzca la lesión.

¿Qué representa, entonces, lo adelantado en el peligro concreto? La respuesta no es, como lo propone gran parte de la doctrina, un adelantamiento de *punibilidad*.⁷⁰ No hay ningún ámbito de punibilidad que no pueda ya resultar cubierto por una tentativa de lesión, de existir esta última.⁷¹

⁷⁰ Ver por todos BAUMANN/WEBER, *AT*, 9ª ed., 8/42 (con más referencias), también OSTENDORF, «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *JuS*, 1982, p. 426.

⁷¹ Si no existe un tipo de lesión correspondiente, tampoco se puede hablar de “adelantamiento”.

Expresado a modo de conclusión: *lo único “adelantado” en el delito de peligro concreto respecto del de lesión, es la consumación.*

7. Resumen de las conclusiones

a. La tentativa acabada de delito de lesión tiene por objeto un arsenal de factores de riesgo (o su representación), idéntico a la tentativa acabada de delito de peligro concreto.

b. Bajo la primera norma lindante que fundamenta el comienzo de ejecución del delito de lesión y bajo la primera norma lindante que fundamenta el comienzo de ejecución del delito de peligro concreto debe subsumirse un grupo idéntico de factores (o su representación) que sustancian el pronóstico de daño.

c. El delito de peligro concreto no proporciona ningún adelantamiento genuino de punibilidad. Lo único “adelantado” en el delito de peligro concreto respecto del delito de lesión, es la consumación.

8. Bibliografía

ARZT/WEBER (2000), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BAUMANN/WEBER (1985), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 9ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BERZ (1986), *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, Beck, München.

BINDING (1922), *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, Scientia-Verl, Aalen.

DEMUTH (1980), *Der normative Gefahrbegriff: ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Brockmeyer, Bochum.

DENCKER (1992), «Zum Erfolg der Tötungsdelikte - Besprechung des BGH-Urteils vom 12. 2. 1992 - 3 StR 481/81Tötungsdelikte», *NStZ*, (7), pp. 311 y ss.

FELOUTZIS (1984), *Das Delikt der Aussetzung nach deutschem und griechischem Recht: (Paragr. 221 dStGB, Art. 306 grStGB)*, Nomos, Baden-Baden.

FRISCH (1983), *Vorsatz und Risiko*, Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München.

FUENTES OSORIO (2007), *La preparación delictiva*, Comares, Granada.

GRAUL (1990), *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot Berlin.

HARTMANN (1966), *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed., de Gruyter, Berlin.

HORN (1973), *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Schmidt, Köln.

HOYER (1987), *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Klostermann, Frankfurt am Main.

- EL MISMO (1998), «Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote» en LUDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. I, Nomos, Baden Baden, pp. 263 y ss.

KISS (2011), *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- EL MISMO (2010), «Homicidio y lesiones en riña» en PASTOR (ed.), *El sistema penal de las sentencias recientes de la Corte Suprema*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, Cap. III.
- EL MISMO (2009), «Delito de peligro abstracto y bien jurídico» en SCHÖNE (ed.), *El Orden Jurídico-Penal entre Normativa y Realidad*, Mario Viera, Bijupa.

KÜPPER (1988), «Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *ZStW*, pp. 758 y ss.

OSTENDORF (1982), «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *JuS*, pp. 426 y ss.

PUPPE (1980), «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW*, pp. 863 y ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ (2004), *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

SANCINETTI (2003), *Dogmática del hecho punible y ley penal, Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- EL MISMO (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Temis, Bogotá.
- EL MISMO (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, pp. 435 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss.

STRATENWERTH (1995), *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, v. I, 5ª ed., Staempfli, Bern.

STRUENSEE (2009), «Consideraciones sobre el dolo eventual», *Indret* 4/2009.

- EL MISMO (2005), «Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Ed. Intercontinental, Asunción, pp. 69 y ss.

- EL MISMO (2005), «Exposición y abandono de personas, Acotaciones sobre el concepto de peligro concreto y de delito de puesta en peligro en el ejemplo del § 221 del Código penal alemán» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Ed. Intercontinental, Asunción, pp. 293 y ss.

- EL MISMO (1992), *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, Hammurabi.

- EL MISMO (2005), «Tentativa y dolo» en EL MISMO, *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Ed. Intercontinental, Asunción, pp. 93 y ss.

- EL MISMO (1987), «El tipo subjetivo del delito imprudente», *ADPCP*, pp. 443 y ss.

WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., de Gruyter, Berlin.

WESSELS/BEULKE (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 39ª ed., Müller, Heidelberg, München.

WOLTER (1981), *Objektive und personale Zurechnung, Strafrechtliche Abhandlungen*, Tomo 40, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO (1978), «Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht», *Juristische Schulung*, pp. 748 y ss.

ZIELINSKI (1990), *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires.

ZIESCHANG (1998), *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin.