

LAURA MIRAUT MARTÍN

LA IMPLICACIÓN DEL CONCEPTO DE PROBABILIDAD EN EL DERECHO

Editorial

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA ÁVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Laura Miraut Martín

LA IMPLICACIÓN DEL CONCEPTO DE PROBABILIDAD EN EL DERECHO

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición,  Ediciones Laborum S.L., 2023

ISBN: 978-84-19145-64-2

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2023

© Copyright del texto, Laura Miraut Martín, 2023

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por la autora en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

ÍNDICE

I. EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO JURÍDICO E HIPÓTESIS DE PROBABILIDAD.....	7
II. LA APLICABILIDAD JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE PROBABILIDAD	25
II.1. LA NOCIÓN DE PROBABILIDAD	25
II.2. EL ÁMBITO JURÍDICO DE LA PROBABILIDAD.....	35
III.LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO VIGENTE	41
III.1. EL DERECHO COMO PREDICCIÓN.....	41
III.2. EL DERECHO COMO FUNDAMENTO REAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	51
III.3. LA INCONSISTENCIA DE LA CRÍTICA FORMALISTA A LA CONCEPCIÓN PROBABILISTA DEL DERECHO.....	55
III.4. LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LOS ESTÁNDARES JURÍDICOS	62
IV. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO JURÍDICAMENTE RELEVANTES.....	65
IV.1. LA PROBABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO	65

IV.2. LA PROBABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN REPRESIVA DEL DERECHO	72
IV.2.1. La prevención jurídica frente al riesgo	72
IV.2.2. El concepto de peligro	85
IV.2.2.1. Teorías subjetivas. El peligro como ente de la razón	90
IV.2.2.2. Teorías objetivas. El peligro como entidad objetiva.....	97
IV.2.2.3. Teorías objetivo-subjetivas. Una concepción ecléctica.	104
IV.2.2.4. Predominio de la concepción objetiva. El peligro como relación de posibilidad cualificada o de probabilidad.....	112
IV.2.3. La distinción entre infracciones jurídicas de peligro concreto y de peligro abstracto	151
V. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DAN POR JURÍDICAMENTE CIERTOS	165
BIBLIOGRAFÍA.....	183

I. EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO JURÍDICO E HIPÓTESIS DE PROBABILIDAD

Los intentos de fundamentar científicamente al derecho chocan con un obstáculo insuperable si se parte de un concepto demasiado restringido de ciencia. En el mundo del derecho es absolutamente ilusorio buscar los principios de precisión y de exactitud y de verificación que caracterizan a las ciencias naturales, porque al intervenir la actividad humana en cada uno de los procesos jurídicos sus resultados se hacen en muy amplia medida impredecibles. El proceso de creación del derecho puede conducir a resultados insospechados porque las normas jurídicas las hacen seres humanos con intereses específicos y con criterios de valor muy diferentes, que además no se pueden adivinar de antemano pero que inevitablemente van dejando su huella en las distintas fases del mismo.

No se descarta en absoluto que el resultado final del proceso de producción de normas jurídicas sea contradictorio con la propia intención del legislador. Este puede no haber calculado certeramente el sentido de las disposiciones que incorpora al ordenamiento jurídico, ya directamente porque la norma no es en principio idónea para generar el efecto concreto que se pretende, ya porque los destinatarios de la misma la captan con un significado distinto por las razones que fueren al significado que

parece desprenderse a primera vista del tenor literal de las construcciones lingüísticas utilizadas. Por esa misma razón cabe perfectamente que se dé la situación de que la norma que nace con la intención de ofrecer la respuesta jurídica adecuada a un problema social determinado pueda en última instancia no ofrecerlo, e incluso ofrecer una respuesta que agrave de manera significativa la situación que se pretende con ella resolver, o que genere en último término problemas adicionales que no compensen los avances que se pudieran detectar en orden a la eventual realización del objetivo propuesto inicialmente.

En ese sentido el proceso de creación normativa está muy lejos de moverse en el deseable ámbito de la seguridad y precisión de los resultados en la concatenación entre los presupuestos de hecho que se toman en consideración y las consecuencias que a la hora de la verdad van a derivar de la entrada en vigor de la norma jurídica de que se trate. No podría en este sentido hablarse de una respuesta normativa científicamente correcta al problema planteado, en el sentido más estricto que puede asumir la referencia al conocimiento científico. O, por lo menos, no se puede garantizar que la respuesta normativa adoptada para el caso en cuestión pueda merecer la consideración de respuesta científica en el sentido expresado.

Los procesos de interpretación y aplicación del derecho se supone que deben necesariamente acogerse a los dictados de la regulación jurídica porque el juez está obligado a fundamentar su sentencia en alguna de las muy variadas disposiciones que conforman el sistema jurídico. El juez no es, desde luego, libre de resolver los supuestos que ante él se presentan con arreglo a un criterio propio que pudiera eventualmente llegar a separarse de lo que dice el conjunto del ordenamiento jurídico. Al contrario, está expresamente obligado a motivar el sentido de las sentencias que dicta indicando cuál o cuáles son las concretas normas jurídicas que justifican

el sentido de su decisión y cuál es el criterio que le lleva a la elección de la norma o normas de que se trate y a vincular los hechos que constituyen el meollo del caso con el contenido específico de las referidas normas. Pero el significado de las normas jurídicas elegidas para funcionar como fundamento de la resolución judicial lo fijan en realidad los propios jueces, que son también quienes deciden que los hechos que se les presentan encajan a su vez en una previsión normativa o en otra.

La condición humana de los órganos judiciales impone esa inevitable carga de imprevisibilidad. Eso no exime en absoluto al órgano judicial de su inexcusable deber de aplicar la ley en el desarrollo de su función. Pero una cosa es el deber del juez de aplicar el sistema jurídico vigente, y otra cosa muy diferente es el significado concreto que el mismo puede atribuir a los distintos elementos normativos que integran el ordenamiento jurídico y a su posible vinculación con el supuesto que reclama el dictado de la correspondiente sentencia judicial.

La condición personal del juez se proyecta inevitablemente a lo largo de todo el proceso de aplicación del derecho, convirtiendo en indescifrable de antemano el sentido último de su decisión. No podría ciertamente hablarse de una aplicación científica del derecho por parte del correspondiente órgano judicial si asumimos la acepción más restringida que se atribuye en general a la idea del conocimiento científico. De hecho, más allá de la función garantista con respecto a la idea de la efectiva vinculación del órgano judicial al sistema jurídico vigente, la propia exigencia de la motivación judicial constituye una proyección del carácter no evidente de la decisión que supuestamente aplica el derecho¹.

1 FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., “Teoría de la legislación y actividad judicial”, en L. Martínez Roldán, J.A. Fernández Suárez, M. L. Suárez Llanos, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 321: “La exigencia de motivación, o de justificación si se prefiere la expresión, significa que las decisiones judiciales no son ni evidentes (pues si lo fueran no sería

El resultado del proceso de obediencia al derecho o de seguimiento de las normas jurídicas por parte de los ciudadanos es también una incógnita en principio indescifrable porque nadie puede saber de antemano si una determinada norma jurídica va a ser obedecida por un ciudadano cualquiera, y, si lo va a ser efectivamente, nadie puede saber de antemano tampoco cuál es exactamente el significado que el que obedece la norma jurídica en cuestión le atribuye a ésta, es decir, cuál es el mandato normativo concreto que él mismo decide obedecer en el caso.

En este sentido con el destinatario de las normas jurídicas sucede algo semejante a lo que sucede con el juez. El ciudadano está desde luego tan comprometido con el sistema jurídico, tan obligado a cumplir el contenido de las normas jurídicas como lo está el juez. Pero no hay ninguna garantía de que el destinatario vaya efectivamente a obedecerlas, bien porque el ciudadano decide voluntariamente separar su concreto comportamiento del modelo previsto en la norma jurídica, bien porque atribuye a las palabras de la ley un significado diferente al que comúnmente se les atribuye, diferente también al que en su caso le habría querido atribuir el propio legislador. Cabe también que una misma disposición jurídica dictada con la intención de ser igualmente obligatoria para todos los destinatarios de la misma suscite un sentimiento de obligación muy diferente entre ellos al resultar igualmente diferentes los condicionantes personales de cada uno de ellos.

En cualquier caso, la identificación del derecho en el mundo del deber ser le separa inevitablemente de la estricta atención a los hechos y del proceso de verificación empírica que caracterizan a la idea del

necesario aportar razones o justificaciones) ni arbitrarias (quien actúa de ese modo no da razones, prescinde de justificaciones). Motivar una decisión es sinónimo de justificarla, de aportar las razones que sostienen dicha solución. El exigir a los jueces que argumenten o razonen sus decisiones es una forma de intentar conciliar la inevitable presencia de juicios de valor con un mínimo de seguridad jurídica”.

conocimiento científico entendido en su sentido más fuerte. No hay en principio ninguna seguridad de que el destinatario de la norma jurídica en cuestión vaya a ajustar su comportamiento al modelo de conducta previsto por ella misma. El derecho podrá estimular mediante la previsión de la imposición de sanciones ese ajustamiento de la conducta del destinatario al modelo de conducta propuesto, pero no puede en ningún caso garantizar que se produzca efectivamente el referido ajustamiento. Y ello no solo porque le cabe siempre al destinatario la posibilidad de separarse voluntariamente del modelo propuesto por el legislador, asumiendo en su caso la previsible imposición por parte del órgano judicial o en su caso del órgano administrativo de las correspondientes sanciones. También porque no hay ninguna garantía de que el destinatario en cuestión vaya a asumir el contenido del imperativo normativo que se presenta ante él en el sentido concreto que pretende el legislador atribuir a las proposiciones lingüísticas que componen en cada caso el contenido de las disposiciones normativas.

En definitiva, el derecho funciona sobre la base de normas elaboradas con el objetivo de solucionar problemas concretos, de resolver situaciones que en general se consideran inaceptables, o, por lo menos, susceptibles de experimentar mejoría. Normas que se pretende que resulten vinculantes tanto para el ciudadano como para el juez. El primero deberá adecuar su comportamiento al modelo de conducta propuesto. El segundo deberá imponer la consecuencia negativa prevista expresamente por el sistema jurídico para el caso de incumplimiento por parte del ciudadano del modelo de conducta propuesto.

No podría ciertamente desarrollar la norma jurídica su función específica si no realizaran los destinatarios del derecho el cometido que se les impone o si el juez no respondiera adecuadamente los supuestos de incumplimiento de los modelos de conducta propuestos con la aplicación de las consecuencias previstas para el mismo. El problema es que no hay

garantía absoluta de que ni el legislador, ni el ciudadano en general, ni tampoco el juez, vayan a cumplir en sus términos más absolutos el papel que a cada uno de ellos se les supone.

Nos encontramos en este sentido muy alejados del modelo de conocimiento científico específico del positivismo. Éste presupone la estricta observación de los hechos, asumiendo que solo tendrá la consideración de dato científico aquel que resulte empíricamente verificable. Las notas de la precisión, exactitud, verificación empírica, representan en este sentido el núcleo de la concepción positivista de la ciencia, que aparentemente resulta desde luego inaplicable al mundo jurídico. No puede haber conocimiento científico desde la perspectiva de la concepción positivista en un ámbito inevitablemente dominado por la imprevisión e inseguridad de los resultados.

Sin embargo, lo impredecible de los resultados de todos estos procesos jurídicos no impide que hoy en día esté muy aceptada la idea general de que el derecho es una ciencia, aunque sea de un tipo muy diferente a lo que se entiende por ciencia cuando nos movemos en el ámbito de las ciencias naturales². Esto es así en parte porque al ser normalmente los juristas los

2 Hay que señalar, sin embargo, que en la actualidad el debate sobre el carácter científico del conocimiento sobre el derecho puede considerarse como un debate fundamentalmente abierto. En él se ofrece a la idea general de que el conocimiento del derecho es una ciencia las alternativas de que se presenta como una técnica o de que constituye una tecnología. Una manifestación de este debate ha tenido lugar en las páginas del número 3 de la revista DOXA (1986), entre Roberto Vernengo y Manuel Atienza. El debate partía de la exposición de ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Introducción al derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1985, págs. 274 y ss. Su desarrollo en VERNENGO, Roberto José, "Ciencia jurídica, técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?", en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, págs. 289 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo", en *op. ult. cit.*, págs. 297 y ss., y VERNENGO, Roberto José, "Réplica a la respuesta de M. Atienza", en *op. ult. cit.*, págs. 313 y ss. Se incorporó también al debate HABA MÜLLER, Enrique Pedro, "Sobre el derecho como técnica o tecnología. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico", en DOXA,

que estudian el derecho³ es muy fácil sucumbir a la tentación de atribuir al derecho esa “especie de timbre de honor”⁴ que supone calificar como

Cuadernos de Filosofía del Derecho, núms. 17-18, 1995, págs. 491 y ss. Una exposición general de una parte de esta polémica puede encontrarse en FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, Encarnación, “Sobre los saberes jurídicos. Ciencia del derecho, ciencias jurídicas, sociología del derecho, filosofía del derecho”, Apéndice a Javier De Lucas (editor), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1992, págs. 409-412.

- 3 Esto no quiere decir que no pueda admitirse un conocimiento externo del derecho, esto es, un análisis del derecho realizado por quienes no tienen la condición de jurista ni están tampoco preparándose de ninguna manera para acceder a ella. Pero en general el derecho es un mundo muy cerrado en sí mismo que como dice PRIETO SANCHÍS, Luis, “Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales”, en Jerónimo Betegón Carrillo, Marina Gascón Abellán, Juan Ramón de Páramo Argüelles, Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Me Graw-Hill, Madrid, 1997, pág. 4, “tiene algo de arcano e indescifrable”.

Su conocimiento profundo requiere una formación especializada en la complejidad de su objeto, sobre todo en lo que concierne a su estructura, al significado de sus elementos y al procedimiento que lleva al dictado de la decisión jurídica. Esta rigidez se presenta también en relación a los análisis del derecho como hecho social que se manifiesta en su evolución temporal (historia del derecho) y en su integración en el marco global de los hechos sociales (sociología del derecho) porque se supone que, en ambos casos, para saber cómo opera el derecho en el conjunto de la vida social y para comprender el sentido de su evolución, es necesario conocer previamente en qué consiste la realidad jurídica. Algunos estudiosos del hecho social que constituye el derecho subrayan, sin embargo, la necesidad de disponer de un conocimiento preciso del marco general en el que se presenta el derecho para captar el papel que representa en él, tanto si se trata del marco histórico como del marco social. En estos casos el derecho no es el centro de atención, no es ya estudiado como un hecho que se da en la historia y en el conjunto de los demás hechos sociales, sino como un elemento más, entre otros, que ayuda a comprender la historia general y el conjunto de los fenómenos sociales. Asumiendo así la clasificación del conocimiento jurídico científico que realiza DE CASTRO CID, Benito, “Teoría del Derecho”, en Antonio Fernández Galiano, Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1995, págs. 247 y ss., entre las ciencias jurídicas normativo sistemáticas, las ciencias jurídicas lógico-sistemáticas y las ciencias jurídicas fáctico-sistemáticas puede decirse que, en líneas generales, los dos primeros tipos de la clasificación tienen la condición de conocimiento interno del derecho, mientras que el tercer tipo la tiene sólo de conocimiento prioritariamente interno.

- 4 NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, págs. 12-13: “La palabra ciencia tiene, como muchas otras, al lado de su significado cognoscitivo, cuyas dificultades acabamos de analizar. un significado emotivo definido. Su aplicación a

científica a cualquier actividad, en este caso a la actividad cognoscitiva sobre el objeto de su actividad profesional. Pero en parte también porque los procesos jurídicos y, por consiguiente, también los resultados a que conducen los procesos jurídicos son datos de la experiencia, lo que permite al conocimiento del derecho beneficiarse también de manera indirecta del prestigio que generalmente se atribuye a los conocimientos que operan sobre datos empíricos. Roberto Vernengo resalta certeramente la influencia del prestigio del conocimiento empírico sobre la metodología de la ciencia del derecho con estas palabras: “Tener al derecho (tanto al abstracto ente al que dice dedicar sus esfuerzos la teoría general del derecho y la jurisprudencia filosófica, como los concretos ordenamientos jurídicos nacionales que estudian las ciencias dogmáticas corrientes) como objeto de un conocimiento científico empírico presupone que algún tipo de experiencia se da del hecho del derecho; presupone que el derecho y sus avatares son hechos. Ciertamente es que tesis semejante no es por lo común expresa... Resulta, sin embargo, que tan grande es el prestigio de todo conocimiento que pueda fundarse en la experiencia, que aun los científicos que se mueven dentro de un racionalismo normativo estricto no sólo dejan resquicios en sus construcciones para ciertos datos que reconocen como

una actividad despierta reacciones claramente favorables en la gente. Es una especie de timbre de honor que se le otorga a una actividad... Las actividades que entran en el núcleo central de la denotación de esta palabra son objetos de admiración y reverencia; esa reacción favorable se transmite de esas actividades a la palabra ciencia y luego a cualquier otra actividad que se abarque con ese nombre. No es dudoso entonces que las controversias acerca del carácter científico de una actividad no son meras disputas verbales, sino que encubren una fuerte y angustiosa discrepancia sobre la jerarquía, transcendencia y utilidad de esa actividad, y sobre la posición social de los que la ejercen”.

En un sentido semejante señala CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pág. 66, que: “Una tesis científica sugiere respeto. El término ciencia aparte de su significado descriptivo provoca reacciones emotivas positivas. La pregunta por el estatuto científico de la Jurisprudencia se hace con el objetivo de condecorarla o de condenarla”.

puramente empíricos. sino que pretenden para sus teorías una validez teórica no menor que la reconocida a las ciencias de hechos”⁵.

Podría ciertamente asumirse que la ciencia jurídica es, en cierto modo, una ciencia empírica en el sentido de que versa sobre hechos de distinta naturaleza como son las propias normas jurídicas, los comportamientos humanos que son objeto de regulación por parte de las normas jurídicas, las circunstancias que toman éstas en consideración a la hora de atribuir las consecuencias jurídicas a quienes perpetran las conductas que vulneran el orden jurídico, o que se consideran conformes con el mismo, las acciones procedimentales que llevan a la integración de cada una de las normas en el ordenamiento jurídico, el propio hecho del poder de dictar las normas, de crear derecho, en definitiva, etc...⁶ Estos hechos no son asimilables directamente a los hechos que se toman en consideración al describir simplemente acontecimientos⁷, precisamente porque son hechos que deben ser insoslayablemente entendidos en el contexto de la explicación jurídica, como hechos cuya manifestación adquiere un sentido jurídico propio en la perspectiva específica de la norma jurídica que los contempla⁸. El propio carácter fáctico de la atribución de significado al lenguaje expresado por las

5 VERNENGO, Roberto J., *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1973, págs. 9-10.

6 PECES BARBA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1983, págs. 296-297, señala a este respecto que las reglas de comportamiento que componen el objeto de la ciencia del derecho “se refieren a comportamientos reales, susceptibles de conocimiento empírico, de experiencia, que son su contenido formado por vida humana social, y en última Instancia su origen y su fundamento es un hecho empírico, el hecho del poder, que llamamos hecho fundante básico. Por esa razón debemos situar a la ciencia del Derecho entre las ciencias empíricas y no entre las ciencias formales”.

7 VERNENGO, Roberto J., *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, cit., pág. 10.

8 En este sentido señala PECES BARBA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 293, que “lo que diferencia al derecho de otras ciencias que se refieren a comportamientos es que los estudia desde las normas que los regulan, y no, al menos en la mayor parte de los supuestos, directamente”.

diferentes normas jurídicas permitiría también hablar en algún sentido de una ciencia jurídica interpretativa⁹.

Los hechos se producen desde luego, en el terreno fáctico, de los acontecimientos que se dan en el mundo de la naturaleza, y como tales pueden desde luego ser objeto de observación, medición y verificación, pero el sentido que ellos adquieren como elementos componentes de la realidad jurídica no puede ser aprehendido en su totalidad con los simples instrumentos de análisis propios de las ciencias de la naturaleza. Porque el sentido de los hechos contemplados en los enunciados normativos e incluso el sentido de los hechos que dan origen a las normas jurídicas no tiene una realidad física que pueda ser percibida de manera tangible en el mundo fáctico-natural, sino que requiere la concurrencia efectiva de otro tipo de consideraciones. Las consideraciones que hacen de la ciencia jurídica un conocimiento de carácter no exclusivamente empírico ni experimental.

Seguimos en este punto a Karl Larenz cuando indica que: “Los enunciados sobre la validez (o no validez), así como sobre el contenido (contenido de sentido) de las normas jurídicas, no son enunciados sobre hechos perceptibles. accesibles a la observación y experimentalmente corroborables. Para la elaboración de una ley se requieren también ciertamente determinados sucesos perceptibles: tienen que reunirse los miembros de la asamblea legislativa y otorgar su aprobación o desaprobación; tienen que contarse los votos y tiene que constatarse la mayoría. Pero todo ello es sólo el aspecto externo de un suceso cuya relevancia jurídica sólo resulta de si tiene el sentido (para aquellos que han participado en él y para aquellos a quienes se dirige) de ser un acto de legislación. Sólo cuando el observador ha captado este sentido del suceso, lo que únicamente es posible

9 SCHIAVELLO, Aldo, “Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2014, págs. 193-217.

sobre la base de una experiencia jurídica ya existente, puede plantear la pregunta ulterior con la que la mayoría de las veces comienza la actividad de los juristas: la de si este acto y su contenido (la ley aprobada) cumple todas las condiciones establecidas en la Constitución para que una ley sea válida. La respuesta (afirmativa o negativa) a esta pregunta no es el resultado de una observación fáctica. sino el resultado de un examen normativo en el cual el suceso comprendido ya en el sentido intentado (el sentido del acto) ha de ser medido por el sentido de las normas al efecto competentes, que, por su parte, se presuponen válidas, y enjuiciado de acuerdo con ello”¹⁰.

En este punto la respuesta al enigma del carácter científico o no científico del tipo de conocimiento que habitualmente se reconoce como ciencia del derecho relativiza considerablemente la importancia que se le suele atribuir por parte de los estudiosos del derecho. En un mundo que se plantea ya directamente si “¿existe una concepción científica de la ciencia?”¹¹ o si “¿es todavía científica la ciencia?”¹² preguntarse por la científicidad de la ciencia del derecho supone únicamente reconocer que hay un determinado saber jurídico, un tipo de conocimiento que toma por objeto al derecho, que goza de un reconocimiento suficientemente amplio para asumir, al menos entre la comunidad de los juristas, semejante denominación lo cual es ajeno por completo a cualquier consideración de orden cognoscitivo¹³.

10 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción al castellano de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pág. 185.

11 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, cit., pág. 65.

12 OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1996, pág. 39.

13 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, cit., pág. 67: “Discutir si la jurisprudencia es una ciencia o no puede tener interés desde el punto de vista político como ataque o defensa del poder de la comunidad dogmática. Ahora bien, desde el punto de vista cognoscitivo carece de interés. El impulso de una Investigación viene determinado por el rendimiento explicativo y no por la definición”.

Pero ello no supone en absoluto que este saber disponga de propiedades esenciales que permitan la atribución de esta caracterización, porque no puede precisamente decirse que existan propiedades peculiares de la ciencia¹⁴ al ser éste un atributo radicalmente relativo, que no permite la realización de afirmaciones tajantes acerca del carácter científico o no científico de los diferentes tipos de conocimiento¹⁵.

Por otro lado, la autosuficiencia de los estudiosos del derecho desde la perspectiva de la dogmática jurídica los ha llevado con mucha frecuencia a ignorar la existencia de cualquier otro método de conocimiento del derecho que pudiera merecer, con tanta o mayor legitimación que la dogmática jurídica, el calificativo de científico. La teorización de la pureza del derecho ha desembocado así en la caracterización como saber científico por excelencia de un tipo de conocimiento sobre el derecho ajeno en

14 Aunque sí puede hablarse de propiedades que son más comúnmente interpretadas como propiedades que acompañan a los saberes científicos y, en este sentido, con mayor o menor intensidad, en cualquier caso de manera no necesaria, caracterizan a éstos. Así, por ejemplo, OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, cit., pág. 39, señala que: “Para el hombre de la calle hablar de ciencia equivale hoy a hablar de verdad, certeza, exactitud, sentido crítico, eficacia... Se ha acostumbrado a ver en el científico al hombre mayor de edad, capaz de dominar su propio destino y de ofrecer a sus iguales un mañana siempre mejor”. También CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, cit., págs. 65-66: “Se puede hablar de propiedades que suelen acompañar a los saberes científicos, pero no necesariamente. Por ejemplo, una disciplina que observe, experimente, mensione, haga generalizaciones abstractas, puede ser considerada científica con sólidos argumentos en su favor. Pero es fácil encontrar contraejemplos. La geometría no experimenta, la matemática no contrasta con la experiencia y, sin embargo, las consideramos ciencias. En el campo de las ciencias factuales, el recurso, en última instancia, a la experiencia se considera condición necesaria, aunque no suficiente”.

