

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

**DELITOS DE PELIGRO,
DOLO E IMPRUDENCIA**

COLECCIÓN AUTORES DE DERECHO PENAL

dirigida por EDGARDO ALBERTO DONNA

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Salta 3464 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CMV Santa Fe

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE SUMARIO

| | |
|--|----|
| Abreviaturas | 7 |
| Nota preliminar..... | 11 |
| Prólogo, por EDGARDO ALBERTO DONNA..... | 13 |
| Prólogo a la edición española, por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA.... | 15 |

INTRODUCCIÓN

LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LOS DELITOS DE PELIGRO Y SU LEGITIMACIÓN COMO ADELANTAMIENTO DE LA PROTECCIÓN PENAL A BIENES ESENCIALES

| | |
|-------|----|
| | 19 |
|-------|----|

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LOS DELITOS DE PELIGRO. EL CONCEPTO DE PELIGRO

| | |
|---|----|
| 1. Concepto y clases de delitos de peligro | 29 |
| 1.1. Delitos de lesión y delitos de peligro..... | 29 |
| 1.2. Delitos de peligro concreto y de peligro abstracto | 30 |
| 1.3. ¿Tipos mixtos? | 34 |

| | |
|--|----|
| 2. Precisiones acerca del concepto de peligro, en especial el peligro concreto | 38 |
| 2.1. La antigua polémica entre la teoría objetiva y la teoría subjetiva | 39 |
| 2.1.1. El concepto subjetivo: El peligro como “hijo de nuestra ignorancia”. Pronóstico <i>ex ante</i> con bases de juicio limitadas. | 39 |
| 2.1.2. Las teorías objetivas: El peligro como posibilidad o probabilidad objetiva de un daño | 42 |
| 2.1.3. Valoración crítica | 45 |
| 2.2. Las modernas propuestas acerca del concepto de peligro en cuanto elemento típico | 48 |
| 2.2.1. Las propuestas de HORN y WOLTER | 49 |
| 2.2.2. Valoración crítica | 52 |
| 2.2.3. El “concepto normativo de peligro”: Las propuestas de SCHÜNEMANN y DEMUTH. El “concepto práctico” de peligro de KINDHÄUSER | 54 |
| 2.3. Toma de postura: El concepto de peligro concreto. | 57 |

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DOLO DE PELIGRO. DELIMITACIÓN FRENTE AL DOLO EVENTUAL Y A LA IMPRUDENCIA CONSCIENTE

| | |
|--|----|
| Introducción | 59 |
| 1. Precisión terminológica acerca de la expresión “dolo de peligro” (<i>Gefährdungsvorsatz</i>). Breves referencias históricas. | 59 |
| 1.1. Dolo de peligro como forma especial de culpabilidad | 60 |
| 1.2. Dolo de peligro como el dolo propio de los delitos de peligro | 64 |
| 2. La delimitación del dolo de poner en peligro frente al dolo eventual | 67 |
| 2.1. El dolo de lesionar, ¿implica necesariamente dolo de poner en peligro? | 67 |