15 En este sentido señala CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *op. ult. cit.*, págs. 66-67, que: “El término ciencia tiene una zona de uso indubitado y una zona de penumbra. Por ejemplo, la física corresponde a la primera zona, mientras que la dogmática a la segunda. La distinción entre ciencia y no ciencia no es clara. No existe un criterio que permita establecerla de una vez por todas. En el caso de que se utilice uno tendrá carácter dogmático o convencional... Creo que la distinción entre ciencia y no ciencia no es rígida, y que la diferencia es de grado”.

realidad a las propiedades más comúnmente reconocidas a la ciencia, que sí se dan, sin embargo, o por lo menos sí se dan en mayor medida que en el caso de la dogmática jurídica, en otros métodos diferentes de conocimiento del derecho, como pueden ser la sociología jurídica, la historia del derecho, la antropología jurídica, etc... Tiene razón en este punto Oscar Correas Vázquez cuando afirma que: “Los filósofos analíticos, en la búsqueda de la certeza en la descripción de normas, han llegado a suponer que la llamada dogmática jurídica es la única ciencia posible respecto del derecho. Les asusta la posibilidad de otras ciencias. Y, mucho más aún, la sola sospecha de que, para describir una norma, sea necesario, precisamente, hacer alguna observación empírica, sociológica... El temor a la contaminación de la pureza de su pretendida ciencia, con observaciones de la realidad, es tanto más extraña cuando su convicción es positivista; esto es, comprometida con la realidad”¹⁶.

En todo caso, sea como sea, admítase o no la posibilidad de otras ciencias jurídicas distintas a la jurisprudencia que pudieran reivindicar con la misma e incluso con mayor legitimidad el pretendido título científico, lo cierto es que la jurisprudencia resulta habitualmente caracterizada como ciencia del derecho y que la inevitable aceptación, tal como antes proponíamos, de un concepto relativo o gradual de ciencia hace perfectamente admisible esta caracterización. Pero la peculiaridad que supone la incorporación como uno de los hechos del derecho de la idea de sentido jurídico de cada uno de los hechos que se toman en consideración o participan en la creación de las normas jurídicas proporciona a la ciencia del derecho una identidad absolutamente singular entre todos los demás tipos de conocimiento que han merecido el calificativo de científicos, al estar directamente excluida de ella cualquier consideración numérica o cuantificable.

16 En este sentido CORREAS VÁZQUEZ, Oscar, *Metodología Jurídica. Una introducción filosófica*, Editorial Fontamara, México, 1997, pág. 163.

Esta idea fue vista certeramente por Karl Larenz al señalar que: “Las cuestiones relativas al sentido no pueden contestarse ni mediante la observación experimental ni mediante la medición o numeración. La jurisprudencia no trata de lo cuantificable. Quien vea el signo distintivo de la ciencia en que ésta procure elaborar sus objetos de tal modo que éstos sean medibles, y, debido a ello, los resultados de la ciencia sean matematificables, tiene que excluir de antemano del campo de las ciencias a la jurisprudencia, pero también a muchas otras ciencias, que no proceden, o no exclusivamente, a la manera de las ciencias naturales”¹⁷. En un sentido semejante se ha manifestado también dentro de la filosofía del derecho española Marcelino Rodríguez Molinero cuando indica que: “La ciencia del derecho es por tanto una verdadera ciencia aunque no verse sobre hechos, sino sobre normas. El gran fallo de la argumentación consiste en aceptar el concepto positivista de ciencia y en consecuencia estimar que sólo puede existir verdadera ciencia sobre hechos constatables por la experiencia, y no en cambio sobre ideas, sobre valores, sobre normas. Pero la ciencia no puede ser reducida a lo cuantificable, medible y numerable. Quien esto hiciera tendría que excluir del campo de las ciencias a la mayoría de éstas y más concretamente a las llamadas ciencias sociales, que tienen como objeto de estudio la conducta humana en cuanto tiene sentido”¹⁸.

Al ser los hechos que toman en consideración y que integran el derecho hechos de naturaleza especial por llevar en buena medida incorporada la idea del sentido jurídico, no pueden ser verificados en el mismo sentido que lo pueden ser los hechos que se producen en el marco de las específicas coordenadas del mundo natural. En esto no se diferencia, ciertamente, la llamada ciencia del derecho de las demás ciencias sociales, que quedan igualmente excluidas de la aplicabilidad de los pretendidos

17 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 186.

18 RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, pág. 150.

criterios de verificación absolutos. Pero en el caso de la ciencia jurídica esta imposibilidad se hace aún más patente por la complejidad que supone el fenómeno jurídico, en el que no sólo entran en juego actos volitivos del hombre sino también toda una serie de acontecimientos naturales que son tomados en consideración a la hora de formular la previsión normativa correspondiente. Se puede en este sentido concluir con Ernesto Grün y Martín Diego Farrell que, aunque la idea de verificabilidad resulta desde luego inaplicable en sí misma a los diferentes tipos de conocimiento que se engloban bajo la denominación común de ciencias sociales, también “es indudable que la que ha estado más alejada de un intento serio de elaboración de criterios de verificación adecuados ha sido la ciencia jurídica”¹⁹.

Ahora bien, una cosa es pensar que la ciencia del derecho no puede operar exclusivamente con criterios estrictos de verificación o de cuantificación y otra muy distinta entender que éstos no puedan ser elementos que haya de tener en cuenta en el desarrollo de su específica función. De hecho, algunos científicos del derecho fundamentan en la consideración de la profecía de lo que supuestamente harán los tribunales cuando se enfrentan al caso en cuestión su propio concepto de derecho, la tipificación de las situaciones jurídicamente relevantes se realiza teniendo en cuenta la probabilidad de que tales situaciones puedan conducir a la generación de resultados no queridos y la valoración de la prueba de los hechos termina en muchos casos constituyendo una cuestión relativa a la probabilidad de que los hechos que se dan por probados hayan sido efectivamente realizados por la persona a la que se le imputan en las concretas circunstancias que pudieran rodear al caso en cuestión.

19 GRÜN, Ernesto - FARRELL, Martín Diego, “Problemas de verificación en el derecho”, en AA.VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 56.

En definitiva, la idea de probabilidad se presenta en el mundo del derecho en al menos tres ámbitos diferentes: el del concepto del derecho, el de la tipificación de los hechos jurídicamente relevantes y el de la prueba de los hechos que haya de tomar en consideración el juez a la hora de dictar su sentencia en el caso que le ocupa. En todos estos ámbitos se trata de elaborar hipótesis que probablemente han de suceder (probablemente resolverá el juez el litigio al que debe enfrentarse en un determinado sentido, probablemente habrán de producir los hechos tipificados como jurídicamente relevantes los resultados no deseados por la comunidad jurídica, y probablemente habrá realizado el sujeto al que se le imputan los hechos que se consideran definitivamente probados).

Evidentemente estas hipótesis no presentan el grado de verificabilidad que se da en la consideración del mundo físico. Todo lo contrario, se encuentran absolutamente alejadas del mismo. Pero, en realidad, al científico en general le resulta muy difícil mantenerse siempre en el plano de la estricta verificación porque en muchas ocasiones elabora sus hipótesis aun no demostradas sobre la base que no es más que una cierta “apariencia de probabilidad”²⁰. Por tanto, en este sentido la función de la denominada ciencia del derecho a la hora de analizar el concepto de derecho, los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y el proceso de prueba de los hechos acaecidos en relación a las controversias jurídicas no se diferencia en lo esencial de la función que cumplen otros saberes a los que se les viene reconociendo habitualmente la condición de saberes científicos. Porque en última instancia, al igual que sucede en otros campos de conocimiento, también el derecho suele en buena medida operar con hipótesis de probabilidad, aunque su verificación comporte desde luego en el caso del derecho un nivel de dificultad especialmente elevado.

20 GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. 1985, pág. 32.

Nuestro propósito en las páginas que siguen va a ser exponer el modo en que la idea de probabilidad actúa en los tres ámbitos del mundo jurídico que hemos señalado. Para poder hacerlo adecuadamente tendremos, sin embargo, que fijar nuestra atención previamente en la propia noción de probabilidad.

II. LA APLICABILIDAD JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE PROBABILIDAD

II.1. La noción de probabilidad

La noción de probabilidad se sitúa entre las ideas de necesidad y de imposibilidad. Para que algo pueda ser calificado como probable es preciso que ese algo no tenga carácter necesario porque si así fuera no estaríamos ante el supuesto de que algo probablemente fuera a suceder, sino en el supuesto de que ese algo fuera a suceder con carácter inevitable, con absoluta seguridad. Al mismo tiempo, si no existiera la más mínima hipótesis de que el acontecimiento o el juicio que calificamos como probable pudiera tener lugar, la misma idea de probabilidad quedaría absolutamente excluida, no tendría ninguna posibilidad de existencia.

Ahora bien, entre las ideas de imposibilidad y de necesidad hay un campo muy amplio que desde luego no es ocupado en su totalidad por la idea de probabilidad. Por el hecho de no resultar un acontecimiento o un juicio imposibles ni tampoco necesarios no se convierten automáticamente en acontecimientos o en juicios probables, de los que cabe en consecuencia deducirse la hipótesis de que se hagan realidad. Sí se convierten, en cambio, en acontecimientos o en juicios posibles. En este sentido puede decirse que la idea de lo probable anida en el ámbito de lo posible. El concepto de posibilidad es así un concepto más amplio que el de probabilidad, es, en

definitiva, el presupuesto básico e imprescindible para que pueda darse el planteamiento de la misma idea de probabilidad.

La probabilidad constituye, por consiguiente, una posibilidad en cierta medida cualificada, una posibilidad que requiere la inevitable presencia de una condición adicional. Una posibilidad cualificada en una medida ciertamente variable en tanto en cuanto se puede también hablar, y se habla en muchas ocasiones, de alta o de muy alta probabilidad de que se produzca el acontecimiento en cuestión, o de un determinado porcentaje de probabilidad de que el mismo tenga efectivamente lugar. En este punto se impone la necesidad de determinar el sentido preciso de la idea de posibilidad para deslindarlo adecuadamente de la idea de probabilidad en tanto que posibilidad cualificada.

Para determinar el significado del concepto de posibilidad es conveniente partir de la distinción entre el aspecto lógico y el aspecto ontológico de dicho concepto. Es ésta, sin embargo, una distinción que en ocasiones no resulta fácil de establecer. Si bien es cierto que en principio parece una distinción que resultaría bastante clara si se admite que la idea de posibilidad en su aspecto lógico se refiere a enunciados en tanto que la idea de posibilidad en su aspecto ontológico se refiere a entidades²¹, las cosas se complican considerablemente cuando se comprueba que en realidad la existencia a la que alude el denominado aspecto ontológico de la posibilidad puede también ser una existencia de determinadas propiedades o características de tales entidades, lo que nos llevaría a situarnos inmediatamente en la perspectiva lógica del problema de la posibilidad²². Obviamente, las dificultades que conlleva esta distinción

21 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 2637.

22 *Ibidem*, págs. 2637-2638: “Se tiende por ello en ontología a hablar de posibilidad en términos de posible existencia, en particular de posible existencia de entidades. pero también de posible existencia de propiedades de entidades. Si digo “Es posible que

pueden también superarse señalando en cada caso en qué sentido se dice que algo es posible²³, haciendo con ello evidente el concreto aspecto de la posibilidad al que nos referimos.

El aspecto ontológico de la posibilidad ha sido destacado por muchos autores que han analizado las relaciones que median entre la realidad y la posibilidad. De ellos algunos han señalado que la realidad se inserta directamente dentro del marco de la posibilidad, significando de este modo “mínimamente que algo es real si y sólo si es posible, y máximamente que la realidad es una especificación y, por así decirlo, una coagulación de la posibilidad”, mientras que otros sustantivizan la idea de la realidad, subrayando que “en todo caso, lo posible es visto desde el punto de vista de algo real o, si se quiere, sólo cuando algo es real puede hablarse de que ha sido posible”²⁴.

Por otro lado, se ha destacado también la vinculación que media entre las nociones de posibilidad y de contingencia en el sentido de que “en todo caso, lo posible es una de las dimensiones de lo contingente, en tanto que algo es contingente cuando es posible que sea y es posible que no sea en la gran mayoría de los casos es posible que vaya a ser y es también posible que no vaya a ser”²⁵. A partir de ahí la noción de posibilidad se plantea en cierto modo en términos de potencialidad según la clásica definición aristotélica que José Ferrater Mora entiende, acertadamente en nuestra opinión, que conduce a una solución circular: “algo es posible si al pasar

haya perros que hablan” puedo entender esto, ontológicamente, como afirmando la posibilidad de perros hablantes. Puedo entenderlo, lógicamente, como precediendo la frase “Hay perros que hablan” mediante la cláusula modal “Es posible que”. Para algunos autores sólo tiene sentido hablar de posibilidad lógicamente. Otros estiman que tan pronto como se analizan expresiones modales con la cláusula “Es posible que” se plantean problemas ontológicos”.

23 *Ibidem*, pág. 2638.

24 *Ibidem*, pág. 2634.

25 *Ibidem*, págs. 2634-2635.

al acto del cual se dice que este algo tiene la potencia no resulta de ello ninguna imposibilidad”²⁶.

En otro sentido diferente se han diferenciado también las nociones de posibilidad absoluta o intrínseca y de posibilidad relativa o extrínseca destacando la primera la idea de la no contradicción de las notas internas que caracterizan a la entidad que se considera posible, y la segunda la idea de la necesidad de una causa que pueda dar origen, llevar a su existencia, a la misma²⁷.

Como se ve, son muchas las acepciones que admite la idea de posibilidad, aunque en todas ellas esta noción se presenta como el ámbito lógicamente inexcusable dentro del que se sitúa la idea de probabilidad. Decir de algo que es más o menos posible parece aproximarnos en cierta manera a la idea de probabilidad. En el mismo sentido, decir de algo que es más o menos probable parece también aproximarnos a la idea de necesidad o de seguridad. Sin embargo, el término posibilidad constituye una noción absoluta en el sentido de que es un ámbito general en el que se produce la existencia de lo probable mientras que el término probabilidad designa, por el contrario, una noción que marca una determinada aproximación a la idea de necesidad, seguridad o inevitabilidad.

Esta aproximación admite desde luego diferentes grados, aunque si llegamos a alcanzar el grado máximo que marca la idea de necesidad esto supone traspasar el ámbito de la probabilidad para instalarse directamente en un concepto diferente. Si todo lo probable requiere para ello ser posible porque no hay ni puede haber ninguna probabilidad de alcanzar un objetivo de que se produzca un acontecimiento que resulta imposible, sin embargo, lo necesario o inevitable no puede requerir para ello ser probable porque

26 *Ibidem*, pág. 2635.

27 *Ibidem*.

la probabilidad es un concepto de naturaleza diferente al de necesidad, seguridad o inevitabilidad. En este sentido decimos que la probabilidad es una posibilidad cualificada por su mayor aproximación a los objetivos de la necesidad, la seguridad o la inevitabilidad, aunque, por su propia definición, no puede nunca llegar a identificarse plenamente con ellos. Esta idea de la aproximación a otras nociones diferentes va a marcar el sentido de una buena parte de las distintas teorías que se han propuesto acerca de la noción de probabilidad.

La consideración de la idea de probabilidad como posibilidad cualificada está ya presente en el pensamiento de Aristóteles cuando señala que lo probable designa a “aquello que, en la mayor parte de los casos, acontece o no acontece, existe o no existe; por ejemplo, los hombres odian a aquellos que les envidian, aman a aquellos que les aman”²⁸. Así entendido, el concepto de probabilidad puede ser analizado en su aspecto gnoseológico o subjetivo, en el cual se entiende como probabilidad referida a juicios, y en su aspecto ontológico u objetivo, conforme al cual se entiende como probabilidad referida a acontecimientos²⁹.

En general ha sido la idea de probabilidad en su aspecto gnoseológico o probabilidad subjetiva la que ha predominado en la literatura filosófica a lo largo de la historia. Muy significativa es a este respecto la teoría de la probabilidad que expone John Locke en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*. La probabilidad se sitúa allí como una especie de sustituto de la falta de conocimiento, lo que describe con estas palabras: “Como nuestro conocimiento es muy estrecho, según se ha demostrado, y como no tenemos la felicidad suficiente de poder encontrar la verdad segura en todas las cosas que tenemos ocasión de considerar, la mayoría de las proposiciones sobre

28 ARISTÓTELES, “Primeros analíticos”, II, 29, 1, en *Lógica*, II, Nueva biblioteca filosófica, Madrid, 1931, pág. 90.

29 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2693.

las cuales pensamos, razonamos, disertamos y hasta obramos son tales que no podemos tener acerca de su verdad un conocimiento indubitable. Sin embargo, algunas de ellas se acercan tanto a la certidumbre que no las ponemos en duda, sino que les concedemos nuestro asentimiento con la misma firmeza, y obramos sobre ese asentimiento con la misma resolución que si se tratase de proposiciones infaliblemente demostradas, y como si nuestro conocimiento acerca de ellas fuera perfecto y seguro”³⁰. En este sentido la probabilidad se presenta como una presunción, presumimos la veracidad de algo sin disponer sin embargo de pruebas seguras que permitan garantizar el acierto de nuestro juicio sobre ello³¹.

El fundamento de dicha presunción se encuentra en la capacidad de inducción de nuestra mente que ofrece la apariencia del acuerdo que pueda darse entre dos ideas sin que al respecto existan pruebas irrefutables³², resultando así la existencia de dos elementos determinantes de la presencia

30 LOCKE, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, IV, 15, 2, traducción directa de Edmundo O’Gorman, Fondo de Cultura Económica, México. 1956, pág. 658.

31 *Ibidem*, IV, 15, 3, pág. 659: “La probabilidad es la verosimilitud de que una cosa sea verdadera; el término mismo denota una proposición para la cual existen argumentos o pruebas que la permiten pasar a ser recibida como verdadera. El trato que la mente otorga a esa clase de proposiciones se llama creencia, asentimiento u opinión, que consiste en la admisión de cualquier proposición como verdadera, en vista de argumentos o pruebas que logran persuadirnos de recibirla por verdadera, pero sin ofrecernos un conocimiento seguro de que lo sea. Y en esto estriba la diferencia entre la fe y el conocimiento, a saber: que en todas las partes del conocimiento hay intuición, de manera que cada idea inmediata, cada paso, tiene su conexión visible y segura; pero eso no acontece respecto a la creencia. Aquello que me hace creer es algo extraño a la cosa que creo; algo que no está unido de manera evidente por ambos lados, y que, por eso no patentiza el acuerdo o el desacuerdo de las ideas que están bajo consideración”.

32 *Ibidem*, IV, 15, 1, pág. 657: “Así como la demostración es mostrar el acuerdo o el desacuerdo de dos ideas, por medio de la intervención de una o más pruebas que tienen entre si una conexión constante, inmutable y visible, así la probabilidad no es sino la apariencia de un tal acuerdo o desacuerdo, por la intervención de pruebas cuya conexión no es constante e inmutable, o, por lo menos, que no se percibe que lo sea, pero que es o parece serlo así por lo regular, y basta para inducir a la mente a juzgar que la proposición es verdadera o falsa, más bien que lo contrario”.

efectiva de la probabilidad como son la conformidad de una entidad con los datos que nos proporciona nuestra experiencia personal y el testimonio que sobre el particular nos ofrece la experiencia de los demás³³. Naturalmente, reconoce John Locke, el carácter aparente o presunto de la noción de probabilidad se contrapone a la idea de conocimiento racional de las cosas, obligando a examinar con detenimiento y prudencia las razones que justifican la consideración de un juicio como juicio probable antes de prestarle nuestro correspondiente asentimiento reconociéndole toda nuestra credibilidad: “como a la probabilidad le falta esa evidencia intuitiva que infaliblemente determina al entendimiento y produce un conocimiento seguro, la mente si ha de proceder racionalmente, deberá examinar todos los fundamentos de la probabilidad, para ver cómo, en más o en menos, están en pro o en contra de cualquier proposición probable, antes de concederle su asentimiento o antes de disentir de ella; y, después de haber ponderado debidamente el todo, debe rechazar o admitir la proposición con un asentimiento más o menos firme, según la preponderancia de los fundamentos de probabilidad que haya de un lado u otro”³⁴.

La concepción gnoseológica o subjetiva de la probabilidad ha sido sostenida, en términos semejantes a como anteriormente hemos visto que hace John Locke, por muchos autores. Pero este hecho no ha provocado sin embargo que caiga totalmente en el olvido la concepción ontológica que muchas veces se ha considerado una concepción implícita en la propia defensa de aquélla, lo que ha llevado en ocasiones a sostener una concepción en cierto modo híbrida, intermedia entre la concepción gnoseológica y la ontológica, de la probabilidad, que José Ferrater Mora describe diciendo que “la probabilidad sería en tal caso un grado mayor o menor de certidumbre

33 *Ibidem*, IV, 15, 4, pág. 659.

34 *Ibidem*, IV, 15, 5, págs. 659-660.

sobre un acontecimiento o un grupo de acontecimientos afectados por un índice de probabilidad”³⁵.

Las clasificaciones que se han hecho acerca de las teorías de la probabilidad son muy numerosas. Nosotros, siguiendo la línea expositiva del autor al que venimos haciendo referencia en las últimas páginas, resumiremos aquellas cuatro que él destaca como las clasificaciones más significativas de las concepciones que se han generado al respecto.

En primer lugar, destaca la clasificación de Thomas Greenwood, quien distingue entre teorías para las que la probabilidad es una medida relativa de creencia, teorías que la entienden como una frecuencia relativa de los hechos, teorías que la definen como la frecuencia en valor de verdad de clases de argumentos, como el vínculo entre una determinada noción y su evidencia, como una noción operacional, como un límite de frecuencias y como una magnitud física determinada por axiomas³⁶.

Una segunda clasificación es la resultante de los posibles campos de investigación de la probabilidad, que serían los problemas atinentes a juegos, que suponen la base para la escuela apriorística; los problemas demográficos, económicos y de seguros sobre los que se fundamenta la escuela estadística, y, finalmente, los estudios de naturaleza lógica, en relación a los cuales la probabilidad de que se vaya a producir de manera efectiva un determinado acontecimiento se mide por el nivel de creencia en su realización³⁷.

35 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2693.

36 *Ibidem*, págs. 2693-2694.

37 *Ibidem*, págs. 2694. José Ferrater Mora sigue en este punto la clasificación de Maurice Fréchet.

La tercera clasificación mencionada toma la perspectiva del positivismo lógico al distinguir tres diferentes concepciones probabilitarias: la que la entiende como límite de frecuencias, la propuesta que concibe a las expresiones “algo es verdadero” y “algo es falso” como supuestos límite de una cadena de valores de probabilidad, y la que, sin más, entiende que el análisis de la probabilidad integra una rama específica de la lógica³⁸.

Dentro de la consideración de la probabilidad como parte de la lógica se ha llevado a cabo, igualmente, la diferenciación entre lo que se ha venido a reconocer con la denominación de la probabilidad estadística, que se refiere a fenómenos, y la probabilidad inductiva, que alude a su vez a proposiciones sobre fenómenos³⁹.

La tesis de la probabilidad estadística ha sido desarrollada fundamentalmente por Karl Popper, quien reconoce dos tareas fundamentales al estudioso de la teoría de la probabilidad: la fundamentación del cálculo de probabilidades sobre la base del desarrollo de la probabilidad como frecuencia y la determinación de las relaciones que median entre la probabilidad y la experiencia, lo que supondría en su opinión la solución a la cuestión de la decibilidad de los enunciados probabilitarios⁴⁰. En lo que concierne al primero de los problemas Karl Popper asume decididamente la interpretación objetiva de la probabilidad frente a la interpretación que ha venido sosteniendo la teoría clásica, expresando que “el cálculo de probabilidades no es un método de calcular predicciones (frente a lo que ocurre con todos los demás métodos de la ciencia empírica), sino meramente un método de llevar a cabo transformaciones lógicas de algo que ya conocíamos; o mejor, de algo que no conocemos, pues precisamente

38 *Ibidem*. El autor refleja en este punto la clasificación realizada por J. R. Weinberg.

39 *Ibidem*, págs. 2695.

40 POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, traducción española de Víctor Sánchez Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 137.

realizamos tales transformaciones cuando carecemos de conocimientos⁴¹. Con respecto al segundo problema asume la idea de la no verificabilidad de las estimaciones en términos de probabilidad⁴², lo que le lleva a mantener una actitud muy negativa a la hora de definir la posible identificación entre el nivel de corroboración y la probabilidad⁴³. Distingue igualmente como interpretaciones del cálculo de probabilidad la idea de la probabilidad de eventos y la idea de la probabilidad de enunciados o proposiciones⁴⁴, subrayando en cualquier caso el carácter quimérico de cualquier intento de

41 *Ibidem*, pág. 141.

42 *Ibidem*, págs. 177-180.

43 POPPER, Karl, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, traducción española de Carmen García Trevijano, Editorial Tecnos, Madrid. 1993, pág. 141: “Un punto decisivo relativo al grado de corroboración era que, debido a que éste aumentaba con la severidad de las contrastaciones, tal grado podía ser alto para teorías con un alto grado de contrastabilidad o contenido. Pero esto significaba que el grado de corroboración estaba ligado a la improbabilidad mejor que a la probabilidad: era, pues, imposible identificarlo con la probabilidad (aunque podía ser definido en términos de probabilidad, tal como puede serlo la improbabilidad)”. Igualmente, en POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción al español de Néstor Míguez, con adaptación de la cuarta edición inglesa y traducción de las secciones nuevas de Rafael Grasa, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1989, págs. 85-86 responde al interrogante de por qué nos interesan teorías con “un alto grado de corroboración”, y por qué resulta erróneo deducir de ello que nos interesan teorías “altamente probables” señalando que: “La probabilidad de un enunciado (o de un conjunto de enunciados) es siempre mayor cuanto menos es lo que afirma el enunciado: es inversamente proporcional al contenido o al poder deductivo del enunciado y, por ende, a su poder explicativo. De acuerdo con esto, todo enunciado interesante y vigoroso debe tener una probabilidad baja; y viceversa: un enunciado con una probabilidad alta carecerá científicamente de interés porque es poco lo que afirma y no tiene ningún poder explicativo. Aunque busquemos teorías con un alto grado de corroboración, como científicos no buscamos teorías altamente probables, sino explicaciones, es decir, teorías poderosas e improbables. La concepción opuesta, la de que la ciencia tiende a la alta probabilidad, es un producto característico del verificacionismo: al hallar que no se puede verificar una teoría, o darle certeza, mediante la inducción se recurre a la probabilidad como a una especie de Ersatz de la certeza con la esperanza de que la inducción permita, al menos, acercarse a ésta”.

44 *Ibidem*, pág. 139.

transformar la probabilidad de las diferentes hipótesis en la probabilidad de eventos⁴⁵.

La teoría de la probabilidad inductiva ha sido sostenida por Carnap en su concepción de la probabilidad como grado de confirmación, lo que llevaría a entender a todos los razonamientos inductivos que pudieran llevarse a cabo como razonamientos de probabilidad, posibilitándose en consecuencia la atribución de probabilidades a eventos que todavía no han tenido lugar a partir de la consideración de la frecuencia con que tales eventos se han producido en el pasado⁴⁶.

II.2. El ámbito jurídico de la probabilidad

La distinción entre las diferentes teorías de la probabilidad supone ante todo una diversidad de perspectivas más que una distinción conceptual. Así lo ha visto clarivamente Simon Blackburn cuando señala que “las matemáticas de la probabilidad se entienden perfectamente... lo que es más duro de entender es la aplicación de su noción formal al mundo actual”⁴⁷.

En el ámbito de la literatura filosófico-jurídica castellanoparlante Daniel Mendonca ha distinguido tres posibles perspectivas de uso de la idea de probabilidad⁴⁸.

En primer lugar, se refiere a la idea de la probabilidad entendida como frecuencia de verdad, lo que supone adoptar la perspectiva de análisis de la probabilidad de proposiciones en lugar de como probabilidad

45 POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, cit., págs. 237 y ss.

46 Un resumen de la teoría de Carnap sobre la probabilidad en FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2695.

47 BLACKBURN, Simón, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press. Oxford-New York, 1996, pág. 304.

48 MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, págs. 82-83.

de acontecimientos, tesis que enuncia del siguiente modo: “Supone que la probabilidad de que una proposición sea verdadera es la frecuencia relativa con que una clase de inferencia conduce, a partir de premisas verdaderas, a conclusiones verdaderas. En general, no conocemos el valor numérico preciso de esta razón, por lo que decimos que la conclusión es probable sobre la base de elementos de juicio, si la clase de tales inferencias conduce a conclusiones verdaderas con más frecuencia que a conclusiones falsas”⁴⁹.

Alude también a lo que llama la probabilidad como frecuencia relativa, teoría que asume el carácter necesariamente relacional de la idea de probabilidad, al tomar ésta como base la naturaleza de grupos de acontecimientos, lo que expresa diciendo que: “Cuando nos referimos, en apariencia, a la probabilidad de un suceso singular, nos estamos refiriendo elípticamente, en realidad, a cierto aspecto que tiene en común con otros sucesos posibles de determinado tipo: la probabilidad asignada es la medida de la frecuencia relativa con que los miembros de una clase presentan cierta propiedad específica. La probabilidad de un suceso es, en definitiva, la relación entre el número de casos favorables a este suceso y la cantidad de casos posibles, suponiendo que todos los casos posibles son igualmente verosímiles. Consiguientemente, la probabilidad es una cifra que varía entre 0 y 1 y los valores extremos corresponden a la imposibilidad, por un lado, y a la certeza, por el otro”⁵⁰.

Finalmente alude a la idea de probabilidad como medida de creencia⁵¹. En este caso la alusión a la probabilidad implica la referencia a un determinado estado mental que nos lleva a sentirnos seguros de que un cierto acontecimiento tendrá o no lugar o por el contrario a dudar de que

49 *Ibidem*, pág. 83.

50 *Ibidem*, pág. 82.

51 *Ibidem*.

pueda o no producirse efectivamente⁵². Daniel Mendonca traslada también la idea de la probabilidad como medida de creencia al terreno proposicional asumiendo a este respecto el modelo del sujeto “completamente racional”⁵³. A diferencia de lo que sucedía en los dos supuestos anteriores, que eran especialmente indicados para fundamentar el índice de probabilidad en investigaciones de carácter estadístico⁵⁴, la probabilidad como medida de creencia no puede medirse de manera absolutamente objetiva. En sí misma implica una remisión a la idea de persona, con todo lo que ello supone de incertidumbre tanto en relación a los comportamientos que pueda realizar como a los juicios que pueda expresar. Pero, aunque las conductas y los juicios de las personas no puedan ciertamente determinarse a priori, sí pueden, sin embargo, establecerse conjeturas más o menos probables del modo en que se habrán de producir y del sentido que vayan a adquirir. En este sentido tiene, desde luego, razón Simon Blackburn cuando señala que el personalismo “no es una invitación al pensamiento licencioso”⁵⁵.

Llegados a este punto habrá que preguntarse entonces ¿cuál de las señaladas en los párrafos precedentes es la perspectiva de la probabilidad que resulta relevante a los efectos jurídicos?, y, con carácter preliminar, ¿cabe hablar de la relevancia de la idea de la probabilidad en el mundo del derecho?

En relación a esta última cuestión puede en principio parecer que los análisis de la idea de la probabilidad anidan más en el mundo de la lógica

52 BLACKBURN, Simón, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, cit., pág. 304: “Para el personalismo la probabilidad o la posibilidad no es un factor objetivo o real en el mundo. sino más bien una reflexión sobre nuestros propios estados de ánimo”.

53 MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., pág. 82: “En definitiva, la probabilidad que se atribuya a un acontecimiento depende del grado en que se crea que puede ocurrir; la probabilidad que puede asignarse a una proposición depende del grado en que un sujeto completamente racional crea que es verdadera”.

54 *Ibidem*, págs. 82-83.

55 BLACKBURN, Simón, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, cit., pág. 304.

que en el mundo estrictamente jurídico. Cuando aludimos a la noción de probabilidad nos referimos a un concepto que tiene su existencia en un ámbito concreto, como es el ámbito de lo posible, separado igualmente de los polos de la necesidad y de la imposibilidad, susceptible de ser graduado, esto es, de ser valorado numéricamente.

Sin embargo, el abismo que se ha pretendido vislumbrar entre los mundos de la lógica y el derecho no existe en realidad. Hoy en día se puede hablar de una aplicabilidad general de la lógica a los diferentes ámbitos del saber⁵⁶, y con ello también de una concreta aplicación de la lógica al ámbito del saber jurídico. Ya no se trata sólo de buscar, a la manera en que tradicionalmente se ha venido haciendo, la lógica de las normas o del discurso normativo⁵⁷, sino de reconocer la específica función que pueden cumplir los métodos de análisis lógico para facilitar en gran medida la solución de muchos de los problemas que se plantean a los científicos del derecho⁵⁸. En este punto se observa que, en relación a ciertos fenómenos,

56 POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, cit., págs. 248 y ss.

57 KALINOWSKI, Georges, *Lógica del discurso normativo*, traducción española de Juan Ramón Capella, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

58 KLUG, Ulrich, *Problemas de filosofía del derecho*, traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Sur, Buenos Aires, 1966, págs. 31 y ss.; *Idem*, *Lógica jurídica*, traducción al castellano de J. C. Gardella, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1990, págs. 3 y ss., donde afirma que: “la lógica tiene también mucha importancia para la ciencia del derecho, a menos que quiera renunciarse en su campo a la posibilidad de la discusión, a la exposición de fundamentos y demostraciones y al desarrollo de teorías”. También, en este mismo sentido, VILLAR PALASÍ, José Luis, *La Interpretación y los apogemas jurídico-lógicos. A la luz del nuevo título preliminar del Código Civil, desde una perspectiva teórica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, señala en este sentido en la pág. 151 que: “Es significativo e importante destacar cómo todas las argumentaciones lógicas aparecen marcando lo que actualmente se denomina cuestión de hecho frente a cuestión de Derecho”; y en la pág. 14 considera asimismo que: “Todas las reglas hermenéuticas no son sino herramientas, útiles empleados, en la gran mayoría de los casos, de modo inconsciente. Incluso las llamadas interpretaciones lógicas como especie de la interpretación jurídica, se plantean como deducción simple a través de los argumentos de interpretación jurídica que se autodenomina lógica... Por ello, puede decirse que toda interpretación jurídica y todos sus argumentos son lógicos

o, “fragmentos de la realidad” encontramos idealizaciones sobre las que mostramos interés por su utilidad, idealizaciones que de alguna manera hacen entrar en escena la idea de probabilidad⁵⁹. Esto mismo es lo que sucede en el caso del derecho. Así podemos decir que la referencia a estos fragmentos de la realidad alude alternativamente a determinados comportamientos de los jueces, que nos van a poder determinar, en opinión de algunas de las más relevantes doctrinas filosófico jurídicas, cuál es el derecho vigente; a la producción de determinados resultados que constituyen la consecuencia real de ciertos comportamientos que integran el supuesto de hecho de la norma jurídica, y a la efectiva producción de los hechos que se dan en un momento dado por jurídicamente probados.

Por otro lado, la respuesta a la pregunta de cuál es la perspectiva de la probabilidad que resulta relevante a efectos jurídicos se hace ciertamente complicada si tenemos en cuenta que aunque el derecho constituye un fenómeno fundamentalmente personal en el que intervienen individuos cuyos comportamientos y decisiones no pueden nunca llegar a conocerse de antemano, la creciente relevancia que para el derecho tienen en la actualidad las investigaciones de carácter estadístico nos podía inducir a pensar en el papel preponderante de lo que antes reconocíamos con las denominaciones de probabilidad como frecuencia de verdad y probabilidad como frecuencia relativa.

Sin embargo, esta visión simplista debe ser excluida al comprobar que cualquiera de los tres ámbitos de la probabilidad referidos remite en último término a una creencia personal o subjetiva. A saber: la creencia de que a la hora de administrar justicia el juez decidirá probablemente el

en la medida en que necesitan, por parte del intérprete jurídico, un razonamiento cualquiera que éste sea pues cualquier razonamiento, aunque sea arbitrarlo en el fondo tiene que apoyarse externamente en la Lógica”.

59 RUELLE, David, *Azar y caos*, traducción española de Javier García Sanz, Alianza Editorial, Madrid, 1993, págs. 24 y ss.

caso controvertido en un cierto sentido y no en otro; la creencia de que determinados comportamientos que hipotéticamente pudieran integrar el supuesto de hecho de una norma jurídica probablemente producirán resultados socialmente considerados como dañosos o inconvenientes, o la creencia de que determinados hechos que se dan por jurídicamente probados probablemente habrán tenido lugar.

En este sentido parece evidente que la idea de probabilidad desempeña un papel relevante en el mundo del derecho y que la perspectiva de la probabilidad que ha de entenderse como jurídicamente relevante es la que antes hemos analizado bajo la denominación de probabilidad como medida de creencia. El examen de los tres ámbitos señalados (el concepto de derecho, los supuestos de hecho jurídicamente relevantes y el proceso de prueba de los hechos acaecidos en relación a las controversias jurídicas) nos va a permitir determinar los términos en que incide en cada uno de ellos la noción de probabilidad que hemos venido analizando en las páginas precedentes.

III. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO VIGENTE

III.1. El derecho como predicción

El primer ámbito en el que indicábamos que la idea de probabilidad ha desarrollado una importante función es el del concepto de derecho. La noción tradicional del derecho lo entiende como un conjunto de normas dirigidas a organizar y regular la vida social. Es una concepción normativista en la que la norma se presenta como un presupuesto de la decisión jurídica, de tal manera que ésta no es más que la aplicación de la norma, es decir, la aplicación del derecho. Frente a esta tesis, en el extremo contrario, las doctrinas realistas más radicales han considerado como derecho sólo al conjunto de decisiones que dictan los jueces de manera que el derecho no precedería a la decisión jurídica, sino que consistiría en ella misma. Estas doctrinas realistas radicales predominaron en Estados Unidos en los años treinta del siglo pasado como consecuencia en gran medida de la gran depresión económica componiendo el movimiento doctrinal reconocido bajo la denominación de realismo jurídico americano.

Ninguna de estas dos doctrinas filosófico-jurídicas ha situado en el centro de su concepto de derecho en realidad a la idea de probabilidad⁶⁰. El normativismo legalista define al derecho sobre la base estricta del contenido de las normas jurídicas, con independencia de ningún tipo de consideración de índole probabilista. El realismo jurídico radical lo define por el contrario en los términos que ofrece la propia decisión jurídica, lo que tampoco en principio ofrece ningún juego a la idea de probabilidad. Frente a estas dos tesis algunos de los más importantes teóricos de la jurisprudencia sociológica americana esbozaron la denominada teoría del derecho como predicción, la cual situaba ya en el centro de la definición jurídica a la idea de probabilidad. Esta es la tesis que con distintos matices defendieron Oliver Wendell Holmes y Benjamín Nathan Cardozo.

En el mes de enero de 1897 pronunció en Boston su famosa conferencia *The Path of the Law* el juez Oliver Wendell Holmes. En esta conferencia, que fue inmediatamente publicada en la *Harvard Law Review*, Holmes ofrecía una concepción del derecho absolutamente original fundamentada en la idea de predicción⁶¹. Su repercusión social fue muy considerable, constituyendo en la actualidad uno de los momentos especialmente representativos de la historia del pensamiento jurídico.

Asumía a este respecto el afamado jurista norteamericano la necesidad de separar el derecho y la moral, entendiendo que una de las principales razones de los equívocos que surgían en relación al concepto

60 Esto no impide que los defensores del normativismo legalista puedan ser perfectamente conscientes de que el sentido de la decisión judicial no es necesariamente automático, y que los defensores del realismo jurídico radical puedan también asumir el carácter condicionado de la misma, pudiendo realizarse al efecto juicios de probabilidad basados en diferentes criterios, como el sentir social, la ideología política del juez, el mayor o menor esclarecimiento de los hechos que se juzgan, etc.

61 HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz, traducción de Irene Mariana Cuéllar Araiza, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, pág. 11: “El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción, el pronóstico de la incidencia de la fuerza pública por medio de los tribunales”.

de derecho y al fenómeno jurídico en general derivaban precisamente de su confusión con la moral, o, en todo caso, de la adopción de un punto de vista en alguna medida moral (el punto de vista del hombre bueno) a la hora de definir al derecho. En este sentido indicaba: “El derecho está lleno de fraseología traída de la moral, y por la mera fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un terreno al otro sin darnos cuenta, como seguramente haremos a menos de que constantemente tengamos en mente la barrera entre ambas materias. El derecho habla de derechos, obligaciones, malicia, intención, negligencia y demás, y nada es más fácil o, podría decirlo, más común en el razonamiento legal, que tomar estas palabras en su sentido moral en algún punto del argumento, y de esa manera caer en falacia. Por ejemplo, cuando hablamos de los derechos de un individuo en un sentido moral, queremos señalar los límites de la interferencia con la libertad individual que consideramos prescritos por la conciencia, o por nuestros ideales, cuales quieran que sean. Sin embargo, es cierto que se han aplicado muchas leyes en el pasado, y es probable que se apliquen algunas en la actualidad, que las opiniones más esclarecidas de su época condenaban, o que en cualquier caso rebasan el límite de interferencia que muchas conciencias establecerían. Manifiestamente, por lo tanto, nada sino confusión del pensamiento puede resultar de asumir que los derechos del ser humano en un sentido moral son de igual manera derechos en el sentido de la Constitución y del derecho”⁶².

La solución consistiría en su opinión en la eliminación de ese lenguaje moral que toma prestado el derecho. El lenguaje jurídico se manifiesta en este punto como un instrumento muy potente de confusión: “Espero que mis planteamientos hayan mostrado el peligro, tanto para la especulación como para la práctica, de confundir moral con derecho, y la trampa que el lenguaje jurídico nos tiende en ese lado del camino. Por mi parte, continuamente me pregunto si no sería provechoso que toda palabra

62 *Ibidem*, págs. 14-15.

de significancia moral desapareciera del derecho y que se adoptaran otras palabras que expresen ideas jurídicas sin ningún tinte ajeno al derecho. Perderíamos reliquias fósiles de gran parte de la historia y la majestuosidad de las asociaciones éticas, pero al deshacernos de una confusión innecesaria ganaríamos mucho en claridad de pensamiento”⁶³. Evidentemente, esa propuesta de transformación del lenguaje jurídico en busca de nociones específicas del derecho que nada tengan que ver con la fraseología moral resulta irreal, porque el lenguaje jurídico en clave moral tiene un largo asentamiento en nuestro mundo. Pero ello no quita la llamativa coherencia de la propuesta de Kelsen al respecto.

Ciertamente, Kelsen no trata de despreciar el carácter histórico de la relación entre el derecho y la moral. Todo lo contrario, pero se trata en cualquier caso de señalar que nos encontramos ante vías en alguna manera paralelas. En este sentido indica que: “El derecho es el testigo y el depositario externo de nuestra vida moral. Su historia es la historia del desarrollo moral de nuestra especie. Su práctica, pese a las burlas populares, tiende a hacer buenos ciudadanos y buenas personas. Cuando enfatizo la diferencia entre derecho y moral, lo hago con referencia a un fin único, el de aprender y entender el derecho. Con ese propósito tienen que llegar a conocer a fondo sus notas específicas, y por eso les pido que por un momento se imaginen indiferentes a otras cosas mejores”⁶⁴. Se trata en definitiva de buscar los caracteres que permiten definir al derecho como una entidad diferente de la moral, evitando en la medida de lo posible la confusión que pueda generar la adopción por parte del derecho de una terminología primariamente moral.

Para él la perspectiva definitoria más fructífera era en realidad la del hombre malo, que es ajeno a cualquier consideración ética, lo cual

63 *Ibidem*, pág. 21.

64 *Ibidem*, págs. 13-14.

permitía comprobar la auténtica naturaleza del derecho como profecías de las futuras actuaciones de los jueces. La expresión de su pensamiento resulta absolutamente clara en este punto: “¿qué constituye el Derecho?. Algunos autores les dirán que es algo diferente de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de razón, que es una deducción de principios éticos o de axiomas admitidos y cosas semejantes, lo cual puede coincidir o no con las decisiones. Pero si tomamos el punto de vista de una persona mala, encontraríamos que no le interesan para nada los axiomas o las decisiones, pero sí quiere saber qué deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo pienso así. Las predicciones de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, son lo que entiendo por derecho”⁶⁵. Se trata en definitiva de una concepción revolucionaria que adopta un punto de vista radicalmente diferente al punto de vista preponderante hasta entonces. La adopción del punto de vista del hombre malo, del delincuente, que espera una reacción adversa por parte del órgano judicial resulta especialmente expresiva y llamativa en este punto.

La adopción del punto de vista del hombre malo sitúa al derecho, a juicio de Holmes, en la perspectiva realista que permite comprender su sentido más preciso sin la interferencia de otros elementos confundentes ajenos por completo al significado específico del fenómeno jurídico. En este sentido señala nuestro autor: “Si quieren conocer el derecho y nada más, tienen que mirarlo desde la perspectiva de una persona mala, a la que sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como una persona buena que encuentra la razón de su conducta, ya sea dentro del derecho o fuera de éste, en las sanciones más vagas de la conciencia. La importancia teórica de la distinción no es menor, si se razona sobre el tema correctamente”⁶⁶. De nuevo aparece aquí

65 *Ibidem*, pág. 16.

66 *Ibidem*, pág. 14.

la insistencia en evitar los equívocos en que tan frecuentemente incurren en su opinión los teóricos del derecho al yuxtaponer elementos propios del ámbito moral a la comprensión más clarividente del sentido real del derecho.

La teoría de la predicción en términos de probabilidad que expresa el juez Holmes⁶⁷, es igualmente extensible a la noción de deber jurídico⁶⁸. En realidad, es idéntico el esquema de pensamiento de Holmes en este punto: “un deber jurídico, así llamado, no es nada más que una predicción de que si una persona hace u omite ciertas cosas, se le hará sufrir de una o de otra manera por una sentencia de un tribunal de justicia; y ello con base en un derecho legal”⁶⁹. Tiene su lógica desde luego el pensamiento de Holmes porque hablar de deber jurídico presupone en sí mismo disponer de un concepto coherente de derecho.

Holmes reproduce en este punto la línea argumental seguida con la adopción del punto de vista del hombre malo que determinaba su concepción jurídica: “Consideren de igual manera una noción que, tal como se la entiende popularmente, es la concepción más amplia que el derecho contiene: la noción de deber jurídico, a la que ya me he referido. Llenamos esta palabra con todo el contenido que derivamos de la moral. Pero ¿qué significa para una persona mala? Principalmente, y en primer lugar, el pronóstico de que si hace ciertas cosas, deberá atenerse a consecuencias desagradables, como el encarcelamiento o el pago forzoso de una suma de

67 Aunque Holmes no llegó a desarrollar con la debida amplitud la función que desarrolla la idea de probabilidad a la hora de determinar las profecías en que consiste el derecho, la conexión entre ambos conceptos resulta evidente del hecho de que, como hemos indicado, señale que el hombre malo esté interesado, en realidad, por conocer lo que “han de resolver probablemente los tribunales”. Hay, en definitiva, una mención expresa a la idea de probabilidad. La probabilidad se convierte en este sentido en un elemento capital de su concepción jurídica.

68 *Ibidem*, págs. 19 y ss.

69 *Ibidem*, pág. 12.

dinero. Pero desde su perspectiva, ¿cuál es la diferencia entre ser multado y pagar un impuesto por hacer cierta acción? Que su punto de vista pone a prueba los principios jurídicos lo comprueban las muchas discusiones que se han presentado en los tribunales en relación con la pregunta de si cierta responsabilidad legal es una penalidad o un impuesto. De la respuesta a esta pregunta depende la decisión de si cierta conducta es legal o ilegal, y de si una persona está sujeta a coacción o es libre”⁷⁰.

Entiende Holmes que el gran problema de la ciencia jurídica de su tiempo ha sido precisamente la desafortunada sustantivación de un concepto de deber jurídico supuestamente independiente y anterior a las consecuencias de su vulneración. Lo que el autor al que hacemos referencia considera como colocar la carreta delante del caballo. En definitiva, una inversión profunda del sentido común de las cosas y de la apreciación de la realidad: “Los derechos y deberes fundamentales en que se ocupa la jurisprudencia no son, de nuevo, nada más que profecías. Uno de los muchos efectos malignos de la confusión entre ideas legales y morales, acerca de las cuales diré algo en un momento, es que la teoría es propensa a colocar la carreta antes que el caballo, y a considerar al derecho o al deber como algo existente aparte e independientemente de las consecuencias de su transgresión, a la que se le imponen ciertas sanciones con posterioridad”⁷¹.

Resulta además justificada la teoría de la predicción en la doctrina de Holmes por el hecho de considerar a las predicciones como “un cuerpo finito de enunciados dogmáticos que pueden llegar a ser dominados en un período razonable de tiempo”⁷². Esto hace que la concepción del derecho como predicción no tenga un carácter estrictamente teórico sino también en muy buena medida un carácter práctico, al poderse predecir con un

70 *Ibidem*, pág. 16.

71 *Ibidem*, pág. 12.

72 *Ibidem*, pág. 16.

elevado nivel de probabilidad de acertar en el pronóstico que al respecto pudiera hacerse el sentido de las futuras decisiones judiciales. Holmes propone en este punto una especie de generalización de las predicciones de las actuaciones futuras de los tribunales de justicia, lo que en cierto modo supone huir del antiformalismo jurídico desaforado que pudiera suscitar una consideración simplista de su concepción del fenómeno jurídico.

En lo demás, Holmes aboga por una visión del derecho que se desentiende en cierto modo de la tradición histórica que tanto había pesado hasta entonces en el campo del derecho. Es muy explícito en este punto cuando señala que: “Por el estudio racional del derecho, el anticuario puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y experto en economía. Es repugnante no tener una mejor razón para una regla de derecho que el hecho de que así se estableció en tiempos de Enrique IV. Es aún más repugnante si las bases sobre las que se estableció desaparecieron hace mucho tiempo, y la regla simplemente persiste por la imitación ciega del pasado”⁷³.

La necesidad de sustituir el papel tradicionalmente asignado a la historia en relación con el derecho por el que debiera a juicio de Holmes desempeñar la economía se hace evidente en este punto: “Espero que llegue el momento en que el papel desempeñado por la historia en la explicación del dogma sea muy pequeño y, en lugar de investigarla de manera ingeniosa, utilicemos nuestra energía en el estudio de los fines que se busca alcanzar y las razones para desearlos. Me parece que para dar un paso hacia ese ideal cada abogado debería saber de economía. El divorcio actual entre las escuelas de economía política y derecho me parece una evidencia de cuánto falta aún progresar en los estudios filosóficos. En el estado actual de la economía política, en efecto, volvemos a encontrarnos con la historia en una escala aun mayor, pero en ese campo somos llamados a considerar

73 *Ibidem*, pág. 28.

y sopesar los fines de la legislación, los medios para alcanzarlos y su costo. Aprendemos que por todo lo que tenemos renunciamos a algo más, y se nos enseña a valorar la ventaja que ganamos frente a la ventaja que perdemos, y a saber qué estamos haciendo cuando elegimos”⁷⁴.