| | |
|---|-----|
| 2.2. ¿Cómo es la relación inversa? ¿Identidad del dolo de peligro y el dolo eventual de lesión? | 70 |
| 2.2.1. Teorías identificadoras del dolo de peligro y el dolo eventual de lesión | 70 |
| 2.2.1.1. Identificación desde la negación del elemento volitivo del dolo | 70 |
| a) Exposición de las diferentes posturas .. | 70 |
| a.1) Las tesis de la doctrina antigua .. | 70 |
| a.2) Las tesis de SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER | 73 |
| a.3) La tesis de ZIELINSKI | 76 |
| b) Valoración crítica | 77 |
| 2.2.1.2. Identificación aun admitiendo el elemento volitivo del dolo | 85 |
| a) La tesis de HORN y WOLTER | 85 |
| b) Valoración crítica | 90 |
| 2.2.1.3. Identificación desde su consideración como una categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia. | 94 |
| 2.2.2. Teorías diferenciadoras entre el dolo eventual de lesión y el dolo de peligro | 96 |
| 2.2.2.1. Diferenciación a partir del elemento volitivo del dolo | 96 |
| a) Exposición de la tesis | 96 |
| b) Valoración crítica | 99 |
| 2.2.2.2. Diferenciación desde una teoría cognitiva pura del dolo | 102 |
| a) Tesis que incluyen en el elemento intelectual una toma de posición del autor. | 102 |
| a.1) La tesis de JAKOBS | 102 |
| a.1.1) Valoración crítica | 104 |
| a.2) La tesis de FRISCH | 106 |
| a.2.1) Valoración crítica | 111 |
| b) Delimitación en el tipo objetivo: La tesis de HERZBERG, BOTTKE y PUPPE .. | 115 |
| b.1) Valoración crítica | 126 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 2.2.3. | Conclusiones acerca de la relación entre el dolo de lesión y el dolo de peligro | 130 |
| 3. | La relación entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión..... | 131 |
| 3.1. | Posturas diferenciadoras entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente | 131 |
| 3.1.1. | Diferenciación en el momento de la representación | 132 |
| 3.1.2. | Diferenciación en el momento volitivo | 135 |
| 3.1.3. | Valoración crítica de las posturas diferenciadoras... .. | 136 |
| 3.2. | Posturas identificadoras del dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión | 141 |
| 3.2.1. | Doctrina antigua: Teoría de la imprudencia como “voluntad de poner en peligro”. Delitos de peligro como actuaciones imprudentes sin resultado | 143 |
| 3.2.2. | Imprudencia y peligro en la doctrina moderna. La infracción del cuidado objetivo como núcleo del injusto imprudente. Las modernas tesis negadoras del papel del resultado en el injusto imprudente. | 148 |
| a) | La aportación de ENGISCH..... | 148 |
| b) | La aportación del finalismo..... | 150 |
| c) | La “perspectiva <i>ex ante</i> ” de MIR | 156 |
| 3.2.3. | Valoración crítica de las posturas identificadoras. Toma de postura | 159 |
| a) | Afirmación de la esencial conexión entre delitos de peligro y delitos imprudentes: delitos de peligro como “tentativas” de delitos imprudentes | 159 |
| b) | Rechazo de las posturas negadoras del papel del resultado en el injusto | 160 |
| c) | Toma de postura | 167 |
| 3.3. | Conclusiones acerca de la relación entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente respecto de la lesión | 170 |

CAPÍTULO TERCERO

EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

I. SECCIÓN PRIMERA

OBJETO Y ESTRUCTURA DEL DOLO DE PELIGRO

| | |
|--|-----|
| | 173 |
| 1. Objeto del dolo de peligro (en los delitos de peligro concreto) | 175 |
| 1.1. Peligro como resultado típico equiparado a la lesión | 175 |
| 1.2. ¿Delitos de peligro concreto como delitos cualificados por el resultado? | 182 |
| 1.2.1. Defensores de esta tesis | 182 |
| 1.2.2. Rechazo del peligro como cualificación por el resultado | 184 |
| 1.2.3. Toma de postura | 187 |
| 2. Estructura del dolo de peligro | 194 |
| 2.1. Precisión del elemento cognitivo | 196 |
| 2.2. El elemento volitivo en el dolo de peligro | 201 |
| 3. Clases de dolo de peligro. La polémica acerca del dolo eventual de peligro | 204 |
| 3.1. La discusión en la doctrina antigua | 205 |
| 3.2. La discusión en la doctrina moderna | 208 |
| 3.2.1. La discusión en el seno de la Gran Comisión | 208 |
| 3.2.2. La discusión posterior | 211 |
| 3.3. Valoración crítica y toma de postura | 213 |
| 4. Conclusiones acerca del objeto y estructura del dolo de peligro | 221 |

II. SECCIÓN SEGUNDA

LA IMPRUDENCIA EN LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO

| | |
|-------|-----|
| | 223 |
|-------|-----|

| | |
|--|-----|
| 1. La relación entre la infracción del cuidado debido referida a la lesión y a la puesta en peligro..... | 223 |
| 1.1. ¿Identidad de contenido de la imprudencia respecto de la lesión y la puesta en peligro? La tesis de HORN..... | 224 |
| 1.2. Valoración crítica y toma de postura..... | 225 |
| 2. Clases de imprudencia en los delitos de peligro concreto. ¿Imprudencia consciente e imprudencia inconsciente? La relevancia de la conciencia del peligro en la imprudencia..... | 228 |
| 2.1. Posturas que diferencian entre imprudencia consciente e inconsciente..... | 228 |
| 2.2. Rechazo de la imprudencia consciente en los delitos de peligro concreto..... | 229 |
| 2.3. Toma de postura..... | 230 |
| 3. Objeto y estructura del tipo imprudente en los delitos de peligro..... | 237 |
| 3.1. Concreción de la infracción del deber objetivo de cuidado: Realización de la acción típica peligrosa..... | 239 |
| 3.2. No conciencia del peligro concreto..... | 246 |
| 3.3. Presupuestos de la infracción del deber: Posibilidad y exigibilidad del conocimiento del peligro..... | 247 |
| 3.4. Doble momento del desconocimiento..... | 249 |
| 4. ¿Punibilidad de la comisión imprudente de los delitos de peligro concreto?..... | 253 |
| 4.1. Exposición y crítica de las tesis en contra de la punición de los delitos de peligro imprudentes..... | 255 |
| 4.1.1. Exigencia de “mal efectivo” interpretado como resultado lesivo..... | 255 |
| a) Exposición de la tesis..... | 255 |
| b) Valoración crítica..... | 257 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 4.1.2. | Rechazo de la comisión culposa por considerar que se trata de infracciones en sí mismas culposas | 260 |
| a) | Exposición de la tesis | 260 |
| b) | Valoración crítica | 265 |
| 4.1.3. | Exclusión derivada del sistema de penas vigente | 266 |
| a) | Exposición de la tesis | 266 |
| b) | Valoración crítica | 268 |
| 4.2. | Precisiones en torno a la comisión imprudente. Consideraciones de política criminal y <i>de lege ferenda</i> | 268 |
| 4.2.1. | Supuestos excepcionales de no punición de la comisión imprudente | 269 |
| 4.2.2. | Regla general: punibilidad de la comisión imprudente. Excepciones | 273 |
| 4.2.3. | Propuesta <i>de lege ferenda</i> | 276 |
| 5. | Conclusiones acerca de la comisión imprudente de los delitos de peligro concreto | 278 |