Holmes resulta en cualquier caso particularmente incisivo en su prevención ante el uso de la lógica en el ámbito del derecho, o, para ser más exactos, ante la idea de la reducción del derecho a un fenómeno impulsado sobre todo en base a la lógica. Entiende en este sentido que hay que huir de la falacia de vincular el derecho fundamentalmente a la lógica: “La falacia a la que me refiero es la noción de que la única fuerza que genera el desarrollo del derecho es la lógica. En el sentido más amplio, en efecto, esa noción sería cierta. El postulado con el que pensamos acerca del universo es que hay una relación cuantitativa fija entre cada fenómeno y sus antecedentes y consecuentes. Si existe algún fenómeno sin estas relaciones cuantitativas fijas, es un milagro. Está fuera de la ley de la causa y el efecto, y como tal trasciende el poder de nuestro pensamiento, o al menos es algo respecto de lo cual no podemos razonar. La condición de nuestro pensamiento acerca del universo es que éste puede pensarse racionalmente o, en otras palabras, que cada una de sus partes es causa y efecto en el mismo sentido en que lo son las partes con que estamos más familiarizados. Así, en el sentido más amplio, es verdad que el derecho es un desarrollo lógico, como todo lo demás. El peligro del que hablo no es la aceptación de que los principios que gobiernan otros fenómenos también gobiernan el derecho, sino la noción de que un sistema determinado, el nuestro, por ejemplo, puede desarrollarse de la misma manera que las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta”⁷⁵.

74 *Ibidem*, pág. 35.

75 *Ibidem*, pág. 22.

Esta propensión a la estricta vinculación del derecho a la lógica tiene su explicación. Pero es una explicación que no impide su caracterización como una concepción del derecho básicamente errónea. Señala en este sentido nuestro autor: “Este modo de pensar es completamente natural. La preparación de los abogados es una preparación en lógica. Los procesos de analogía, discriminación y deducción son aquellos en los que se sienten más cómodos. El lenguaje de las decisiones judiciales es principalmente el lenguaje de la lógica. Y el método y forma de la lógica favorecen el deseo de certidumbre y confiabilidad que se encuentra en cada mente humana. Pero la certidumbre generalmente es una ilusión, y la confiabilidad no es el destino del ser humano. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero aun así es la raíz y entramado de todo el proceso”⁷⁶.

Esa relativización de la función de la lógica no va ni mucho menos, en cualquier caso, en detrimento del papel que en su opinión ha de jugar la teoría del derecho. Todo lo contrario. Su concepción del fenómeno jurídico es en muy amplia medida una reivindicación de la función de la teoría del derecho. Señala en este sentido: “La teoría es mi tema, no los detalles prácticos. Los métodos de enseñanza han mejorado desde mi época, sin duda, pero la habilidad y la industria dominarán la materia prima, cualquiera que sea el método. La teoría es la parte más importante del dogma del derecho, como el arquitecto es la persona más importante que participa en la construcción de una casa. Las mejoras más importantes del derecho en los últimos veinticinco años han sido mejoras en la teoría. Ésta no debe temerse como impráctica, pues simplemente significa, para las personas competentes, ir al fondo de las cosas”⁷⁷.

76 *Ibidem*, pág. 23.

77 *Ibidem*, pág. 40.

Claro que el papel que atribuye a la teoría del derecho tiene a la hora de la verdad muy poco que ver con cualquier pretensión conceptual en el sentido tradicional, dominada en muy buena medida por la presencia constante de la lógica y de sus aplicaciones. Es una teoría en este punto de marcado carácter conceptualista. Holmes lo apuntaba ya desde el inicio de su exposición: “Cuando estudiamos derecho no estamos estudiando un misterio, sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando lo que requerimos para comparecer ante los jueces, o para aconsejar a las personas de manera que se mantengan lejos de los tribunales. La razón por la cual es una profesión, el porqué de que las personas paguen abogados para que discutan por ellos o los asesoren, es que en sociedades como la nuestra el imperio del uso de la fuerza pública se les confía a los jueces en ciertos casos, y todo el poder del Estado se pondrá en movimiento, si es necesario, para hacer efectivas sus decisiones y mandatos. Las personas quieren saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de enfrentarse a algo que es mucho más fuerte que ellas, y por lo tanto se convierte en un negocio saber cuándo se debe temer este peligro. El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción, el pronóstico de la incidencia de la fuerza pública por medio de los tribunales”⁷⁸.

III.2. El derecho como fundamento real de la decisión judicial

La teoría del derecho como predicción es retomada por Benjamín Nathan Cardozo, quien difiere, sin embargo, de Oliver Wendell Holmes en el punto de vista a adoptar para definir el derecho. Aunque las conclusiones de Holmes y de Cardozo resulten muy semejantes en algunos aspectos muy significativos, la perspectiva de este último no es ya la del delincuente que trata de valorar de manera anticipada las sanciones que le puede imponer el Juez, sino la del orden como sistema general de principios que rigen el derecho. En este sentido critica a la teoría del derecho clásica norteamericana que verá en los precedentes judiciales la auténtica corporeización del

78 *Ibidem*, pág. 11.

derecho. Frente a ello señala Cardozo en su obra *The Growth of the Law* que: “Las sentencias en sí mismas sólo tienen importancia para el estudiante en la medida que, y sólo en la medida que, permiten una razonable predicción de que tales sentencias se repetirán si se repiten las situaciones. El estudio del derecho es, por consiguiente, el estudio de los principios de orden que se revelan ellos mismos en uniformidades de antecedentes y consecuentes. Cuando las uniformidades son lo suficientemente constantes para ser objeto de predicción con razonable certeza decimos que el derecho existe”⁷⁹. De alguna manera podría decirse que la idea de orden, o para ser más precisos, la idea de principios de orden tiene lógicamente en cuenta a los precedentes judiciales, pero, lejos de reducirse a su análisis estricto, en realidad los trasciende. El precedente judicial es un elemento a tomar en cuenta, pero un elemento en cualquier caso insuficiente para poder captar en su justa medida el auténtico sentido del derecho.

El problema al que se enfrenta Cardozo es que en muchas ocasiones resulta imposible predecir con certeza, pues, como él mismo reconoce, “pueden darse situaciones en las que las uniformidades sean tan inconstantes, las analogías tan dudosas, el cuerpo de principios y tradiciones tan equívoco en sus direcciones que somos incapaces de predecir, a lo más podemos hacer sugerencias o propuestas”⁸⁰. La seguridad jurídica se convierte en este punto en un objetivo de muy difícil obtención.

Para salvar este escollo recurre Cardozo a la idea de probabilidad que en su concepción ya no se presenta simplemente implícita al modo que sucedía en el caso de la concepción jurídica de Holmes, sino, por el contrario, absolutamente expresa. Para él la predictibilidad de la decisión jurídica tiene que fundarse necesariamente en el cálculo de probabilidades. Es en

79 CARDOZO, Benjamin Nathan, *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, Fourth Printing, 1931 (la primera edición de 1924), págs. 37-38.

80 *Ibidem*, pág. 38.

este sentido que hay que entender su afirmación tajante de que la lógica que rige en el mundo del derecho es “la lógica de las probabilidades más que la lógica de la certeza”⁸¹. Su imagen de la realidad del derecho se presenta en este punto inevitablemente presidida por la idea de probabilidad.

Cardozo es consciente de que el derecho no siempre es predecible con el mismo grado de probabilidad, lo que hace que distinga entre tres visiones del derecho absolutamente diferenciadas, a saber: el derecho asentado, el derecho dudoso o incierto, y el derecho que no existe⁸², y no duda tampoco en reconocer que las sentencias judiciales deban buscar su principio inspirador muchas veces en la propia evolución de la vida social⁸³. Pero esto no impide reconocer la función que desempeña la idea de probabilidad de la conclusión judicial, allí donde es posible predecir con probabilidad, a la hora de definir al propio derecho, sin que en su caso, la decisión ulterior del juez suponga ningún tipo de menoscabo a la consideración previa de la decisión judicial como derecho preexistente a la misma. Cardozo lo expresa también de manera muy clara al señalar que “cuando hay un grado de probabilidad tal que nos lleva a la razonable seguridad de que una determinada conclusión debería ser plasmada en una sentencia, hablamos de la conclusión como derecho, aunque la sentencia no se haya dictado todavía, y aunque, una vez dictada, pueda decepcionar nuestras expectativas”⁸⁴.

81 *Ibidem*, pág. 33.

82 *Ibidem*, pág. 44: “Cuando la predicción alcanza un alto grado de certeza o seguridad hablamos del derecho como asentado, aunque por muy asentado que parezca estar, la posibilidad de la predicción siempre está presente. Cuando la predicción no llega a la altura de un estándar hablamos del derecho como dudoso o incierto. Más allá... el derecho no existe”.

83 De ello es buen ejemplo la resolución Judicial del propio Cardozo en el caso MacPherson contra Buick Motor Co. de 1916, que BETANCOR CURBELO, Diego, *El Derecho como reacción*, Taller Ediciones JB, Madrid, 1994, págs. 25-26, ha considerado como caso emblemático de adaptación del derecho a las exigencias del cambio social.

84 CARDOZO, Benjamin Nathan, *The Growth of the Law*, cit., págs. 33-34.

En definitiva, no podría hablarse en la concepción jurídica de Benjamín Nathan Cardozo de una identificación del derecho con la sentencia judicial, a la manera en que más tarde harán algunos de los autores más representativos del movimiento doctrinal comúnmente reconocido con la denominación de realismo jurídico americano, sino, muy al contrario de la posibilidad del dictado de sentencias que directamente infrinjan el derecho vigente. La probabilidad en la captación del sentido futuro de las decisiones jurídicas puede perfectamente resultar desmentida por la propia decisión jurídica. El concepto de probabilidad se vincula directamente con el concepto de derecho, en la determinación más precisa del derecho vigente, pero no necesariamente se vincula con el contenido de la decisión jurídica.

La conclusión es evidente. La idea de probabilidad representa un elemento relevante de crítica de la decisión jurídica, en la medida en que cabe perfectamente la existencia de sentencias judiciales que resulten contrarias al orden jurídico vigente. Y va a ser precisamente la valoración de los elementos que permiten predecir con probabilidad el sentido futuro de la decisión jurídica la que va a permitir determinar el carácter contrario o no a derecho de la sentencia judicial.

La idea de probabilidad asume también en este sentido en el pensamiento de Benjamín Nathan Cardozo la función de elemento nuclear del concepto de vulneración del orden jurídico por parte de los órganos judiciales. Estos no van a actuar siempre efectivamente siguiendo los dictados que impone el cálculo de probabilidad. Lo relevante es saber que en esos casos estaríamos vulnerando el orden jurídico vigente que representa en buena medida una variante dependiente de los elementos sobre los que se asienta en cada caso la idea de probabilidad. Elementos que el propio Cardozo dejaba en evidencia al señalar expresamente que: “Veo un vasto y poco preciso conglomerado de principios y reglas y costumbres y usos y pautas morales, listos para ser incorporados en una decisión según

cierto proceso de selección a ser practicado por un juez. Si tales elementos tienen la firmeza suficiente como para justificar con razonable certeza, la predicción de que hallarán el respaldo del tribunal en caso de que su autoridad sea controvertida... los mismos son derecho”⁸⁵.

III.3. La inconsistencia de la crítica formalista a la concepción probabilista del derecho

La teoría de la predicción jurídica, con la consiguiente incidencia de la probabilidad en la definición del derecho, fue criticada por Hans Kelsen al destacar la imposibilidad de predecir el sentido de las decisiones de los jueces cuando éstos actúan como legisladores⁸⁶. En este sentido indicaba en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado* que: “Es indudable que las reglas preexistentes que los tribunales aplican en sus decisiones no son profecías sobre lo que aquellos realmente harán. La regla que un juez aplica en un caso concreto no le dice en qué forma decidirá realmente, sino en qué forma debe resolver el propio caso. El juez no busca en la ley una respuesta a la pregunta sobre lo que realmente hará, sino a la pregunta sobre lo que debe hacer. El sentido subjetivo de una regla a la que un individuo desea ajustar su comportamiento y por la cual se siente obligado, ya sea para aplicarla o para obedecerla, únicamente puede ser el de un deber y no el de un ser. La regla que establece que algo es o habrá de ser, nada indica al individuo que desea saber cómo debe conducirse. La regla que expresa en qué forma tienen la costumbre de comportarse los individuos sujetos al orden jurídico o en qué forma los tribunales suelen resolver las

85 CARDOZO, Benjamín Nathan, “Jurisprudence. Address before the New York State Bar Association Meeting Hotel Astor, January 22, 1932”, en *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Edited by Margaret E. Hall, Matthew Bender, Albany – San Francisco – New York, 1975 Reprint, pág. 18.

86 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción española de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 200: “Predecir con un grado razonable de probabilidad lo que hará un tribunal al actuar como legislador es tan imposible como predecir con un grado razonable de probabilidad qué leyes serán expedidas por un cuerpo legislativo”.

controversias, sería incapaz de ofrecer al particular o al juez la información que buscan. Pudiera creerse lo contrario únicamente porque en forma consciente o inconsciente se acepta que debe uno conducirse como la gente tiene costumbre de hacerlo, y que un tribunal debe fallar como los demás tribunales usualmente lo hacen, pues se presupone la existencia de una norma que instituye a la costumbre como acto creador del derecho”⁸⁷.

Curiosamente podría entonces decirse que la idea de probabilidad entra de alguna manera en el concepto de derecho a través del reconocimiento, aunque sea implícito, de la costumbre como fuente del derecho. El propio Kelsen señala expresamente que la norma que los jueces aplican tiene esa base fundamentalmente consuetudinaria, lo que es lo mismo en nuestra opinión que reconocer que la consideración de los actos de obediencia al derecho que están en la base de la asunción de la idea de probabilidad o de profecía como expresión del propio orden jurídico tienen ese matiz específicamente probabilístico. Kelsen expresa con claridad que la costumbre entendida en ese sentido es a la hora de la verdad “la norma que el tribunal aplica u obedece cuando desea saber en qué forma los individuos acostumbran comportarse, y en qué forma los tribunales resuelven usualmente los asuntos de que conocen”⁸⁸.

Las ideas de probabilidad y predicción quedan ciertamente desplazadas del concepto de derecho que propone Kelsen, pero de algún modo puede decirse que se reincorporan a su concepción bajo el paraguas del reconocimiento implícito de la costumbre como fuente del derecho. Porque la costumbre nos va a proporcionar efectivamente la información de lo que los individuos y los órganos judiciales hacen habitualmente, o lo que es lo mismo, la información de lo que los individuos y los órganos judiciales probablemente harán en los casos de que se trate, más allá de lo

87 *Ibidem*, págs. 200-201.

88 *Ibidem*, pág. 201.

que puedan indicar expresamente los enunciados normativos contenidos en las disposiciones jurídicas.

Ciertamente, esta recuperación de las ideas de predicción y de probabilidad como expresión del concepto de derecho en el pensamiento teórico de Hans Kelsen choca con el sentido general que se suele atribuir a su pensamiento. El propio Kelsen se esfuerza denodadamente en ubicar a la predicción en un plano diferente al de las ideas de norma y en cierto modo también de deber jurídico y derecho subjetivo. En este sentido señala que: “Fácilmente puede mostrarse cómo el sentido que los juristas atribuyen a los conceptos de deber jurídico y derecho subjetivo no es el de una predicción de la conducta futura de los tribunales. El hecho de que un tribunal decrete cierta sanción contra un individuo acusado de determinado acto antijurídico depende de varias circunstancias, pero especialmente de la habilidad del tribunal para comprobar que dicho individuo ha cometido tal acto. Cuando más, la decisión del tribunal únicamente podrá ser predicha con un cierto grado de probabilidad. Pero puede suceder, por ejemplo, que alguien cometa un asesinato en una forma que haga altamente improbable que un tribunal esté en condiciones de comprobar la culpabilidad del autor. Si, de acuerdo con la definición que el magistrado Holmes da del derecho, el acusado consulta a un abogado acerca de lo que los tribunales realmente harán, el abogado tendría que decir al asesino: es improbable que el tribunal lo condene a usted; es muy probable que lo absuelva. Pero ¿sería tal enunciado equivalente a este otro: usted no estaba obligado a abstenerse de matar? Seguramente que no”⁸⁹.

La conexión de la idea de norma jurídica con el concepto de sanción recupera en este punto de manera nítida la idea de probabilidad, pero situándola ya en un plano radicalmente diferente al del concepto de derecho. Es lo que claramente viene a decir cuando indica Kelsen que: “La

89 *Ibidem*, pág. 199.

significación del enunciado: A está legalmente obligado a determinada conducta, no equivale a la de este otro: es probable que un tribunal decrete una sanción en contra de A, sino a la de el siguiente: si un tribunal establece que A se ha conducido en forma contraria a la ordenada, deberá decretar una sanción en contra de A. Sólo si el abogado da al asesino una respuesta de este tipo le ofrecerá una información jurídica. La existencia de un deber es la necesidad legal, no la probabilidad fáctica de una sanción. De manera semejante, el derecho subjetivo significa la posibilidad legal de dar origen a una sanción, no la probabilidad de ser la causa de tal sanción”⁹⁰.

Kelsen distingue ciertamente las normas jurídicas de las “reglas reales” que determinan el comportamiento de los órganos judiciales diferenciando en este sentido la función que cumple la jurisprudencia sociológica de la que atañe a la jurisprudencia normativa: “A fin de predecir lo que los tribunales habrán de hacer, la jurisprudencia sociológica tendría que estudiar la conducta real de éstos con la mira de obtener las reglas reales que efectivamente determinan su comportamiento. Parece enteramente posible, a priori, que estas reglas generales abstraídas por la sociología de la conducta real de los tribunales, sean muy diferentes de las normas generales creadas por la legislación y la costumbre y expresadas por la jurisprudencia normativa por medio de enunciaciones sobre lo que debe ser. La diferencia puede existir no solamente en lo que respecta al sentido de las enunciaciones, sino en lo que atañe a su contenido. Puede suceder que, de acuerdo con las reglas generales establecidas por la sociología, los tribunales revelen un comportamiento totalmente distinto del que debieran observar de acuerdo con las reglas escritas sobre el papel que la jurisprudencia normativa representa”⁹¹.

90 *Ibidem*, págs. 199-200.

91 *Ibidem*, págs. 201-202.

Se plantea en este sentido una curiosa contradicción entre lo que el propio Kelsen denomina las reglas reales que siguen los órganos judiciales en su actividad profesional y las normas jurídicas. Una contradicción que queda no obstante resuelta con la advertencia de que las normas jurídicas habitan en el mundo del deber ser, que, ciertamente no tiene por qué guardar una correspondencia necesaria con el mundo de la realidad fáctica que expresan los comportamientos concretos de sus destinatarios.

En ese sentido las ideas de predicción y de probabilidad parecen situarse evidentemente en un ámbito distinto al que refiere el concepto de derecho, precisamente porque este se ubica en el mundo del deber ser. Ciertamente, en tanto se asume que las normas jurídicas son obra del legislador la probabilidad recuperaría su protagonismo si hubiera una posibilidad cierta de predecir el sentido de la actuación legislativa. Pero Kelsen es muy contundente al ofrecer la respuesta negativa al respecto: “La función del legislador, según ya se dijo, no puede predecirse. Su predicción es imposible porque la constitución determina el contenido de las leyes futuras cuando más de una manera negativa. Las funciones de una comunidad jurídica pueden predecirse sólo en cuanto se encuentran determinadas por el ordenamiento jurídico, en el sentido de la jurisprudencia normativa”⁹². Quiere con ello decirse que ni desde el punto de vista de lo que el derecho es efectivamente como estricta expresión de deber ser, ni desde el punto de vista del origen causal inmediato del derecho que representa la actividad del legislador cabe dar entrada en principio en la concepción kelseniana a la idea de predicción ni de probabilidad.

Lo que ocurre es que ese reconocimiento implícito de la costumbre como fuente jurídica viene a dar a las ideas de predicción y de probabilidad en el concepto de derecho una entrada, aparentemente contradictoria, con el sentido general de la concepción kelseniana. En realidad, ello encuentra

92 *Ibidem*, pág. 206.

un cierto encaje si tenemos en cuenta la distinción que Kelsen establece entre la idea de la ineficacia de las normas jurídicas singulares y la de la ineficacia global del sistema jurídico atribuyéndole a esta un cierto carácter sustantivo. En este sentido señala que: “La jurisprudencia normativa afirma la validez de una norma o, lo que es lo mismo su existencia, únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz; o sea cuando las normas de éste son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden o, en la hipótesis de la desobediencia, aplicadas la mayoría de las veces por los órganos estatales. Los preceptos que la jurisprudencia normativa considera válidos son normas ordinariamente obedecidas o aplicadas”⁹³.

Esta disolución del problema de la validez última del derecho en el problema de su eficacia representa ciertamente una concesión a los hechos que rompe la linealidad del hilo argumental lógico de la concepción kelseniana del derecho. Es una concesión necesaria para salvar la idea del derecho si no se la quiere ver como una idea vacía de contenido y de cualquier conexión con la representación misma de la realidad. Una concesión que permitiría también salvar la lógica del concepto de validez en su consideración de la concatenación de cada una de las normas que integran el sistema jurídico con las normas superiores del mismo en las que cada una de ellas encuentra su propio fundamento de validez.

Una concesión que se limita no obstante a reivindicar el carácter validante de la eficacia general del sistema jurídico dejando no obstante al margen el tema de la ineficacia de las normas jurídicas singulares que en principio no guarda relación con su validez. La norma jurídica singular seguirá siendo válida siempre que tuviera su correspondiente fundamento de validez en una norma superior del sistema, que, sin embargo, debería

93 *Ibidem*, pág. 202.

insertarse en un sistema jurídico que resultara eficaz en su consideración global.

Pero sin duda la aportación más importante de este autor en relación con el problema se encuentra en la presentación de su teoría de la imputación, ya esbozada en su temprana obra de 1911⁹⁴, que constituirá uno de los puntos centrales de su teoría pura del derecho, y seguirá vigente con distintos matices en su obra póstuma, *Teoría General de las Normas*, donde referirá el siguiente concepto del principio de imputación, que vendría a representar en consecuencia la formulación definitiva de su concepción al respecto: “En la conexión entre condición y sanción entendida como consecuencia, establecida por una norma general moral o jurídica, la cual viene descrita por la ética y por la ciencia jurídica en leyes morales o jurídicas, nos encontramos ante un principio que es diferente al de causalidad, expresado por leyes naturales formuladas por las ciencias naturales, pero sin embargo similar al mismo. He propuesto denominar a este principio como principio de imputación”⁹⁵.

La presentación del principio de imputación como el principio normativo-jurídico fundamental sustancialmente diferenciado del principio de causalidad que rige en el mundo natural⁹⁶, permite, en efecto, comprender que la atribución de las consecuencias jurídicas por la realización de los supuestos de hecho contemplados en las normas no

94 KELSEN, Hans, *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado*, traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, con notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 61: “La articulación entre un estado de hecho y un sujeto, establecida a base de la norma, es lo que se llama la imputación”.

95 KELSEN, Hans, *Teoría Generale delle Norme*, traduzione di Mirella Torre, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1983, pág. 50.

96 KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción del original alemán de la edición de 1960 de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, págs. 90 y ss.

obedece a ningún tipo de determinismo. Tanto la realización del supuesto de hecho como la atribución de las consecuencias jurídicas inherentes al mismo dependen, en último extremo, de la condición humana, cuyos designios resultan muy difíciles de predecir ni siquiera acudiendo a una valoración probabilista. No obstante, siempre será posible manejar los elementos y circunstancias condicionantes de las decisiones judiciales en orden a predecir con el mayor grado de probabilidad posible su sentido final⁹⁷.

Pero nada de ello tiene que ver en principio con el concepto de derecho, que en la concepción kelseniana resulta independiente de las actitudes que sus destinatarios puedan mantener al respecto. Siempre, no obstante, con la matización relevante que representa la condición de la eficacia general del sistema jurídico como fundamento último de la validez de las distintas normas que lo integran.

III.4. La redefinición del derecho a través de los estándares jurídicos

Aun cuando Cardozo diferencia adecuadamente la decisión jurídica del derecho que la fundamenta, dentro de ese mismo derecho concurren una serie de elementos que se presentan como candidatos a fundar la decisión judicial, entre los que se encuentran los textos normativos. No se trata de ofrecer un papel privilegiado a la norma jurídica con respecto a los otros elementos que pudieran suponer la base efectiva de la decisión jurídica. Pero sí, cuando menos, de entender que esos textos normativos también se le presentan al órgano judicial como una opción concreta, por lo demás revestida de autoridad, para fundar en ella la solución jurídica. Y que, en tanto que pudieran representar el fundamento efectivo de la decisión judicial, los textos normativos representarían el derecho real.

97 NAGEL, Stuart S., *Causation, Prediction and Legal Analysis*, Quorum Books, New York, 1986, pág. 45.

Estos textos pueden incorporar, y de hecho incorporan en muchas ocasiones, conceptos indeterminados que requieren la correspondiente intervención judicial para completar su significado. En este sentido el problema de la definición del derecho entronca curiosamente con el de la decisión judicial, porque es hasta cierto punto el juez el que al practicar la determinación de esos conceptos vagos está contribuyendo a la propia definición del derecho promoviendo un sentido preciso de alguno de los elementos candidatos a su vez a servir de base de la decisión judicial.

Cobra importancia en este punto el criterio que haya de seguir el juez, que ciertamente no es un criterio libre, sino un criterio definido por los métodos determinantes de la decisión jurídica. La particularidad del pensamiento de Benjamín Nathan Cardozo en este punto es que entiende que cuando existe un margen de apreciación judicial el juez ha de apoyarse en el modelo del individuo bueno y clarividente, asumiendo que el derecho “deberá seguir o esforzarse en seguir el principio y la práctica de los hombres y mujeres de la comunidad cuya mentalidad social pueda calificarse como inteligente y virtuosa”⁹⁸.

Claro que no es este modelo del individuo inteligente y virtuoso un modelo prefigurado e inalterable. Al contrario, es un modelo que cada órgano decisor interpreta a su manera, si bien cabe lógicamente hacerse un cálculo de probabilidades acerca de cuál será el contenido concreto del modelo en cuestión. Resulta en este punto paradójico que un órgano decisor que no necesariamente responde al modelo del individuo inteligente y virtuoso se vea obligado a aplicar un modelo que no comparte, o que, por lo menos, no queda reflejado en los actos que proyectan su concreta personalidad.

98 CARDOSO, Benjamín Nathan, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, pág. 37.

Pues bien, no cabe duda, entendemos, que esta disociación entre el modelo a aplicar y la personalidad de quien lo aplica contribuye a complicar en gran medida el cálculo de probabilidades, introduciendo factores personales que resultan especialmente incontrolables y aleatorios. Es relevante en cualquier caso señalar que a diferencia de Oliver Wendell Holmes que situaba al hombre malo en el centro de su concepción del derecho, Cardozo retomará en cierto modo la idea del concepto de derecho asumiendo el punto de vista contrapuesto del individuo inteligente y virtuoso. Un modelo que abre el campo al cálculo de probabilidades en la determinación de su contenido. Un cálculo de probabilidades incierto y complicado además por las diferentes concepciones del bien que puedan tener los órganos encargados de su correspondiente ejecución.

IV. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO JURÍDICAMENTE RELEVANTES

IV.1. La probabilidad en el ámbito de la función promocional del derecho

El segundo ámbito de lo jurídico en el que incide de manera decisiva la idea de probabilidad es el de la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes. Cuando el legislador determina que una concreta situación social ha de integrar el supuesto de hecho de una norma jurídica está pensando en los efectos que la realización efectiva de ese supuesto de hecho puede tener en relación a los bienes que el orden jurídico trata de proteger y en relación a la remodelación de las situaciones, del estado de cosas, que dicho orden jurídico trata de promover.

Durante mucho tiempo se ha pensado en el derecho como un instrumento adecuado para garantizar la paz y el orden social a partir de la idea de la no intromisión de los demás en el goce y en el disfrute de las cosas que pertenecen a sus legítimos propietarios. Se entendía a este respecto que las cosas que debía proteger el derecho frente a la intromisión ajena eran tanto los bienes materiales como los inmateriales y, de manera especial, la propia integridad personal del individuo. El derecho adquiría

así un carácter marcadamente garantista o conservador, manifestándose fundamentalmente en sus funciones protectora y represiva.

En la actualidad, sin embargo, la relevancia que ha venido adquiriendo el modelo del Estado asistencial ha llevado a una modificación radical del papel del derecho que ha pasado a ser el instrumento básico de redistribución social. Ya no se trata sólo de garantizar la preservación de la paz, del orden social y de las situaciones de poder a las que han accedido los ciudadanos sino también de conseguir una modificación de las situaciones de hecho que puedan en un determinado momento considerarse injustas. Eso explica la tendencia actual de los textos constitucionales a atribuir a los poderes públicos, y con ello también al derecho, la función de remover las situaciones que se entienden insatisfactorias⁹⁹ con vistas al diseño de un panorama social que puede considerarse más justo e igualatorio.

En este marco se manifiesta la “insuficiencia de las concepciones tradicionales del derecho”¹⁰⁰ que no pueden dar cuenta efectiva del uso cada vez más extendido en los Estados contemporáneos de las técnicas de alentamiento que evidencian la actual asunción por parte de los ordenamientos jurídicos de corte socialdemócrata de la función promocional o redistributiva que se entiende en el actual modelo de organización social que les corresponde llevar a cabo¹⁰¹. A su vez esta

99 Es paradigmático a este respecto el artículo 9.2 de nuestro texto constitucional.

100 BOBBIO, Norberto, “La función promocional del derecho”, en *Contribución a la teoría del derecho*, traducción española de Alfonso Ruíz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990, págs. 371 y ss.

101 *Ibidem*, pág. 379: “En el Estado contemporáneo se hace cada vez más frecuente el uso de las técnicas de alentamiento. Apenas se empieza a advertir el uso de estas técnicas se está obligando a abandonar la imagen tradicional del derecho como ordenamiento protector-represivo. Junto a ella toma forma una nueva imagen: la del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional”.

modificación del sentido y de las funciones del derecho¹⁰² en la actualidad lleva también consigo un nuevo esquema de la estructura de la norma jurídica. Algunas de las normas jurídicas de los Estados socialdemócratas no se dedican tanto a imputar consecuencias desfavorables al infractor del deber general de proteger al titular de los derechos en la detentación y en el goce y disfrute de los mismos, sino a ofrecer estímulos más o menos efectivos por la realización de acciones que son consideradas convenientes desde la perspectiva del establecimiento de un marco social más justo.

En este esquema se altera también el concepto tradicional de sanción jurídica. Este sigue representando la idea de una particular consecuencia que imputa la norma jurídica a la realización de determinados supuestos de hecho. Pero ya no se trata necesariamente de una consecuencia de índole negativa o desfavorable al sujeto de la acción, porque tampoco el supuesto de hecho responde a la idea del comportamiento vulnerador de la integridad de los bienes jurídicos. Al contrario, representa el mismo la realización de una conducta considerada como conveniente al conjunto social, a la que la norma jurídica correspondiente le reconoce la atribución de un determinado efecto positivo que opera como aliciente o compensación de la misma.

En este punto la sanción o consecuencia jurídica derivada de la realización del supuesto de hecho adquiere un sentido favorable a los intereses del sujeto. Así, permaneciendo fiel al esquema de consecuencia imputada a la realización de un determinado supuesto de hecho, la noción de sanción jurídica pierde el significado necesariamente negativo que tradicionalmente se le venía reconociendo y se presenta alternativamente como un efecto desfavorable o beneficioso para los intereses del actor

102 Sobre las funciones del derecho en general FERRARI, Vincenzo, *Funciones del derecho*, traducción española de María José Añón Roig y Javier De Lucas Martín, Editorial Debate, Madrid, 1989.

según se trate de una norma represiva de conductas inconvenientes o por el contrario de una norma estimuladora de comportamientos socialmente deseables. Este nuevo significado de la noción de sanción jurídica queda reflejado en la teoría del derecho contemporánea en la asunción de la idea de la división de las sanciones jurídicas en sanciones jurídicas positivas y negativas¹⁰³.

Lógicamente la imputación de estos tipos de consecuencias a la realización de determinadas conductas depende fundamentalmente de la valoración que en cada momento y circunstancia pueda realizar el legislador de los efectos inconvenientes para la preservación de la integridad de los bienes jurídicos protegibles o favorables a la instauración de un orden social más justo e igualitario. Pero dicha valoración no puede realizarse en muchos casos de una manera absolutamente automática, requiriendo, por consiguiente, la elaboración de un juicio de probabilidad, con todas las consecuencias en orden al propósito absolutamente irrealizable de garantizar cualquier nivel de precisión o exactitud al respecto que ello conlleva.

La función promocional del derecho no se realiza únicamente a través de la instauración de determinadas técnicas de estímulo o alentamiento de las conductas individuales que se considera que favorecen la mejor conformación del orden social. Hay una manera mucho más directa y compulsiva de conseguir que los individuos participen en dicha conformación, que es no alentarles a actuar de un determinado modo, sino exigirles directamente que lleven a cabo dicha actuación.

En este sentido las prestaciones obligatorias constituyen un ejemplo de actividad reconocida por el Estado como exigible en la medida en

103 Véase al respecto BOBBIO, Norberto, "Las sanciones positivas", en *Contribución a la teoría del derecho*, cit., págs. 387 y ss.

que se piensa que su realización va a favorecer los intereses sociales. Con ellas no se trata ya de estimular al individuo a la realización de ningún comportamiento, sino, de manera mucho más eficaz, de imponerlo coactivamente¹⁰⁴. En estos supuestos el juego de la idea de probabilidad es bastante escaso, porque cuando se toma la decisión de requerir al individuo la realización de una actividad positiva es porque se tiene la seguridad de que efectivamente se favorecen dichos intereses sociales, o por lo menos algún tipo de intereses sociales¹⁰⁵.

Dentro de las prestaciones obligatorias se encuentran desde luego las prestaciones impositivas. El devengo de los tributos constituye en la perspectiva del Estado social el más directo instrumento redistribuidor de que disponen los poderes públicos. También en este caso se puede

104 No podemos compartir en este punto la descripción de los contenidos posibles de las normas jurídicas que realiza ARA PINILLA, Ignacio, *Teoría del Derecho*, 2ª edición revisada, Taller Ediciones J. B., Madrid, 2005, pág. 116, al señalar que “éstas pueden establecer la represión de conductas lesivas para determinados bienes públicos o privados, o, sin más, peligrosas, para la integridad de los mismos, la incentivación de ciertas actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social, el status que corresponde a cada individuo dentro de la colectividad en cuestión. la distribución de bienes y servicios entre los integrantes de la comunidad que rige el derecho o su atribución a personas ajenas a la misma, la institución de poderes públicos con sus respectivas competencias”.

Aun reconociendo el mérito de esta descripción casi exhaustiva de los contenidos de las normas jurídicas nos parece que tal descripción no puede ser completa si no incorpora la idea de la exigencia de ciertas actitudes como son las actitudes individuales obligatorias que la generalidad de los ordenamientos reconoce (las prestaciones sociales, la prestación de socorro, etc...) en sus normas. En este sentido, nos parece más conveniente sustituir la segunda de las categorías citadas (la incentivación de ciertas actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social) por la de la exigencia, o, en su caso, incentivación de las actitudes referidas.

105 En este sentido queda, desde luego, abierta la posibilidad de que la realización de tales actividades pueda tener un efecto global desfavorable a los intereses de la sociedad, lo que requeriría una evaluación matizada de los resultados que producen y de la aceptación social de los mismos. Pero lo que es indudable es que su instauración como conductas positivas exigibles tiene su fundamento en la consideración de que tales conductas producen, con seguridad, un efecto querido por el ordenamiento jurídico.

considerar que, al igual que sucede con el resto de las prestaciones obligatorias, como consecuencia de su realización se produce, con evidente seguridad, un efecto que se estima desde luego favorable a la realización de los intereses sociales, como es, ya inmediatamente, el mero hecho de poder disponer de una determinada cantidad económica con la que llevar a cabo la función redistribuidora que se considera fundamentalmente en el Estado promocional específica del derecho.

Pero la determinación de los supuestos de hecho sometidos a imposición no siempre tiene una naturaleza exclusivamente redistribuidora, sino que también tiende en ocasiones a desalentar la realización de actividades (el consumo de tabaco o de alcohol por parte de los particulares, por ejemplo) que se entiende con mayor o menor fundamento que pueden perjudicar la realización de los intereses sociales. En este sentido se hace preciso valorar los efectos que, en su caso, puede producir la realización de las conductas descritas como hecho imponible, a fin de comprobar su coincidencia o no coincidencia con los intereses sociales¹⁰⁶. Pero nuevamente nos encontramos aquí con el hecho de que tal valoración no puede realizarse en muchos casos de manera absolutamente automática, requiriendo en cualquier caso la elaboración de un juicio de probabilidad, con las consecuencias a las que ya hemos hecho alusión.

En este sentido vemos que procede la realización de juicios de probabilidad en la determinación de los supuestos de hecho que pueden dar origen a sanciones jurídicas negativas, a sanciones jurídicas positivas o a una imposición especial en el sentido de resultar una imposición cualificada. A este respecto se trata de valorar no sólo la probabilidad de la producción inmediata de un efecto directamente desfavorable para los

106 Que, en último término, pueden también incorporar, en los supuestos de políticas jurídicas paternalistas sobre cuya legitimidad no nos vamos a pronunciar en este momento, la consideración de los intereses del propio sujeto que realiza la acción.

intereses sociales, sino también los efectos indirectos de los supuestos de hecho a tipificar. El orden jurídico sanciona así negativamente no sólo la lesión de los bienes jurídicos sino también la puesta en peligro de los mismos, entendiendo al peligro como la probabilidad de la realización de una lesión efectiva de los bienes jurídicos¹⁰⁷, y sanciona positivamente (establece estímulos e incentivos) a la realización de acciones que se entiende que probablemente van a contribuir al mejor desarrollo de la vida social.

El concepto de peligro o de puesta en peligro de bienes jurídicos representa la función que compete a la idea de probabilidad a la hora de determinar la posible existencia de un supuesto de hecho al que se le imputa una sanción jurídica negativa. El concepto de expectativa social representa, a su vez, la función que compete a la idea de probabilidad a fin de determinar la existencia de un supuesto de hecho al que se le imputa una sanción jurídica positiva¹⁰⁸. En su condición de instrumento técnico de desaliento de actividades que no necesariamente producen un daño, sino que en ocasiones es simplemente probable que lleguen a lesionar la integridad de determinados bienes jurídicos, el concepto de peligro representa también la función que corresponde a la probabilidad en la determinación de ciertos supuestos sometidos al tipo de imposición cualificada al que antes hacíamos referencia.

107 Así, SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pág. 794, señala que el peligro es la “probabilidad de un daño”; HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, en *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pág. 548, indica que nos encontramos ante una actuación peligrosa “cuando a una acción le es inherente la probabilidad de dañar o perjudicar a un objeto”.

108 Al estar vinculado a un tipo normativo cuya relevancia en los ordenamientos jurídicos data de una fecha relativamente reciente, el concepto de expectativa que referimos no ha tenido el mismo desarrollo doctrinal que el de peligro, el cual se encuentra vinculado a un tipo normativo prototípico de los ordenamientos jurídicos de carácter garantista, no transformador.

IV.2. La probabilidad en el ámbito de la función represiva del derecho

IV.2.1. La prevención jurídica frente al riesgo

Pese a la abundante bibliografía acerca de los delitos de peligro¹⁰⁹,

109 En 1966, Luis Jiménez de Asúa afirma en el prólogo que realiza a la obra de Baigún (*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967), que es a partir de 1961, año en el que Welzel publica su artículo *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* y presenta una ponencia al Cuarto Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Lisboa ese mismo año, cuando los delitos de peligro van a comenzar a ser realmente tenidos en consideración. Sin embargo, son muchos los autores que coinciden en considerar que es años más tarde, concretamente con la celebración del Congreso Internacional de Derecho Penal de 1969 donde se plantea la falta de atención que se ha dedicado a los delitos de peligro, el momento a partir del cual se va a suscitar una preocupación en la doctrina y en la dogmática jurídico penal por el estudio de estas figuras delictivas. Interés que se mantiene hasta la actualidad y tiene como fruto la publicación de numerosos y recientes trabajos al respecto, intentando paliar, de este modo, la dejadez y el descuido en que se había sumido a los delitos de peligro frente a los delitos de lesión, que han sido objeto pormenorizado de estudio. Por ejemplo, son obras destacadas sobre este tema, entre otras, en España, BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, págs. 487 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Resultado y delitos de peligro”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979, págs. 263 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 323 y ss.; CÓRDOBA RODA, Juan, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 357 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones U.C.M., Facultad de Derecho, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de Publicaciones U.C.M., Facultad de Derecho, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 825 y ss.

En Alemania, BOHNERT, Joachim, “Die Abstraktheit der abstrakten Gefährungsdelikte-BGH, NJW 1982, 2329”, en *Juristische Schulung* 24, 1984, págs. 182 y ss.; BREHM, Wolfgang, *Zur Dogmatik des abstraktes Gefährungsdelikts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973; FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, hrsg. von August Hegler, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930,

Bd. I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 230 y ss.; GALLAS, Wilhelm, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, hrsg. von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972, págs. 171 y ss.; GRAUL, Eva, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991; HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1991; HIRSCH, Hans Joachim, "Gefahr und Gefährlichkeit", cit., págs. 545 y ss.; HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1973; HOYER, Andreas, "Zum Begriff der <abstrakten Gefahr>", en *Juristische Arbeitsblätter* 22, 1990, págs. 183 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1989; LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1967; MEYER, Andreas H., *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der "abstrakten Gefährdungsdelikte" unter besonderer Berücksichtigung des Vertassungsrechts*, Lit. Verlag, Münster, Hamburg, 1992; SCHRÖDER, Horst, "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?", en *JuristenZeitung*, 1967, págs. 522 y ss.; *Idem*, "Les délits de mise en danger", Rapport national presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 7 y ss.; SCHROEDER, Friedrich-Christian, "Die Gefährdungsdelikte", en *Deutsche strafrechtliche Landesreterate zum XI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Caracas 1982, Beihett zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1982, págs. 1 y ss.; SCHÜNEMANN, Bernd, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", cit., págs. 715 y ss.; VOLZ, Manfred, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Franz Frank, Göttingen, 1968.

En Argentina, BAIGÚN, David, "Les délits de mise en danger", Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 33 y ss.

En Francia, MARCHAL, André, "Le délit de mise en péril et son objet", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1968-1969, págs. 299 y ss.

En Italia, DELITALIA, Giacomo, "Les délits de mise en danger", Rapport général, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 287 y ss.; GALLO, Ettore, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Cedam, Padova, 1970; GALLO, Marcelo, "Consideraciones sobre los delitos de peligro", traducción al castellano de Carlos A. Tozzini, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, págs. 653 y ss.; PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminale*, Giuffrè Ed., Milano, 1990; PATALANO, Vincenzo,

existe aún hoy en la dogmática del derecho penal una viva discusión en torno a la legitimidad y, en su caso, a la posible legitimación de los denominados por algunos autores como “hijos predilectos” de la ciencia penal¹¹⁰ o del legislador¹¹¹ o “hijastros de la dogmática penal”¹¹².

Y esta discusión se acrecienta, de forma apreciable, si nos ceñimos exclusivamente a los llamados delitos de peligro abstracto, que plantean abundantes problemas dogmáticos incluso ya en su propia denominación, también en relación a la existencia y prueba del dolo¹¹³, así como en la

Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo, Jovene, Napoli, 1975; PENSO, Girolamo, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Giuffrè Ed., Milano, 1976.

En Portugal, FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

- 110 SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, cit., pág. 715, en donde afirma refiriéndose a los delitos de peligro: “...dass aus Stiefkindern heute Lieblingskinder geworden sind”, es decir, los “desgraciados” han pasado a convertirse en los “predilectos” hijos de la ciencia penal.
- 111 Así los calificaba algunos años antes, aunque refiriéndose únicamente a los delitos de peligro concreto en el ámbito del tráfico, LACKNER, Karl, en su obra *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, cit., pág. 1, cuando escribe: “...ist sie beinahe zum Lieblingskind des Gesetzgebers geworden”. En España, gusta de hacer uso de esta expresión para referirse, en general, a los delitos de peligro, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria”, en *Comentarios a la legislación penal*, T. XIV, vol. 12, 1992, pág. 108; *Idem*, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Poder Judicial*, nº especial XII, 1990, pág. 178.
- 112 HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, cit., págs. 45 y ss., donde apunta una idea similar a las mencionadas por los dos autores precedentes, ya que al tratar de los delitos de peligro se refiere a ellos como: “Das <Lieblingskind des Strafgesetzgebers> als <Stiefkind der Dogmatik>”.
- 113 En relación al estudio del tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto, es de destacar el reciente trabajo de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 238 y ss; *Idem*, Voz “Delitos de peligro”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 2080-2081, quien llega a la conclusión de que el dolo de peligro, en los delitos de peligro concreto, no es otra cosa que el dolo referido al conocimiento y voluntad de poner en peligro, por lo que considera que el dolo de peligro y la imprudencia respecto de la lesión tienen idéntico contenido. Mientras que, en los delitos de peligro abstracto, el dolo o la

posibilidad de comisión por culpa¹¹⁴, a las formas imperfectas de ejecución y en cuanto a la posibilidad de admisión de la prueba de la inexistencia del peligro en el caso a juzgar¹¹⁵.

Se cuestiona, en principio, la conveniencia de mantener este tipo de delitos en las legislaciones actuales por la pretendida vulneración que los mismos suponen de principios básicos del ordenamiento jurídico, como el principio de ofensividad, de legalidad y el principio de mínima intervención o de última ratio del derecho penal. Argumentos esgrimidos en contra de los delitos de peligro abstracto son, en este sentido, considerar que dichos delitos carecen de contenido (objetivo) en la antijuridicidad, es decir, el que carezcan materialmente de nocividad para los bienes jurídicamente protegidos¹¹⁶; el que impliquen menguar la garantía de lesividad¹¹⁷; el hecho de que resulte difícil delimitar en ellos un resultado independiente de la acción; el que supongan un injustificado inflacionismo

imprudencia han de referirse sólo a los elementos del tipo legal, sin necesidad de que el sujeto conozca y quiera la peligrosidad de su actuación.

- 114 Frente a la postura de la mayoría de los autores que niegan la posibilidad de delitos de peligro abstracto imprudentes, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 304 y ss.; *Idem*, Voz “delitos de peligro”, cit., pág. 2081, admite la punibilidad de la comisión imprudente en esta clase de delitos.
- 115 BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, cit., págs. 487 y 488.
- 116 Véase a este respecto, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, págs. 334 y ss. Y especialmente, págs. 340-341, donde al exigir como elemento fundamentador del injusto la necesidad de una verificación de la afección al bien jurídico, estima que aquellos supuestos en que esta característica no concurre -como sería el caso de los delitos de peligro abstracto-, no deben ser amparados por el Derecho penal, de manera que en lo que al peligro se refiere debe establecerse la exigencia de un peligro concreto.
- 117 En este sentido FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 711. Señala a su vez la tendencia actual que -vulnerando el principio de necesidad- favorece la inflación de la justicia penal por la superabundancia e indeterminación de las figuras delictivas (pág. 712).

punitivo, con la consiguiente amenaza que ello conlleva para la seguridad jurídica; la posible violación del principio *nullum crimen sine culpa*¹¹⁸ y el peligro creado con la supervivencia de los mismos de difuminar los límites existentes entre el derecho penal y la ética¹¹⁹. Estas y otras razones son empleadas por aquellos autores que abogan por la eliminación de los delitos de peligro abstracto de los códigos penales actuales¹²⁰, o, en otras

118 En relación a la posible violación que suponen los delitos de peligro abstracto del principio de culpabilidad, la crítica se realiza en el sentido de que estos implican una transgresión de dicho principio ya que en algunos supuestos no ponen en un peligro real al bien jurídico. Realizan esta apreciación, entre otros, BOHNERT, Joachim, “Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte-BGH, NJW 1982, 2329”, cit., págs. 184 y ss.; HOYER, Andreas, “Zum Begriff der <abstrakten Gefahr>”, cit., págs. 184 y ss. En el ámbito español, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, Voz “Delitos de peligro”, cit., pág. 2079, hace alusión a la posible inconstitucionalidad de los delitos de peligro abstracto por violar el principio de culpabilidad o “principio de responsabilidad subjetiva”; *Idem*, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 250, señala además otra acepción del principio de culpabilidad “en sentido procesal, equivalente al principio *in dubio pro reo* y al principio constitucional de presunción de inocencia”.

119 SCHÜNEMANN, Bernd, “Shortcomings of the classic concept of criminal liability for negligence in the contemporary society: new tendencies and prospects”, en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), *Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales*, XXIIº Coloquio de Derecho Europeo organizado por el Consejo de Europa y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna del 17 al 19 de noviembre de 1992, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, págs. 62 y ss., considera a este respecto, y en sentido crítico, que los delitos de peligro abstracto responden a la medida más severa que el Estado puede adoptar para paliar comportamientos peligrosos, constituyendo, a su vez, una medida arcaica y primitiva que deriva de “un sistema autoritario típico de las sociedades arcaicas que recurren a tabús de tipo religioso en lugar de tener fe en la razón de la persona”. Estima asimismo el autor alemán que “las infracciones de peligro abstracto no pueden ser justificadas en una sociedad moderna más que en el caso de que el autor del acto pierda él mismo el control de los acontecimientos y no se encuentre en situación de poder actuar razonablemente, como ocurre en el supuesto de la conducción en estado de embriaguez”.