CAPÍTULO CUARTO

EL TIPO SUBJETIVO EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

| | | |
|-------|--|-----|
| | 281 | |
| 1. | Dogmática tradicional de los delitos de peligro abstracto: Las teorías del peligro general y del peligro abstracto (presunción del legislador) | 282 |
| 1.1. | La teoría de la peligrosidad general | 283 |
| 1.2. | La teoría de la peligrosidad abstracta | 285 |
| 1.3. | El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto según esta concepción | 290 |
| 1.4. | Valoración crítica | 292 |
| 2. | Propuestas críticas | 297 |
| 2.1. | Reconducción a los delitos de lesión o de peligro concreto | 297 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 2.1.1. | El peligro como lesión <i>sui generis</i> : la tesis de BINDING y la propuesta de KINDHÄUSER | 297 |
| 2.1.1.1. | La tesis de BINDING | 297 |
| 2.1.1.2. | La tesis de KINDHÄUSER. Propuestas próximas | 299 |
| 2.1.1.3. | Valoración crítica | 311 |
| 2.1.2. | La tesis de RABL y SCHRÖDER: la presunción refutable | 316 |
| a) | Exposición de la tesis | 316 |
| b) | Valoración crítica | 318 |
| 2.1.3. | La tesis de CRAMER | 320 |
| a) | Exposición | 320 |
| b) | Valoración crítica | 322 |
| 2.2. | Propuestas centradas en el desvalor de acción: la “peligrosidad” como elemento característico de estos delitos | 325 |
| 2.2.1. | La tesis de VOLZ: la “asunción del riesgo” (<i>Risikoeingehen</i>) | 326 |
| a) | Exposición | 326 |
| b) | Valoración crítica | 329 |
| 2.2.2. | La reconducción a la imprudencia: peligrosidad abstracta como infracción del deber de cuidado | 332 |
| 2.2.2.1. | Las tesis de RUDOLPHI, HORN, BREHM y SCHÜNEMANN | 332 |
| 2.2.2.2. | La tesis “dualista” de WOLTER | 337 |
| 2.2.2.3. | Valoración crítica | 339 |
| 2.3. | La exigencia de peligrosidad como desvalor de acción: su configuración como delitos de peligrosidad | 343 |
| 2.3.1. | Con eficacia meramente negativa | 344 |
| 2.3.2. | Como elemento constitutivo del injusto | 346 |
| 2.3.3. | Valoración crítica | 349 |
| 3. | Posición personal | 351 |
| 3.1. | Delitos de peligrosidad: lo relevante es la peligrosidad <i>ex ante</i> de la conducta | 351 |

| | |
|---|------------|
| 3.2. Necesidad de diferenciar clases de delitos de peligro abstracto en función de la clase de bien jurídico protegido | 352 |
| 3.3. La reconducción a la imprudencia en los supuestos de protección de bienes individualizables o determinables | 359 |
| 3.3.1. Imputación subjetiva de la infracción del cuidado en el delito doloso..... | 365 |
| 3.3.2. La imputación subjetiva de la infracción del cuidado en el delito imprudente..... | 376 |
| 4. Rechazo de la automatización y el “estricto cumplimiento de las normas” en materia de tráfico. Análisis del artículo 340 bis a. | 380 |
| 5. Conclusiones acerca de los delitos de peligro abstracto..... | 397 |
| BIBLIOGRAFÍA | 401 |