120 Se manifiestan abiertamente en contra de la existencia de los delitos de peligro abstracto, haciéndose eco de los inconvenientes que acerca de los mismos hemos señalado, entre otros, ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981, págs. 251-252; BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, cit., págs. 30 y ss.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Resultado y delitos de peligro”, cit., pág. 273; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., págs. 326 y ss.; DELITALA,

palabras, porque el Derecho Penal ponga fin a su función sancionadora en el justo límite donde deja de existir el peligro concreto¹²¹.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, en contra de dicha opinión, se muestra favorable a la existencia de aquellas figuras delictivas en las que se produce una anticipación de la consumación del delito al momento en el que cabe la posibilidad de que surja el peligro de lesión de ciertos bienes

Giacomo, “Les délits de mise en danger”, cit., págs. 292 y ss.; HASSEMER, Winfried, “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici”, traducción de Paolo Becchi, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, págs. 109-110 y 113; PADOVANI, Tullio, “La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pág. 121; RANIERI, Silvio, *Manuale di Diritto Penale*, PG, vol. I, 4. ed., Cedam, Padova, 1968, págs. 248 y ss.; RODRÍGUEZ DEVEZA, José María - SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español*, PG, 17. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1994, pág. 428; SANTAMARÍA, Darío, “Les délits de mise en danger”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, n° 1-2, págs. 314 y ss. CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en AA.VV., *Manual de Derecho Penal*, PE, T. IV, dirigida por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, págs. 91 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pág. 479, por considerar que “implican duplicar la responsabilidad por los delitos comunes de los que sólo son un medio...”; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 162; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria”, cit., págs. 108 y 113; *Idem*, “La responsabilidad penal del que conduce vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, en *III Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico*, Dirección General de Tráfico y Facultad de Derecho de Granada, Granada, 1988, págs. 59 y ss.; PÉREZ ALVÁREZ, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Ed. Praxis, Barcelona, 1991, págs. 58-63.

- 121 En este sentido, von LISZT, Franz, “Tötung und Lebensgefährdung”, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, BT, V. Band, Verlag v. Otto Liebmann, Berlín, 1905, pág. 158, donde considera apropiado, tal y como reza textualmente, que: “La protección penal dispensada a los bienes jurídicos tenga su fin con la desaparición del peligro concreto”.

En la doctrina española en un sentido similar, CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, cit., pág. 94, entiende que: “el ordenamiento penal sólo debería incorporar tipos de peligro concreto... reservándose la modalidad abstracta para el ordenamiento administrativo”, lo que reitera más adelante al afirmar que en los supuestos de peligro abstracto “la intervención será propia del ordenamiento administrativo” (pág. 100); MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, cit., pág. 178.

jurídicos, por resultar necesario dadas las exigencias del actual desarrollo de la vida social, del sentido de la solidaridad existente entre los hombres, o, con el fin meritorio de evitar que la lesión llegue a originarse¹²².

Y, en esta línea, tampoco faltan iniciativas, que, tratando de salvar los obstáculos y críticas de que son objeto los delitos de peligro abstracto, intentan dotarles de una nueva estructura y contenido. Van surgiendo, así, sucesivas alternativas o reformulaciones de dichos tipos¹²³, que, defendiendo el mantenimiento de los mismos¹²⁴, persiguen, a su vez, salvar escollos importantes como el respeto que deben ofrecer al principio de legalidad, la problemática referente al contenido del injusto o la posibilidad de admisión de la prueba en contra de la presunción del peligro.

No obstante, pese a mantenerse viva la polémica, resulta paradójico observar cómo se ha producido una auténtica tendencia inflacionista en el derecho penal en relación con los delitos de peligro¹²⁵, en general,

122 En términos similares, se manifiesta VERSELE, Séverin-Carlos, “L’incrimination de la mise en danger”, en *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, núm. 4, 1967-68, pág. 443.

123 TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, cit., págs. 825 y ss.; SCHRÖDER, Horst, “Abstraktkonkrete Gefährdungsdelikte?”, cit., págs. 522 y ss. Nos ofrecen estos autores nuevas alternativas a la formulación de los delitos de peligro abstracto.

124 Ya BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, B. 1, Normen und Strafgesetze, neudruck der 4. Aufl. Leipzig 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965, pág. 399, pese a manifestarse en contra de la regulación de los delitos de peligro abstracto, no obstante, apunta la necesidad de sancionar algunos de ellos por el principio del mal menor, como deja entrever cuando afirma: “...so bleibt die Alternative entweder wissentlich jene samt diesen zu verbieten oder aber die schlimmen samt den gutartigen Fällen verbotfrei zu lassen”.

125 Este incremento de los delitos de peligro se aprecia en una diversa pluralidad de ámbitos, así, los delitos relativos al tráfico rodado fueron introducidos en el Código Penal español por la Ley 3/1967, de 8 de abril, y reformados por LO 8/1983, de 25 de junio, que suprimió el delito del artículo 340 bis c); por LO 3/1989, de 21 de junio, que introdujo el artículo 340 bis d); y recientemente por LO 17/1994, de 23 de diciembre, que introduce la tipificación de la conducción de ciclomotor bajo la influencia de

y más específicamente con los delitos de peligro abstracto¹²⁶. Quiero con ello hacer referencia a la evidencia legislativa ya que en los últimos años se han introducido en los códigos penales europeos numerosos delitos de los englobados bajo la rúbrica de «delitos de peligro abstracto»¹²⁷.

Tendencia que sigue en aumento, pues como coincide en afirmar un sector de la doctrina¹²⁸ parece ser ésta, la de los delitos de peligro

bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia. Con la citada reforma de 1983 se introdujo el artículo 347 bis, relativo a la protección del medio ambiente y, el artículo 348 bis a), que protege las condiciones de seguridad en el trabajo; y se modificó, asimismo, el artículo 346, relativo a la protección de la salud pública, creando un delito de peligro concreto en su párrafo primero. Y la también citada LO 3/1989, crea el artículo 348 bis b), que hace alusión a la manipulación y transporte de sustancias peligrosas.

126 En este sentido, es decir, constatando la inclinación que existe a aumentar el número de figuras delictivas encuadrables bajo la denominación de delitos de peligro abstracto, aunque haciendo alusión a las figuras culposas, WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, PG, traducción al castellano de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, II. ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pág. 194, establece que: “Las últimas leyes se contentan, cada vez más, en relación al resultado de los tipos culposos con una puesta en peligro en vez de una lesión del bien jurídico”; así lo reconoce también, pero con carácter más general, SCHRÖDER, Horst, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 7 y ss.

127 Sin perjuicio de que haya autores como, FEARRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 469-470, que destaquen la existencia de tipos delictivos de peligro abstracto o presunto en el período de entreguerras, identificando a estas figuras como un fenómeno expresivo de la involución autoritaria que experimentaba el Derecho penal de aquel momento.

128 CEREZO MIR, José, “Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, págs. 582 y ss., se declara a favor de la introducción de nuevos delitos de peligro y, más concretamente, de ampliar el margen de los delitos de peligro abstracto para determinadas infracciones del tráfico rodado, cuando afirma: “No me parece, pues, justa ni político-criminalmente oportuna una restricción del ámbito de la punibilidad en nuestro Derecho penal del tráfico. Creo que hay que estudiar, en cambio, la posibilidad de incriminar otras infracciones de peligro abstracto...”, pág. 598. También, CONDEPUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico”, en *V Curso Internacional de Derecho de la Circulación*, Hauser y Menet, Madrid, 1963, pág. 68, y refiriéndose específicamente a los delitos de tráfico, afirma que: “...de las formas de tipificación posibles, la más adecuada a la naturaleza de

abstracto, la única técnica legislativa, o al menos la más conveniente para

la criminalidad de tráfico es la que responde a los delitos de peligro”; *Idem*, “El tratamiento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente”, en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1971, págs. 2-3, abogando por la conveniencia de esta clase de figuras delictivas afirma que: “...los delitos de peligro se corresponden mejor con las ideas de colectivización de la vida y solidaridad entre todos los componentes del grupo, hoy imperantes”; NOVOA MONREAL, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, Buenos Aires, 2012, págs. 291 y ss.

Señalan también la conveniencia de los delitos de peligro abstracto en relación con otros tipos de infracciones como son aquéllas que afectan a bienes jurídicos colectivos, las que conforman la delincuencia económica, algunos atentados contra la salud pública, contra el medio ambiente, etc..., entre otros, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pág. 482; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Servicio de publicaciones, Universidad de Cádiz, PPU, Barcelona, 1994, pág. 136, con la salvedad de que esta autora opta por la configuración de los delitos de peligro hipotético, págs. 130 y ss.; *Idem*, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 160 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “El delito ecológico y la salud pública”, en AA.VV., *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pág. 80; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Cuestiones concursales”, en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Ed. Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993, pág. 187, a tenor de la propuesta de un precepto contra la transmisión del sida considera oportuna la introducción de un delito de peligro concretoabstracto (concreto respecto de una persona determinada y abstracto en relación a la salud pública); *Idem*, “Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español”, en *Poder Judicial* 23, 1991, pág. 95; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Derecho Penal y protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1992, págs. 104-107; MIR PUIG, Santiago, “Presentación general y motivación de los párrafos 1 y 2”, en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico-penales del sida*, loc. cit., pág. 178; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 39, 1989, págs. 747-748; SGUBBI, Filippo, “Tutela penale di <interessi diffusi>”, en *La Questione Criminale*, 1975, pág. 468, si bien este autor se refiere a los delitos de peligro presunto; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico penales del sida*, loc. cit., pág. 111, parece decantarse también por esta opción cuando afirma que “cuando en la auténtica <situación de peligro> de lesión no va a ser posible intervenir de modo eficaz, ha de ser posible intervenir previamente en <situaciones de peligro> de peligro”.

proteger ciertos bienes jurídicos dentro de esta “sociedad de riesgo”¹²⁹, de innovación, de adelantos técnicos diarios en la que vivimos, y en la que se impone la necesidad de prevenir, penando conductas en sí peligrosas¹³⁰, sin necesidad de que se produzca el efectivo daño o lesión, ni tan siquiera la real o “concreta” situación de peligro¹³¹; o cuando no es posible demostrar la relación de causalidad entre una determinada acción y un resultado, dado el estado del conocimiento científico sobre las leyes causales en un momento histórico determinado¹³². En estos delitos la mera realización

129 Denominación empleada por PRITTWITZ, Cornelius, *Stratrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993, págs. 170 y ss., quien a lo largo de su obra emplea esta definición afirmando, incluso, la necesidad de dotar de entidad al “Derecho Penal de la sociedad de riesgo” (Strafrecht der Risikogesellschaft). Previamente, también, había hecho uso de dicho concepto en su obra, *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, Edition Sigma, Bonn, Berlín, 1990, págs. 7 y ss.

130 Como indica SAUER, Guillermo, *Derecho Penal*, PG, traducción al castellano de Juan del Rosal y José Cerezo, 3. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1956, pág. 141, el legislador puede prohibir modos de conducta típicamente peligrosos, y esto “está no solamente de acuerdo con la seguridad jurídica, sino que es un mandato de la misma y la fomenta”.

131 PRATSCANUT, José Miguel, “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 754. Por su parte, HERZOG, Felix, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)”, traducción al castellano de Elena Larrauri Pijoan y Fernando Pérez Álvarez, en *Poder Judicial*, n° 32, 1993, págs. 79 y ss., adopta una postura crítica ante el desarrollo inminente que está alcanzando el denominado Derecho penal de peligro, que intenta paliar los riesgos y amenazas que suponen los actuales procesos de modernización, por considerar que, a fin de cuentas, esta solución conduce a una instrumentalización política del Derecho, lo que, según su opinión, conlleva un notable perjuicio para el Derecho penal.

132 Recuérdense a este respecto los problemas suscitados en el caso Contergán (véase más ampliamente KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergán”, traducción al castellano de Conrado A. Finzi, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, págs. 7 y ss.), y, en nuestro país, en el del síndrome tóxico (STS de 23 de abril de 1992).

de la acción peligrosa representa ya la consumación, se adelanta, pues, la consumación en estas figuras delictivas a la simple creación de un riesgo¹³³.

Por otra parte, ateniéndonos a los fines que se persiguen mediante la aplicación de las penas, entiendo que cumplen estos delitos una evidente función de prevención general¹³⁴, al suponer, como tradicionalmente se ha venido interpretando, un adelanto de las barreras de protección penal¹³⁵ y

133 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, PG, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pág. 339.

134 En este sentido, cfr., PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 215; ANGIONI, Francesco, *Il pericolo come elemento della fattispecie penale*, I, Ed. Chiarella, Sassari, 1981, págs. 39 y ss., si bien refiriéndose a los delitos de peligro en general. Por su parte, GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè Ed., Milano, 1966, pág. 126, considera que la incriminación de conductas peligrosas es un acto de desconfianza en la eficacia preventiva de la pena, puesto que esta función no queda lo suficientemente cubierta con los delitos de lesión. Y esto es así, porque la experiencia ha inducido al legislador a un cierto escepticismo que sugiere la conveniencia de tener en consideración como ilícitos penales también estos momentos previos a la producción efectiva de un daño o lesión.

Contrario a esta opinión, FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, cit., págs. 575 y ss., considera, por su parte, que el hecho de que los delitos de peligro supongan una anticipación de la protección penal no ha de ser necesariamente coincidente con la circunstancia de que conlleven, a su vez, un aumento en cuanto a la función preventiva. Así, afirma que: “en el seno de esta problemática es preciso tener en consideración dos importantes conclusiones: a) primera: en términos de pura prevención la tipificación de las conductas de puesta en peligro en nada se diferencia de cualquier otra forma de tipificación; b) segunda: la legitimidad del alargamiento de la punibilidad resultante de la criminalización de conductas desencadenadoras de situaciones de puesta en peligro no puede provenir de la valoración político-criminal de querer cumplir la finalidad de disminución de la criminalidad”.

135 Ya a finales del siglo pasado JANKA, Karl, *Das österreichische Strafrecht*, 3. Aufl., F. Tempsky, Prag, Wien, 1894, pág. 55, apunta esta idea cuando reconoce que existen casos en los que el Derecho “va más allá. Prohíbe determinadas modificaciones peligrosas del mundo exterior porque quiere prohibir desde el principio un posible peligro, sin considerar si el caso concreto es o no peligroso”. Posteriormente, así lo entienden la mayoría de los representantes de la doctrina penal, resultando a estos efectos claramente ejemplificativa la afirmación de GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pág. 127, al considerar que: “La idea de puesta en peligro reenvía a intereses extranormativos..., respecto a los cuales la violación de los intereses protegidos por el derecho constituye un momento anticipado”. E igual

la consiguiente ampliación del marco de la punibilidad¹³⁶, dotándose a su vez a la norma penal de “una mayor efectividad”¹³⁷.

Constituyen, por lo tanto, este grupo de delitos una realidad legislativa que no se puede obviar, y no sólo una realidad sino también una necesidad, resulta imprescindible partir del examen y la delimitación del concepto de peligro en los delitos de peligro abstracto, ya que esta noción se conforma como pieza clave a la hora de configurar dichos tipos penales; tendremos, asimismo, irremediabilmente que determinar de qué se considera atributo ese peligro (si de la acción -como nosotros pretendemos argumentar-, o del resultado, como han propuesto algunos autores). Esto nos obliga a adoptar, a su vez, una postura en torno a la debatida cuestión del resultado, así como pronunciarnos acerca de la relación de causalidad que necesariamente habría de existir entre la acción y el efecto de la misma en el caso de reconocerse este resultado (entendido en sentido estructural y no valorativo)¹³⁸.

pensamiento podemos deducir de las palabras de, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., pág. 323, reconoce que en los delitos de peligro el fundamento teleológico de la incriminación es la “prevención de males para bienes dignos de tutela”; y, NOVOA MONREAL, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro”, cit., pág. 10, quien, asimismo, reconoce que: “El delito de peligro supone la aplicación de una pena para la protección de un determinado bien jurídico de gran valor que no ha sido lesionado, pero que estuvo en riesgo de serlo”.

136 FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, cit., págs. 575 y ss., considera que, por el hecho de que se constituyan como supuestos criminales comportamientos que determinan situaciones de mera puesta en peligro lo que se consigue no es, precisamente, un aumento de la prevención criminal, sino que lo que aumenta es la propia punibilidad.

137 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “El delito ecológico y la salud pública”, cit., pág. 80.

138 Un estudio acerca de las implicaciones y la problemática del resultado en el ámbito penal lo lleva a cabo, LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, *pássim*.

Como es fácil apreciar surgen en este empeño toda una serie de problemas concatenados¹³⁹ a cuyo examen renunciamos en este trabajo porque, aun siendo importantes, son secundarios a los objetivos principales que nos hemos propuesto desarrollar, sin perjuicio de que alguno de ellos aparezca aludido a lo largo de estas páginas. Así pues, acotamos ya la materia en torno al exclusivo estudio de la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto; delitos que, por otra parte, siempre han sido tratados de forma residual frente a los delitos de lesión y los de peligro concreto¹⁴⁰.

De lo que se trataría, a fin de cuentas, es de intentar dotar a los delitos de peligro abstracto de una elaboración dogmática que justificara por sí misma la autonomía y entidad propia de esta clase de delitos¹⁴¹, pero sin desvirtuar su esencia y estructura, pues si se aceptan como válidas algunas de las alternativas propuestas por diversos autores¹⁴², tratando de obviar

139 BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, cit., pág. 487, pone de manifiesto los recelos que despiertan este tipo de delitos por su cuestionada compatibilidad con los principios que rigen en el campo penal y constitucional, así como las múltiples dificultades dogmáticas que plantean.

140 Seguramente sea ésta la razón por la que la dogmática jurídico-penal ha carecido hasta fechas muy recientes de estudios específicos en torno a la figura de los delitos de peligro abstracto que permita dotarlos de una estructura propia.

141 TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, cit., pág. 827, como indica el autor, lo que se intenta conseguir en los delitos de peligro abstracto es “la mayor coincidencia posible entre el concepto formal -delito es la acción penada por la ley- y material de delito -delito es la acción peligrosa para bienes jurídicos fundamentales, reprochable personalmente a su autor-”, se trata, pues, de intentar lograr la transformación dogmática del grupo, dentro de los límites del principio de legalidad.

142 BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, cit., pág. 494, tras mostrarse reacio a la regulación de los delitos de peligro abstracto, aporta algunas alternativas, tales como, comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar, o la subsistencia de éste; reconducir los delitos de peligro abstracto a los delitos de peligro concreto; y, admitir la prueba de la inexistencia del peligro.

Pero, de admitir este tipo de alternativas, en sentido estricto, realmente, se estaría vaciando de contenido y dejando carente de entidad la figura misma de los tan discutidos delitos de peligro abstracto. En un sentido afín, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4. ed., Ed.

algunos de los inconvenientes y críticas de que han sido tradicionalmente objeto, en realidad difuminaría esta figura convirtiéndolos en delitos de peligro concreto o reconduciéndolos sin más a los delitos de lesión.

Creo, pues, que merece la pena dedicar nuestra atención a los que me atrevería a calificar como los “delitos incluseros”, o “el hijo inclusero” de la dogmática jurídico penal actual, habida cuenta de los innumerables recelos que despiertan en cuanto a su reconocimiento, a la justificación de su propia estructura y a la admisión de la necesidad de su existencia.

IV.2.2. El concepto de peligro

Hay que tener en cuenta, aunque resulte reiterativa esta matización, que el concepto de peligro no afecta solamente a la elaboración de la dogmática de los delitos de peligro¹⁴³, ámbito al que nos vamos a ceñir en exclusiva, sino que, si bien es cierto que con significado diverso, también

Tecnos, Madrid, 1994, pág. 355, afirma a su vez que: “La exigencia de un resultado de peligro..., para la realización del tipo de los delitos de peligro abstracto sería contraria a la ley. Se produciría una nivelación de los delitos de peligro concreto y de peligro abstracto”.

143 ANTOLISEI, Francesco, *Sul concetto del pericolo*, Società editrice libraria, 1914, págs. 22-23, pone de relieve la multiplicidad de aplicaciones del concepto de peligro al Derecho Penal, y señala que este es uno de los conceptos a los que se recurre más frecuentemente en el ámbito penal; *Idem*, *L'azione e l'evento nel reato*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928, pág. 117: el concepto de peligro en el seno del Derecho penal “adquiere un gran número de aplicaciones no sólo teóricas, sino también prácticas”, y en las páginas siguientes hace alusión a algunas de las materias en las que resulta trascendente este elemento tales como, el estado de necesidad, la tentativa, etc...

es pieza clave en otros ámbitos¹⁴⁴, tales como la imputación objetiva¹⁴⁵, la tentativa¹⁴⁶, la culpabilidad¹⁴⁷, los delitos imprudentes¹⁴⁸, la determinación de la causalidad según la teoría de la adecuación, las causas de justificación

144 Como apunta, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 50. Véase, además, FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, cit., págs. 567 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 17; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 101 y 102; RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Libreria Scientifica Giappichelli, 1932, págs. 2 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 21.; SCHWANDER, Vital, “Les délits de mise en danger”, Comentario previo a las cuestiones debatidas en el X Congreso Internacional de Derecho Penal (1969), en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1966, pág. 356.

145 Véase, por todos, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Voz “Imputación objetiva”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 3465 y ss., quien considera que en el ámbito de la reconocibilidad de la imputación objetiva “basta con que la acción cree un riesgo típicamente relevante”.

146 Ya von LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, traducción al castellano de Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, 3. ed., Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1974, pág. 301, destacó el hecho de que “la idea de peligro caracteriza especialmente la naturaleza propia de la tentativa criminal”. En la misma línea, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, PG, cit., 1978, págs. 339 y 340, pone de manifiesto el papel que juega el concepto de peligro a través del elemento de la tentativa, en relación con los delitos de daño (entendidos como aquéllos en los que se produce una lesión efectiva del bien jurídico), puesto que “el aspecto objetivo del contenido material de lo injusto de la tentativa está constituido por la creación de un peligro directo para el bien jurídico protegido en correspondiente delito consumado (v. gr. el riesgo que A. creó para la vida de B. al disparar sobre éste, aunque no haya logrado alcanzarle)”.

Sin embargo, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, cit., pág. 394, n. 136, estima que en la tentativa inidónea falta la peligrosidad de la acción y también el resultado de peligro pues el bien jurídico protegido (si existe) no ha corrido peligro.

147 MIR PUIG, Santiago, “Sobre el principio de culpabilidad”, en AA.VV., *El poder penal del Estado*, Homenaje a Hilde Kaufmann, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 365 y ss.

148 OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, Emilio - HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal*, PG, *Teoría Jurídica del Delito*, 2. ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 165, apuntan que en estos delitos el peligro entra en juego a la hora de establecer si ha habido previsibilidad objetiva del resultado e infracción del deber objetivo de cuidado.

(legítima defensa y, especialmente, el estado de necesidad)¹⁴⁹; así como también, respecto de la peligrosidad criminal¹⁵⁰, en relación con la aplicación de las medidas de seguridad¹⁵¹.

Valga la mención de estos aspectos para poner de manifiesto la amplitud e importancia del concepto de peligro, pudiéndose afirmar como muy acertadamente señala Ratiglia¹⁵², que “sobre la base del peligro se ha erigido toda la construcción penal de acuerdo con la gran obra de profilaxis social y de prevención de la delincuencia”. Pese a la evidente trascendencia que posee dicho concepto, su configuración plantea múltiples dificultades debido a la brevedad y transitoriedad del mismo¹⁵³, lo que se agrava porque la ley no nos aporta una definición sobre el peligro, cosa que sucede en el Derecho español; siendo así que este desdén que manifiesta el legislador por la definición del peligro no ha impedido -más bien ha provocado- que la doctrina se haya esmerado en el desarrollo de esta cuestión, intentando buscar una base sólida sobre la que realizar la valoración del juicio de peligro y la prueba del mismo.

149 A este respecto, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991, págs. 122 y ss., en relación con el estado de necesidad; *Idem*, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, págs. 149 y ss., acerca del análisis pormenorizado de la legítima defensa como causa de justificación. En la doctrina alemana, un estudio acerca de la importancia del concepto de peligro en relación con el estado de necesidad lo lleva a cabo DIMITRATOS, Nikolaos, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, Verlag V. Florentz, München, 1989, *pássim*.

150 En este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., págs. 50-51.

151 Un examen de estos múltiples aspectos lo llevan a cabo, entre otros, PENSO, Girolamo, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, cit., págs. 133 y ss.; PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Cedam, Padova, 1940, págs. 53 y ss.

152 RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, cit., pág. 3.

153 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 21, siguiendo en este punto a SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, cit., págs. 792 y ss., cuando hace alusión a la “naturaleza fugaz” del peligro.

Por lo que a este tema se refiere, llevaremos a cabo una síntesis y exposición de las posturas existentes al respecto, para una vez analizadas intentar establecer un concepto de peligro a los efectos que nos interesan, es decir, la posibilidad de delimitar un concepto válido y característico de peligro para los delitos de peligro abstracto¹⁵⁴.

En primer lugar, y antes de examinar las diversas teorías acerca de la naturaleza del peligro, resulta conveniente fijar el significado comúnmente atribuido al término peligro con carácter genérico¹⁵⁵. Por peligro, en el significado corriente, podemos entender la circunstancia o conjunto de circunstancias de las que se pueda temer la derivación de un grave daño, la situación en la que se pueda temer la producción de un mal o daño¹⁵⁶, o, simplemente, “la posibilidad de un daño más o menos remoto”¹⁵⁷. Y la puesta en peligro se ha definido, de manera poco afortunada, como la violación deliberada de una obligación de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o los reglamentos¹⁵⁸.

De estas aproximaciones a la definición de peligro podemos extraer como características del mismo básicamente dos: por una parte, el hecho de que exista la posibilidad -en un momento futuro- de que se concrete la producción de un daño derivado de las circunstancias de las que se predica

154 Pues, como bien señala BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, cit., 1967, pág. 15: “Su análisis interesa sobremanera en el campo específico de los delitos de peligro porque constituye el objeto de ataque de la acción”.

155 Como señala HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, cit., pág. 550, la discusión en torno al concepto de peligro se debe en parte a la confusión terminológica producida por la escasa precisión en el uso del lenguaje.

156 En este sentido, GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 2. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 524.

157 QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio – HEILPERN DE QUINTANO, Johanna, *Diccionario de Derecho Comparado*, I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, pág. 162.

158 GUILLIEN, Raymond - VINCENT, Jean, *Lexique de termes juridiques*, 9. Ed., Dalloz, Paris, 1993, pág. 350.

y atribuye el peligro; y, por otra, que esa convicción exista en un sujeto (o en una pluralidad de sujetos). Por lo tanto, serán elementos constitutivos de un concepto genérico de peligro, de un lado, la inseguridad, la incerteza, el riesgo respecto de un acontecimiento futuro; y, de otro, el carácter negativo que se predica de dicho evento o resultado.

Efectivamente, no hablaremos de peligro cuando exista la absoluta certeza acerca de la producción del resultado (sea éste dañoso, o no); la esencia del peligro reside precisamente en la duda, en la incertidumbre de la producción, o no, de un acontecimiento futuro; acontecimiento que, además, tendrá que ser objeto de una valoración negativa, pues raramente hablamos de peligro cuando el resultado que se espera es considerado favorable. Y, por último, hay que destacar también el elemento personal del peligro, pues igual que éste se predica respecto de algo (un evento, un resultado, una situación), es alguien quien realiza este juicio de peligro, con la consecuente carga significativa de temor que este juicio puede conllevar¹⁵⁹.

Si bien este concepto de peligro es válido en el lenguaje coloquial, precisa, sin embargo, ser perfilado a efectos jurídicos, no sólo por el evidente esquematismo de la formulación realizada, sino por las abundantes matizaciones que son imprescindibles en la aplicación de este concepto en materia de Derecho.

IV.2.2.1. Teorías subjetivas. El peligro como ente de la razón

Para los autores partidarios de esta teoría el peligro no es algo real, objetivamente existente, sino que está constituido por una impresión de carácter subjetivo, se configura como una representación de la mente

¹⁵⁹ GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, cit., pág. 524: “Dos criterios se disputan la determinación de la idea de peligro: para unos es solamente un juicio, para otros es una situación real”.

humana, es, por tanto, un “ente imaginario”¹⁶⁰, que no encuentra referencia semántica en ninguna realidad empíricamente verificable.

Con frecuencia se ha destacado que la configuración del peligro como un “producto de la mente humana”¹⁶¹, como una “mera categoría emocional”¹⁶² debe su fundamento teórico a la influencia que desarrollaron sobre sus más cualificados exponentes las doctrinas idealistas¹⁶³ y positivistas¹⁶⁴. Creemos, sin embargo, que ya la propia incompatibilidad conceptual que se detecta entre estas dos corrientes del pensamiento jurídico nos obliga a realizar algunas matizaciones al respecto.

Así, en primer lugar, no parece razonable detectar en la teoría subjetiva un fundamento idealista, cuando, en realidad, su línea de actuación va dirigida precisamente a la crítica del concepto de peligro por representar una noción irreal, desembocando, en última instancia, en un reproche del idealismo jurídico en su aplicación al problema que nos ocupa. De ahí que si hubiera de identificarse algún tipo de influencia del idealismo jurídico

160 Recogiendo la alusión de ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 48, que lo define como un “ens imaginationis”. También emplea esta definición RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, cit., pág. 5, donde afirma que: “El peligro no es una realidad... es siempre una abstracción, una representación mental, en suma, una idea, y como todas las ideas un puro ens imaginationis”. Y encontramos el precedente de esta concepción en von BURI, Maximilian, “Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890”, en GS 44, 1891, págs. 323 y ss., donde configura el peligro como “una inducción subjetiva”, y reconoce como correcto el que la legislación contemple la noción de peligro que no contradice la teoría del concepto subjetivo de peligro, sino que sólo niega que a través de ese reconocimiento el peligro se transforme en un estado objetivo actual (pág. 325).

161 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 54, refiriéndose a la concepción subjetiva del peligro.

162 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., pág. 323.

163 En este sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., págs. 53-56.

164 Así lo considera, RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 22.

sobre la concepción subjetiva necesariamente habría que hablar a lo sumo de una influencia negativa o por contraposición.

En lo que concierne a la influencia del positivismo la cuestión se presenta más compleja, puesto que la asunción de alguno de los significados que adquiere la expresión positivismo en relación al Derecho permitirá mantener la procedencia de esta consideración¹⁶⁵. Con todo, la equivocidad a que ha dado lugar en el terreno jurídico a partir de su significado plurívoco hace enormemente problemática, por imprecisa, su aplicación a la teoría subjetiva¹⁶⁶. Y es que si parece razonable reconocer que la utilidad de la calificación como positivista de una doctrina queda condicionada a la indicación del sentido preciso que se atribuye a la expresión¹⁶⁷, habría que coincidir en la pertinencia de señalar qué concreto significado atribuimos a la expresión cuando nos referimos a la fundamentación de la teoría subjetiva en términos positivistas o, lo que tal vez fuera mejor, en sustituir la mención del positivismo por otra que resultara más expresiva.

No nos parece aventurado señalar, en este sentido, que a la teoría subjetiva le subyace una fundamentación realista psicológica. Y es que configurándose el realismo sicologista como una concepción general que reduce el campo de la realidad al universo de los conceptos

165 Nos referimos al denominado positivismo científico que, a diferencia de lo que sucede en el caso del positivismo normativista vendría caracterizado por los principios de causalidad y verificación.

166 Que se manifiesta, por ejemplo, en las alusiones al positivismo filosófico, científico, formalista, legalista, antiformalista, jurídico, historicista, etc..., que encuentran su contrapunto en las tesis de quienes como ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1990, págs. 76 y ss., engloban bajo la expresión positivismo jurídico a todas las diferentes corrientes positivistas en relación al derecho. Sobre los diferentes sentidos del término positivismo véase, SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Giuffrè Ed., Milano, 1965, *pàssim*.

167 TARELLO, Giovanni, "Intervento", en AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè Ed., Milano, 1967, págs. 62 y ss.

empíricamente verificables¹⁶⁸, la concepción del peligro como una entidad imaginaria carente de sentido real no haría más que reflejar de manera paradigmática los presupuestos teóricos del realismo sicologista. No se nos escapa, en todo caso, que la semejanza que puede detectarse entre el significado tradicionalmente atribuido a la expresión realismo sicologista, y el que adquiere en algunos casos la expresión positivismo (en su sentido de positivismo científico), permite referir una connotación en algún sentido positivista a la teoría subjetiva aunque, en un afán de clarificación conceptual, nos parece más oportuno identificarla como expresión singular (aplicada al concepto de peligro), de la concepción general del realismo sicologista.

Podría igualmente discutirse, en un afán de sostener la opción positivista, qué queremos exactamente decir cuando hablamos de influencia o de fundamentación positivista o realista sicologista de la teoría subjetiva. Y es que la secuencia temporal de la vigencia de ambas concepciones permite conjeturar acerca de la dudosa formación realista de los máximos representantes de la teoría subjetiva, toda vez que a finales del siglo XIX no se puede hablar en sentido propio de una concepción realista sicologista como un cuerpo doctrinal unitario¹⁶⁹. En cualquier caso, la circunstancia de que sí estuvieran, sin embargo, perfectamente asentadas las bases de su contenido en la crítica del idealismo y del conceptualismo formal, permite cuando menos considerar a la teoría subjetiva como una doctrina realista subjetivista o como una doctrina en la que ya están presentes algunos de los presupuestos teóricos de una corriente del pensamiento jurídico que pocos años después alcanzaría todo su esplendor.

168 Una exposición general de los presupuestos de la teoría realista del derecho puede encontrarse en OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, traducción al castellano de Luis López Guerra, Ed. Labor, Barcelona, 1980, *passim*.

169 Véase, al respecto, CASTIGNONE, Silvana, *La macchina del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, págs. 9-15, quien sitúa los orígenes del realismo sicologista entre los años 1908 y 1917.

Así, con estos antecedentes, y con las reservas inherentes a cualquier generalización que necesariamente tiene que englobar en afirmaciones genéricas la disparidad de supuestos que nunca son absolutamente identificables, creemos que podría indicarse que la teoría subjetiva surge en un ambiente cultural dominado por el positivismo (entendido en su acepción más genérica, como doctrina que prescribe la necesidad de atenerse a los hechos), constituyendo una expresión singular de la emergente doctrina del realismo sicologista.

Pues bien, ubicados en estas premisas teóricas no puede extrañar demasiado que la noción de peligro se haya podido presentar como un “hijo de nuestra ignorancia”¹⁷⁰. Y es que el inevitable efecto deformador que resulta inherente a cualquier elaboración conceptual planteada sobre bases ficticias eleva a la categoría de real y existente lo que no encuentra

170 FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, cit., pág. 237, según este autor: “Als Kind unserer Unwissenheit ist <Gefahr>...”. Famosa expresión que fué ya utilizada por HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, T. II, Verlag von Adolph Marcus, Bonn, 1887, pág. 597: “Ist aber die Gefahr freilich ein Kind unserer Unwissenheit”; *Idem*, *Das preussische Strafrecht, Teil 2, System des preussischen Strafrechts*, AT, Neudruck der Ausgabe Bonn 1858, Scientia Verlag Aalen, 1975, pág. 227; y HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrecht*, T. I, Hoffmann & Co., Hamburg, 1880, pág. 75: “Der Gefahrsbegriff verdankt der Unvollkommenheit unsers Erkenntnisvermögens sein Entstehen”.

Rebatiendo esta afirmación, PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., pág. 3, considera que teniendo en cuenta “los innumerables casos en que la civilización consigue retener o limitar el discurso de las leyes causales dañosas, bien podría decirse que el peligro es hijo, más bien, de nuestro conocimiento”. Más allá se pronuncia, en el seno de la doctrina penal española, ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 104, quien, por su parte, considera más exacta la afirmación de que el peligro es hijo tanto de nuestra ignorancia como de nuestros conocimientos. Puesto que “sin la existencia de una zona ignota, la evolución de un fenómeno se nos aparecería clara. Pero, por otra parte, sin unos conocimientos, tanto de orden ontológico como nomológico, no podríamos siquiera atisbar la menor posibilidad de productos de un evento dañoso. Por consiguiente, nos parece que no basta fundamentar el peligro en una de las dos vertientes (nuestra ignorancia, por una parte, y nuestros conocimientos, por otra), sino que habrá que acudir a ambas para poder comprender sobre qué bases se asienta eso que llamamos <peligro>”.

cabida alguna en las coordenadas de la realidad. En este sentido el peligro constituye una simple apariencia de realidad que no haría más que reflejar, en todo caso, el “pronóstico subjetivo de un observador mal informado”¹⁷¹.

Como máximos representantes de la teoría subjetiva, desde sus orígenes hasta la actualidad, hay que citar a von Buri, quien refiriéndose a la peligrosidad de la acción afirma que únicamente la ley puede establecer la presunción de tal peligrosidad¹⁷², y se adhiere a la concepción subjetiva del peligro, a la hora de elaborar la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁷³, puesto que se parte de la ausencia de un resultado lesivo, ya que “sólo se puede hablar del castigo de una simple puesta en peligro, allí donde la ley expresamente lo establezca”¹⁷⁴; Finger¹⁷⁵, quien, por su parte, afirma que el “peligro representa una posibilidad, con un motivo generalizador, una realidad que puede ser típica reflexión de circunstancias trascendentes”¹⁷⁶, constituyéndose así como una entidad imaginaria que no encuentra

171 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 22.

172 Von BURI, Maximilian, “Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch”, en GS 40, 1888, pág. 504.

173 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., págs. 49 y ss., quien -pese a haber reconocido en líneas anteriores a von Buri como el autor principal al que se debe el desarrollo de la teoría de la causalidad llamada de la equivalencia de condiciones- cita el autor a BUSCH como artífice del trazado de la influencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones entre otras razones, porque la identificación entre causa y condición, núcleo de esta teoría, no casa con una situación intermedia entre la lesión y la no lesión, y porque esta teoría supone la necesidad de eliminar los conceptos de posibilidad y probabilidad, pues queda eliminado incluso el azar ciñendonos al estricto principio de necesidad.

174 Von BURI, Maximilian, “Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch”, cit., pág. 504.

175 FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, cit., págs. 230 y ss.; *Idem*, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, Separat- abdruck aus der “Juristische Vierteljahresschrift”, organ des Deutschen Juristenvereins in Prag, Prag. K. k. Hofbuchdruckerei A. Haase - Selbstverlag, 1889, págs. 53 y ss.

176 FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, cit., pág. 236.

ninguna correspondencia en el ámbito objetivo¹⁷⁷; Hertz, considera que “la existencia del peligro está solamente en función de su subjetividad, que se supone”¹⁷⁸; Janka, manifiesta expresamente que “el término peligro expresa únicamente algo subjetivo”¹⁷⁹; Lammasch, de forma similar a los anteriores establece que la aproximación al concepto de lo peligroso y su contrario sólo puede obtenerse a través de juicios subjetivos dado el desconocimiento de la totalidad del acontecer por parte del sujeto¹⁸⁰, de modo que “la peligrosidad objetiva sería tanto un criterio subjetivo como objetivo, esto es, una contradicción en aposición, un criterio que aunque basado en el reconocimiento parcial de los factores de causalidad, sin embargo aparece con la pretensión de la totalidad de este conocimiento”¹⁸¹; y, por último, Manzini afirma que el peligro no es nunca una cosa en concreto, por la sencilla razón de que no es una realidad, sino únicamente un juicio lógico, esto es, “el peligro es siempre una abstracción”¹⁸².

La teoría aquí expuesta defiende, por lo tanto, una concepción determinista del mundo, en el que lo que sucede acaece por pura necesidad, de tal manera que no se deja margen de actuación alguno a la mera posibilidad. Opinan sus principales representantes que el peligro consiste en un juicio con carácter constitutivo¹⁸³, que comporta en última instancia

177 FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, cit., pág. 237

178 HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrecht*, cit., pág. 73.
En sentido crítico, HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, cit., págs. 597 y ss.; *Idem*, *Das preussische Strafrecht*, cit., págs. 227 y ss.

179 JANKA, Karl, *Das österreichische Strafrecht*, cit., pág. 55.

180 LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, Alfred Hölder, Wien, 1879, pág. 12; *Idem*, *Grundriss des Strafrecht*, 4. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1911, págs. 10 y ss.

181 LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, cit., pág. 12.

182 MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 5. ed., puesta al día por P. Nuvolone y G. D. Pisapia, UTET, Torino, 1981, pág. 686.

183 Así lo estima RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 27, n. 77, recogiendo las consideraciones al respecto de

la remisión de la idea de peligro a la de temor que cada individuo puede sentir al enfrentarse a situaciones concretas.

Ahora bien, resulta evidente que la aceptación de un planteamiento de índole netamente subjetivista provocaría la ruptura de la vinculación del peligro con su presupuesto de hecho, esto es, con la realización de la acción que da lugar al surgimiento del peligro. No es extraño, por consiguiente, que se haya criticado a esta tesis por su carácter decididamente irracional.

Desde otra perspectiva se ha entendido también que el planteamiento del peligro como un juicio subjetivo termina por vulnerar el principio de seguridad jurídica puesto que deja abierto un margen de indeterminación que resulta incompatible con la propia finalidad del orden jurídico.

Son estas las razones por las que la doctrina jurídico-penal contemporánea se manifiesta casi de forma absoluta en contra de la aceptación de los postulados de la teoría subjetiva que resultarían incompatibles con el carácter relativo que se viene atribuyendo a la dogmática jurídica en contraposición a la teoría megárica¹⁸⁴ de la realidad, en la que, obviamente, no tendría cabida el concepto de peligro. En este contexto parece, por lo tanto, evidente la necesidad de denunciar las insuficiencias de una tesis que justifica la punición de actuaciones que no llegan a lesionar de manera real bienes jurídicos sobre la base de intuiciones y evaluaciones de carácter meramente personal.

DEMUTH, Hennrich, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1980, pág. 61, para quien esto se encuentra en contraposición con la teoría objetiva de la noción del peligro, según la cual el peligro consiste en un juicio de carácter declarativo.

184 FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, cit., pág. 2635, donde pone de manifiesto cómo ya el propio Aristóteles se opuso a la tesis megárica, según la cual sólo hay acto, es decir, todo lo que es, es en acto y no en potencia, con lo cual esta concepción radical elimina toda idea de posibilidad.

IV.2.2.2. Teorías objetivas. El peligro como entidad objetiva

Frente a la interpretación del peligro como un producto de la apreciación humana, se presentó la concepción de quienes le dotaban de un contenido sustancial perfectamente identificable dentro del mundo de la realidad al referir la hipótesis más o menos eventual de la generación de un daño. Desde esta perspectiva el peligro existe objetivamente al margen de la valoración que acerca del mismo pudieran realizar los individuos y con independencia de que como consecuencia del mismo se haya o no producido una lesión¹⁸⁵.

Podemos encontrar los primeros atisbos de esta concepción en Stübel, quien define el peligro como “el estado en el que alguien ha de temer ser privado de un bien”¹⁸⁶, y la acción peligrosa como “aquella que crea un peligro para el actuante o para otra persona”¹⁸⁷, por lo que se puede hablar de peligro cuando “alguien está ante un probable daño jurídico”¹⁸⁸. Alude este autor a la probabilidad, noción que, junto a la de posibilidad -como tendremos ocasión de comprobar más adelante-, se encuentra estrechamente vinculada con la concepción objetiva del peligro.

También otros autores alemanes, del siglo pasado, recogen una concepción similar. Es el caso, por ejemplo, de Berner, quien destaca la importancia de la noción de probabilidad en la configuración del peligro cuando afirma que “una conducta sólo puede ser castigada como peligrosa

185 Véase un análisis general de esta teoría en, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 24 y ss.

186 STÜBEL, Christoph Carl, “Über gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der erstern”, en *Neues Archiv des Kriminalrechts*, T. VIII, 1826, pág. 236.

187 *Ibidem*.

188 STÜBEL, Christoph Carl, op. cit., págs. 237-238.

cuando existe la probabilidad de un resultado perjudicial”¹⁸⁹; Hälschner, frente a quienes le han atribuido una concepción subjetiva del peligro¹⁹⁰, se esmera en matizar que no puede dejarse de considerar a una acción como peligrosa por el mero hecho de no haberse producido el resultado en un caso concreto, puesto que esto no excluye la peligrosidad general de la acción o acciones de la misma especie¹⁹¹. Deja, por lo tanto, claro este autor su adhesión a la teoría objetiva del peligro a la hora de formular un concepto sobre el mismo; Meyer, H.¹⁹², para quien el peligro es la situación en la que aparece como posible un resultado lesivo y, en consecuencia, la puesta en peligro es aquella actuación que conlleva esta posibilidad o la refuerza considerablemente; Rotering¹⁹³, que parte de la concepción del peligro como un estado que comporta la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso para un bien jurídico; Siebenhaar¹⁹⁴, por su parte, define el peligro en función de la posibilidad o probabilidad de que acontezca un resultado futuro. Y afirma que estas dos acepciones, “la posibilidad y la probabilidad, tienen en común el que el resultado futuro al que se

189 BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Neudruck der 18. Aufl., Leipzig 1898, Scientia Verlag Aalen, 1986, pág. 633.

190 La adhesión de este autor a la concepción objetiva nos resulta evidente, ya que el mismo afirma que un concepto subjetivo de peligro no puede tener valor para el Derecho Penal. Sin embargo, hay quien se lleva a equívocos ante la consideración que establece de que la peligrosidad de una acción depende del juicio que haya realizado el sujeto, sin embargo, esta afirmación no ha de ser estimada de forma aislada sino complementada necesariamente con el resto de consideraciones que dicho autor efectúa. Así, HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, T. II, cit., pág. 597, afirma expresamente que: “no es correcto medir la existencia de un peligro solamente en función de la subjetividad que se supone”.

191 HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, T. II, cit., págs. 596 y ss.; *Idem*, *Das preussische Strafrecht*, Teil 2, AT, cit., págs. 225 y ss.

192 MEYER, Hugo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf (Georg Böhme), Leipzig, 1895, págs. 27-28.

193 ROTERING, “Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch”, en GA 31, 1883, págs. 266 y ss.

194 SIEBENHAAR, Hugo, “Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikten nach dem Reichsstrafgesetzbuches”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4, 1884, pág. 248.

refieren no es imposible”¹⁹⁵, no obstante, reconoce que “la posibilidad se corresponde con el simple peligro, mientras que la probabilidad se refiere a la puesta en peligro”¹⁹⁶; y von Wanjeck¹⁹⁷, quien toma como punto de partida la argumentación realizada por Binding, y adopta, por lo tanto, un concepto objetivo de peligro concibiéndolo como el posible daño que se puede ocasionar a un bien jurídico. De forma tal, que las distintas clases de delitos de peligro encuentran su fundamentación en un mismo sustrato material, esto es, “el peligro real o posible de dañar el bien jurídico”¹⁹⁸.

Al margen de los autores mencionados, en realidad, son considerados como principales artífices de esta interpretación objetiva de la noción de peligro von Kries¹⁹⁹ y von Rohland²⁰⁰, siendo, también un destacado exponente de la misma, Binding²⁰¹.

Von Kries, superando la concepción subjetiva, propone a lo largo de su obra defender una teoría objetiva del peligro sobre la relación de posibilidad o probabilidad. Define el peligro como la “posibilidad (o

195 SIEBENHAAR, Hugo, op. cit., pág. 249.

196 SIEBENHAAR, Hugo, op. cit., pág. 250. Es preciso señalar que entiende por puesta en peligro un peligro mayor (“Gefährdung ist grössere Gefahr”).

197 Von WANJECK, Ewald, “Ein Beitrag zur Lehre von der Brandstiftung und Überschwemmung nach heutigen deutschen Strafrecht”, en GS 31, 1879, págs. 2 y ss.

198 Von WANJECK, op. cit., pág. 5.

199 Von KRIES, Johannes, “Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, en *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12, Zweiter Artikel, 1888, págs. 287 y ss.; *Idem*, “Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, 1889, págs. 528 y ss.

200 Von ROHLAND, Woldemar, *Die Gefahr im Strafrecht*, 2. Aufl., Druck v. c. Mattiesen, Dorpat, 1888, págs. 1 y ss.

201 BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 1, cit., págs. 372 y ss.; *Idem*, Bd. 4, *Die Fahrlässigkeit*, neudruck der Ausgabe Leipzig 1919, Scientia Verlag Aalen, 1965, págs. 381 y ss.

probabilidad) objetiva de un resultado lesivo”²⁰²; para ejemplificarlo hace alusión al supuesto de la moneda lanzada al aire donde cada vez se cuenta con la mitad de posibilidades de que salga cara y la otra mitad cruz²⁰³. En este caso, nos encontramos ya ante una relación de posibilidad, no de causalidad²⁰⁴, es decir, no se exige una necesaria correlación entre dos elementos.

Aplicando el juicio de posibilidad²⁰⁵ que von Kries fundamenta sobre el conocimiento nomológico y ontológico²⁰⁶, podemos decir que existe peligro cuando nos encontramos ante una situación en la que se da una elevada posibilidad (o una gran probabilidad general) de daño²⁰⁷, puesto que no conocemos la relación de las condiciones en el caso concreto, que sólo pueden ser señaladas mediante datos generales²⁰⁸; pudiéndose emitir un juicio de probabilidad ya que existen una serie de condiciones para la producción del suceso que hemos dejado completamente indeterminadas²⁰⁹,

202 Von KRIES, Johannes, “Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, cit., págs. 288 y 289, de donde deduce que el peligro como cualquier posibilidad y probabilidad es algo graduable (pág. 287); *Idem*, “Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht”, cit, pág. 533.

203 Von KRIES, Johannes, “Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht”, cit, pág. 530.

204 Se debe a von Kries el haber aplicado al derecho penal su estudio sobre el cálculo de probabilidad, creando la teoría de la causalidad adecuada. En este sentido se manifiestan, PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 187, n. 52; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 26.

205 Von KRIES, Johannes, “Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, cit., págs. 187 y ss. Al realizar la elaboración de su teoría diferencia el autor dos tipos de probabilidad, la probabilidad subjetiva, sólo válida respecto de un sujeto determinado; y la probabilidad con validez general.

206 Von KRIES, Johannes, op. cit., pág. 189.

207 Von KRIES, Johannes, op. cit., págs. 289 y 291.

208 Von KRIES, Johannes, op. cit., pág. 189.

209 Von KRIES, Johannes, op. cit., pág. 181.

y ese acontecer lesivo ha de ser siempre futuro, puesto que cuando la ley prohíbe una conducta por sí peligrosa, lo hace siempre en previsión de evitar la posibilidad de un daño pensado como futuro²¹⁰.

Von Rohland, define el peligro como “la mayor o menor probabilidad de un acontecer dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción”²¹¹. El significado actual de este autor radica sobre todo en la influencia que ha ejercido en otros autores posteriores, algunos de ellos españoles, en concreto en el desglose de los elementos del concepto de peligro (la posibilidad o la probabilidad de la producción de un acontecimiento futuro y su carácter lesivo)²¹².

Las teorías objetivas que hemos venido exponiendo hasta este momento conciben el peligro como la posibilidad o la probabilidad de la producción de un resultado lesivo, dañoso, es decir, toman siempre como término de referencia la hipótesis de la lesión.

Diferente es, sin embargo, la tesis que mantiene, dentro del conjunto de las teorías objetivistas Binding, quien considera el peligro como un desvalor en sí y por sí, a causa de la perturbación de la pacífica existencia

210 Esta característica del peligro como remisión a un momento posterior (futuro), es destacada de manera casi unánime por la doctrina. Obviamos, en esta ocasión, el mencionar alguno de los muchos autores que la ponen de manifiesto, en un intento de no resultar excesivamente reiterativos, y hacemos remisión al seguimiento del texto en el transcurso de la exposición.

211 Von ROHLAND, Woldemar, *Die Gefahr im Strafrecht*, cit., pág. 1.

212 Adoptan este concepto de peligro, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Respuesta Penal al Peligro Nuclear*, cit., 1994, pág. 125, con la salvedad que al referirse a la segunda de las notas características del concepto de peligro la configura como “la situación de tensión o anormalidad” que se origina; ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 18; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, cit., pág. 102.

del bien jurídico²¹³, atribuyéndole, por consiguiente, un significado en buena medida autónomo con respecto a la lesión.

Se observa claramente la diferente configuración de la idea de peligro en este autor, respecto de las concepciones de von Kries y von Rohland. Aunque todas estas construcciones sean de contenido objetivo, Binding, sin embargo, concibe el peligro como ente autónomo respecto de la lesión, lo dota de propia entidad, el peligro existe por sí mismo; mientras que, para los otros autores mencionados, el peligro aparece necesariamente vinculado a la posible lesión del bien jurídico, es, por lo tanto, un término en referencia, sin entidad propia.

De esta forma, entiende este autor que el peligro no es un estado previo a la lesión, sino que es un hecho equiparable a la lesión e independiente respecto a la misma; partiendo de este planteamiento le resulta posible configurar a los delitos de peligro, al estar provistos de una estructura propia, como figuras absolutamente emancipadas de los delitos de lesión. Aunque tendremos ocasión de ir comprobándolo más adelante, avanzamos ya que esta particular aportación de Binding a la hora de dotar de contenido a la noción de peligro, por lo que supone su cambio de perspectiva en este ámbito, ha tenido una importante repercusión en muchos penalistas posteriores²¹⁴.

Siguiendo con la línea de esta exposición, otros autores que, en sus respectivas obras, se muestran partidarios de la concepción objetiva del peligro, que es asumida, por otra parte, de forma mayoritaria por la

213 BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 1, cit., págs. 372-373: "Gefährdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit".

214 Ya lo advierte, VOLZ, Manfred, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, cit., pág. 27.

doctrina jurídico-penal, son Henckel²¹⁵, quien aunque en su obra rechaza la concepción subjetiva del peligro, afirma que el mismo posee una base objetiva pese a que el fundamento del peligro no sea otro que la abstracta causalidad, que no es algo real, pudiéndose dar la circunstancia de que falte la causalidad concreta pero no por ello dejar de existir un peligro, precisamente porque existe una causalidad abstracta; Herrmann²¹⁶, por su parte, define el objeto del peligro como la probabilidad objetiva de que se produzca en un futuro un acontecimiento dañoso; von Hippel²¹⁷, autor que al hablar del peligro se refiere al mismo como estado; Köhler²¹⁸, para quien, partiendo de la definición dada por Binding, el peligro es algo real, que conlleva la cercana posibilidad de causar un daño a un bien jurídico; von Liszt²¹⁹, que considera el peligro en sí mismo como “un resultado, un estado que se da en el mundo exterior”; Mayer, autor que define el peligro como la posibilidad de un resultado lesivo²²⁰, precisando que descarta el término probabilidad y reconociendo validez únicamente al concepto de posibilidad, pues el concepto de probabilidad no lo entiende en un sentido matemático, de forma que entre la cercana posibilidad y la probabilidad no existe diferencia²²¹; A. Merkel²²², defiende también la objetividad del

215 HENCKEL, Hans, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 270, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1930, pág. 13.

216 HERRMANN, Helmut, *Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht*, Dissertations-Verlag G.H. Nolte, Dusseldorf, 1939, págs. 18 y ss.

217 Von HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, II, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1930, pág. 100; *Idem*, *Lehrbuch des Strafrechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1932, pág. 87.

218 KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht*, AT, Verlag von Veit & Co. Leipzig, 1917, pág. 176.

219 Von LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., pág. 301.

220 MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2. Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1915, pág. 128: “Gefahr ist Verletzungsmöglichkeit”.

221 MAYER, Max Ernst, op. cit., pág. 128, n. 18.

222 MERKEL, Adolf, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912, pág. 54; *Idem*, *Derecho Penal*, traducción al castellano de P. Dorado, La España Moderna, Madrid, págs. 61-62.

peligro e insiste en la necesidad de atender a las circunstancias objetivas del caso singular, en el sentido de que “es esencial en muchos delitos el que los mismos..., ofrezcan..., un peligro para los intereses jurídicamente protegidos, sin que en ellos se presuponga, como pasa en los delitos de ataque, un propósito encaminado a lesionar estos intereses”; Rabl²²³, quien dota también al peligro de un contenido propio al configurarlo como un estado que supone la posibilidad objetiva de una lesión.

Hasta aquí hemos examinado lo que podríamos considerar que constituye el germen de la teoría objetiva del peligro que, no obstante, y como tendremos ocasión de analizar en posteriores epígrafes, ha contado con interpretaciones diversas por parte de los distintos autores que se muestran partidarios de la misma. Avanzamos ya también que esta teoría objetiva resulta hoy en día mayoritariamente secundada por los representantes de la dogmática jurídico-penal²²⁴, pero esto, sin embargo, no constituye óbice alguno para que podamos encontrar autores que aboguen por un eclecticismo y se sitúen a medio camino entre la concepción objetiva y la subjetiva. Concepción de la que nos ocupamos a continuación para cerrar esta visión global acerca de las posiciones generales existentes en torno a la noción de peligro.

IV.2.2.3. Teorías objetivo-subjetivas. Una concepción ecléctica

Hasta este momento han sido expuestas las dos clásicas concepciones acerca de la naturaleza del peligro, que fueron origen de considerables enfrentamientos en la doctrina de fines del siglo pasado. Pese a constituirse como opinión dominante en la dogmática jurídico-penal, la asunción de

223 RABL, Kurt O., *Der Gefährdungsvorsatz*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 312, Alfred Kurtze, Breslau-Neukirch, 1933, pág. 6.

224 DIMITRATOS, Nikolaos, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, cit., pág. 50, constata el hecho de que la característica del peligro radica en un carácter objetivo, aunque si bien señala que según el Tribunal Supremo alemán éste es más bien de naturaleza fáctica que no jurídica.

una concepción objetiva del peligro, no han faltado tampoco autores que han ensayado diferentes intentos de conciliación entre estas dos posiciones antitéticas.

Estas iniciativas están regidas por la idea central de reconocer que, pese a la naturaleza y realidad objetiva del peligro, éste conlleva a su vez un elemento subjetivo del que no se puede prescindir. De tal manera, que los representantes de esta corriente que podríamos calificar como mixta, en realidad preconizan el que la noción de peligro está compuesta de un dato objetivo -peligro como juicio de probabilidad de la producción de una lesión-, y de otro subjetivo -peligro como sensación de temor del sujeto ante la posible operatividad de un mal-.

Mantienen esta concepción, en la que pese a resaltarse ese elemento (subjetivo) de temor como integrante de la noción de peligro se concluye por no poder evitar una determinación objetiva del mismo, principalmente representantes de la doctrina penal italiana, así, entre otros, Bettiol quien reconoce que el peligro, como concepto normativo pero diferenciado del daño²²⁵, no resulta ser una mera creación de nuestra mente, sino que se trata de una realidad objetiva²²⁶, pero que está dotada a su vez de un “fondo emocional”, que no puede obviarse, constituido por la circunstancia de que siempre ante el posible advenimiento de algo dañino surge en todos los individuos una sensación inconsciente de miedo²²⁷. No obstante, considera que el peligro constituye un daño, si bien no efectivo, sino potencial ya que lo que se origina es una amenaza en las condiciones de existencia y de tutela para los intereses protegidos, de lo que resulta que el peligro

225 BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, PG, 10. ed., Cedam, Padova, 1978, pág. 305, define el daño como término equiparable a la lesión como “concepto normativo, en cuanto representa el fruto de una valoración de un resultado imputable a un sujeto en relación a la exigencia de una norma”.

226 BETTIOL, Giuseppe, op. cit., pág. 306.

227 *Ibidem*.

constituye “una probabilidad de daño, es una acentuada probabilidad de lesión”²²⁸; Contento, justifica la existencia de un componente subjetivo en la noción de peligro ya que éste consiste en una sugestión que tiene su origen en nuestra ignorancia, como seres limitados en nuestro conocimiento, puesto que “sólo quien no conoce el posible devenir de la realidad puede temer el peligro”²²⁹; así, resulta evidente que el concepto de peligro debe fundamentarse en la racionalidad y además en “el aspecto emocional de la percepción de la realidad (apreciada como peligrosa) por parte del sujeto y de la elaboración representativa de ésta (siempre como peligrosa) en términos de incertidumbre y probabilidad en cuanto a su relación causal”²³⁰; Gallo, E., asevera que el peligro es “un sentimiento, una emoción que tiene su origen en la psiquis del individuo”²³¹, por lo que “el hecho de que el peligro dependa sobre todo de un componente subjetivo, es algo que para nosotros no presenta ninguna duda”²³²; pero a su vez señala que reconocer este aspecto, el cual estima que desarrolla una efectiva importancia práctica en la consideración jurídica del concepto, no supone el que secunde un teoría subjetiva del peligro puesto que ha de ser complementado con la vertiente objetiva, de modo que define el peligro como “el reflejo en la consciencia media del hombre social equilibrado de la probabilidad que pueda tener de desarrollarse una determinada situación externa, en presencia de condiciones favorables y actuales, hacia una situación de daño”²³³; años antes, Grispigni había destacado, de forma similar, esta nota de temibilidad implícita en el concepto de peligro al afirmar que el peligro es la situación en la cual -a juicio de quien la considera sobre la base de la experiencia- existe una relevante posibilidad

228 *Ibidem*.

229 CONTENTO, Gaetano, *Corso di diritto penale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1992, pág. 633.

230 CONTENTO, Gaetano, op. cit., pág. 634.

231 GALLO, Ettore, *Riflessioni sui reati di pericolo*, cit., pág. 21.

232 GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pág. 118.

233 GALLO, Ettore, op. cit., pág. 125.

de que se confirme la producción de un acontecimiento temido y que ha de ser dañoso²³⁴. En esta misma línea, Petrocelli, mantiene que para que haya peligro es necesario “que exista algo en el mundo exterior, una cosa, una acción, una particular situación natural o humana, subsistente o que se desarrolle en condiciones que puedan legitimar el temor”²³⁵, y que se dé también una “valoración de la probabilidad de la verificación de un daño”²³⁶. Así, pone de manifiesto que pese a admitirse la existencia objetiva del peligro, esto no puede suponer el descartar la evidencia de un elemento subjetivo en la noción de peligro²³⁷, que a su vez ha de diferenciarse del temor, puesto que éste se reduce a una impresión puramente subjetiva del individuo, por lo que, en verdad, puede existir al margen de la realidad objetiva del peligro²³⁸, a la vez que reconoce expresamente que “el peligro no puede consistir en la mera opinión del sujeto”²³⁹. Esta es, también, la postura que sostuvo Rocco cuando, tras destacar el elemento objetivo del peligro en su consideración como “la potencia (o potencialidad) dañosa”²⁴⁰, subraya que al igual que sucede con la posibilidad, el peligro “no se revela por sí mismo, debe ser subjetivamente percibido, conocido y juzgado”²⁴¹; y,

234 GRISPIGNI, Filippo, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giuffrè Ed., Milano, 1950, págs. 76-77.

235 PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., pág. 9.

236 PETROCELLI, Biagio, op. cit., pág. 11.

237 PETROCELLI, Biagio, op. cit., pág. 10. El elemento objetivo es “el factor causante, existente como tal -y bajo la influencia de condiciones idóneas- en el mundo exterior”, mientras que el elemento subjetivo es “el juicio que relaciona ese factor con el resultado temido, estableciendo la relevante posibilidad de que se produzca el resultado mismo”.

238 PETROCELLI, Biagio, op. cit., pág. 11.

239 PETROCELLI, Biagio, op. cit., pág. 9.

240 ROCCO, Arturo, *Loggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1913, pág. 304, donde proporciona una definición más amplia del peligro entendido como “la potencia (aptitud, idoneidad, capacidad) de un fenómeno (o de varios fenómenos) para ocasionar la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés”.

241 ROCCO, Arturo, op. cit., págs. 304-305.

asimismo, Santaniello considera evidente que el peligro está formado tanto por un elemento objetivo como por un elemento subjetivo, como queda probado por la circunstancia de que “mientras de un lado los subjetivistas admiten la existencia del dato objetivo del peligro, del otro los objetivistas no pueden dejar de poner en evidencia también el elemento subjetivo”²⁴². De esta forma, el elemento objetivo resulta constituido por “el conjunto de las condiciones existentes en el mundo externo de las cuales puede deducirse el resultado dañoso”²⁴³, mientras que el elemento subjetivo viene conformado por “el juicio que relaciona estas condiciones con el evento temido, estableciendo la relevante posibilidad de la producción del mismo”²⁴⁴.

Entre los escasos representantes de la doctrina alemana que destacan la existencia en la noción de peligro tanto de un momento objetivo como de un momento subjetivo, figuran Mezger/Blei²⁴⁵, quienes consideran que una concepción subjetiva pura es errónea, ya que reconocen que junto al momento subjetivo del peligro hay que tener en cuenta el momento objetivo del mismo. Este último estaría constituido por el conocimiento objetivo de las leyes del acontecer en relación a una lesión próxima de un bien jurídico; mientras que el momento subjetivo es consecuencia de nuestra ignorancia que conduce a una “impracticabilidad subjetiva”, ya que en el cálculo del peligro sólo pueden utilizarse una parte de las condiciones, de modo que se presenta directamente como una consecuencia de nuestro no conocimiento, lo que conduce a una “imposibilidad subjetiva” de una decisión segura²⁴⁶. Y

242 SANTANIELLO, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, 3. ed., Giuffré Ed., Milano, 1967, pág. 76.

243 *Ibidem*.

244 *Ibidem*.

245 MEZGER, Edmund - BLEI, Hermann, *Strafrecht I, AT, Ein Studienbuch*, 15. Aufl., c. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, págs. 156-157.

246 En sentido similar, BLEI, Hermann, *Strafrecht I, AT, Ein Studienbuch*, 18. neubearbeitete Aufl. des von Edmund Mezger begründeten Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, pág. 108, considera que el peligro no es

también podemos considerar dentro de esta concepción a Bassenge, puesto que pese a admitir que el peligro consiste en la posibilidad o probabilidad de producción de un acontecimiento futuro y perjudicial²⁴⁷ (con lo cual está partiendo de una interpretación objetiva), reconoce a su vez que al no tener el control total de todos los factores siempre existe un margen para la previsibilidad subjetiva²⁴⁸.

Por último, en nuestra doctrina, e influenciados por la dogmática alemana e italiana, respectivamente, es de destacar la construcción que acerca del concepto de peligro realizan Navarrete Urieta²⁴⁹ y Rodríguez Mourullo²⁵⁰, encuadrándose dentro de lo que podríamos calificar como teoría objetiva-subjetiva.

Tomando como base la definición de peligro que realiza Mezger, al calificarlo como la circunstancia o hecho existente que tan sólo necesita la concurrencia de otras condiciones, que según la experiencia son frecuentes, para producir la lesión, Navarrete Urieta lo define escuetamente como “la posibilidad de un resultado dañoso”²⁵¹. Este autor admite, sin discusión, que “la existencia de una situación de peligro conlleva un juicio de pronóstico”²⁵², ya que el peligro es una situación de hecho pero referida a

un estado sino un juicio basado en criterios de probabilidad y que ha de tener una efectiva base real.

247 BASSENGE, Peter, *Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen*, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 1961, págs. 18-19.

248 BASSENGE, Peter, op. cit., págs. 44-46.

249 NAVARRETE URIETA, José María, “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1959, págs. 419 y ss.

250 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, págs. 164 y ss.

251 NAVARRETE URIETA, José María, “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal”, cit., pág. 426.

252 *Ibidem*.

un resultado futuro, de lo que a su vez deduce que el concepto de peligro tiene dos aspectos: uno objetivo “en cuanto se trata de un juicio cognitivo sobre la base de un conocimiento experimental, objetivo, de las leyes del suceder relacionadas siempre con la producción del resultado lesivo para el bien jurídico en cuestión”²⁵³, y un elemento subjetivo, consistente en una conjetura acerca de la producción de dicho resultado mediante las nociones de posibilidad y probabilidad, con las que “sobre la base de lo conocido tratamos de descubrir lo ignorado”²⁵⁴.

Sin embargo, tras haber expuesto estos dos elementos en la consideración del concepto de peligro, como “algo que no es querido, que sorprende al sujeto y que proviene del exterior”²⁵⁵, concluye afirmando que “la existencia del peligro ha de ser objetivamente determinada, sin que la mera creencia de su existencia o inexistencia pueda tener repercusiones en el campo de la antijuridicidad”²⁵⁶.

Por su parte Rodríguez Mourullo, haciéndose eco de la doctrina italiana, afirma que “el concepto de peligro es un concepto normativo con fondo emocional”²⁵⁷ y que “peligro es la probabilidad o, según otros, la relevante posibilidad de que se produzca un evento temido”²⁵⁸. De modo que aunando estas dos consideraciones afirma que “de una determinada situación de hecho, que existe en la realidad, puede derivar, según un juicio de probabilidad, una ulterior situación de hecho lesiva de un bien, cuya

253 *Ibidem*.

254 *Ibidem*.

255 NAVARRETE URIETA, José María, op. cit., pág. 427.

256 NAVARRETE URIETA, José María, op. cit., pág. 426.

257 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pág. 164; *Idem*, *Derecho Penal*, PG, cit., pág. 337.

258 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., pág. 164.

verificación, por tanto, se teme”²⁵⁹, en conclusión, considera que el peligro es “un concepto en referencia”²⁶⁰. Afirmar también este autor, recogiendo los pronunciamientos que al respecto realiza Petrocelli, que “en el concepto de peligro pueden distinguirse dos aspectos: el primero está representado por un factor causal, y el segundo por un juicio que relaciona ese factor causal con el resultado temido, estableciendo una posibilidad relevante de producción de ese resultado. Este último aspecto en cuanto entraña la valoración de la probabilidad de la verificación de un daño, es también, por ello mismo, temor de este daño probable. Por eso se dice que el peligro posee un fondo emocional”²⁶¹.

Recientemente, se ha declarado asimismo defensor de esta teoría ecléctica, Pérez Álvarez para quien resulta evidente la naturaleza mixta del peligro como concepto que participa al unísono de las características objetivas y subjetivas. Así, lo pone claramente de manifiesto cuando afirma que el peligro “es algo real como probabilidad de un hecho lesivo para el bien jurídico. El peligro no es por tanto un producto o representación de la mente humana... Sin embargo, tal dimensión objetiva, en la que se estima la idoneidad de las acciones subsumidas en el tipo formal para crear peligro, ha de completarse con el enjuiciamiento valorativo del caso concreto, efectuado de forma individualizada”²⁶². Añade, además, este autor para completar su concepción del peligro que éste constituye un elemento del tipo y no mera condición objetiva de punibilidad, por lo que la existencia del mismo (como afección al bien jurídico) tiene que ser necesariamente objeto de comprobación por parte del juez en el caso concreto, y, por último, constata la circunstancia de que el peligro no sea un concepto en

259 *Ibidem*.

260 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op. cit., pág. 165.

261 *Ibidem*.

262 PÉREZ ALVÁREZ, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud Pública y alimentación*, cit., pág. 57.

exclusiva normativo, precisamente por el hecho de que implica siempre un elemento cognitivo, referido a la experiencia²⁶³.

Por lo que respecta a esta concepción ecléctica, consideramos que la misma no es sostenible, pues si bien es cierto que parte del reconocimiento de la naturaleza objetiva del peligro, lo que supone ya establecer unos límites a la imprecisión de una concepción puramente subjetiva, también lo es que constata, a su vez, un elemento subjetivo como integrante de esta noción en el sentido de que estiman sus representantes que el peligro como concepto requiere la realización de un juicio que en suma conlleva una valoración efectuada por un sujeto. Este planteamiento no deja de ser correcto, pero si bien es cierto que la noción de peligro supone la realización de un juicio, como analizaremos más adelante, éste ha de ser objetivo y despojado de cualquier connotación emocional o intuitiva, por lo que, en suma, preconizamos nuestra adhesión a una concepción netamente objetiva del peligro en pos de la salvaguarda de una mayor seguridad jurídica.

IV.2.2.4. Predominio de la concepción objetiva. El peligro como relación de posibilidad cualificada o de probabilidad

Como ya avanzamos en epígrafes anteriores es la concepción objetiva del peligro la que domina en la dogmática actual. De modo que la clásica polémica existente, a la que venimos haciendo referencia acerca de una concepción subjetiva u objetiva del peligro ha sido actualmente superada, como ya hemos también indicado, decantándose la doctrina, en general, a favor de una concepción objetiva del peligro, particularmente a partir del Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma en 1968.

263 *Ibidem*. Estas últimas apreciaciones nos permiten estimar que este autor parte, en realidad, del reconocimiento única y exclusivamente del peligro concreto, negando la viabilidad del peligro abstracto, respecto del cual considera expresamente que “la sola dimensión objetiva explica el peligro en los delitos de peligro abstracto, cuya presencia sin embargo no compartimos” (pág. 57, n. 139).

A lo largo de las páginas precedentes hemos tenido oportunidad de comprobar cómo han ido evolucionando las construcciones dogmáticas de diferentes representantes de la doctrina penal, oscilando desde posiciones subjetivistas (primarias y hoy prácticamente abandonadas), a concepciones de carácter exclusivamente objetivo y, esto sin olvidar los pronunciamientos intermedios y de contenido ecléctico.

Pues bien, siguiendo con esta evolución, no ya meramente cronológica sino expresiva de la tendencia y desarrollo del propio pensamiento jurídico, nos imbuimos en el marco de la corriente objetivista, en el seno de la cual vamos a examinar el origen de los diversos pronunciamientos que acerca de la noción de peligro nos ofrecen distintos autores.

Como vamos a observar éstos conciben el peligro, expresado ahora de forma sintética, como un concepto de relación, como una noción valorativa, como un daño potencial, posible o probable, etc..., pero aportando cada uno de ellos abundantes matices que consideramos de interés destacar.

De este modo, podemos mencionar entre los primeros penalistas que sostienen un concepto netamente objetivo de peligro, despojado de cualquier posible reminiscencia subjetivista, entre otros, a Dolensky²⁶⁴, quien define el peligro como “la posibilidad de una lesión...”²⁶⁵. Para este autor el peligro es un estado en el cual la mayor parte de las causas y las condiciones están dadas, pero donde todavía falta algo, de tal manera que

264 DOLENSKY, Adolf, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, n° 1-2, págs. 241 y ss.

265 DOLENSKY, Adolf, op. cit., pág. 241.

la lesión aún no se ha producido²⁶⁶. Continúa el autor afirmando que el peligro es un estado determinado, por ejemplo, la posesión no controlada de explosivos, la puesta a la venta de productos alimenticios adulterados, o, el jugar con cerillas en un pajar; este estado de peligro no es nunca totalmente inmutable, sino que los cambios no predecibles de los componentes del mismo pueden elevar el peligro o disminuirlo²⁶⁷; Lernell²⁶⁸ tras referir la relación existente entre las expresiones peligro, exposición a un peligro y amenaza²⁶⁹, concluye asumiendo una postura objetiva, en última instancia coincidente con el propio dictado de la intuición humana²⁷⁰, al señalar que el peligro “no es más que la posibilidad de los efectos negativos (socialmente negativos) que pueden producirse”²⁷¹; Novoa Monreal²⁷², aun admitiendo la necesidad de que en determinados casos pueda corresponder al juez la función de determinar el carácter peligroso de determinadas acciones²⁷³, defiende que es el legislador quien determina ciertos hechos o situaciones objetivas, que entrañan un riesgo para los bienes jurídicos dignos de protección. Los tipos legales dictados por el legislador serán los que especifiquen únicamente las características externas y materiales que deberán reunir dichos hechos o situaciones que produzcan modificaciones

266 DOLENSKY, Adolf, op. cit., pág. 243, recurre para ejemplificar esta idea al caso de que se produzca un escape de gas, éste adquiere progresivamente la concentración necesaria para que se produzca la explosión, existiendo un timbre eléctrico en cuyos contactos una chispa estalla en el momento de sonar, y he aquí que en ese preciso instante alguien llama al timbre de la puerta de entrada.

267 DOLENSKY, Adolf, op. cit., pág. 243.

268 LERNELL, Leszek, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2, págs. 215 y ss.

269 LERNELL, Leszek, op. cit., pág. 216.

270 LERNELL, Leszek, op. cit., pág. 218.

271 LERNELL, Leszek, op. cit., pág. 217.

272 NOVOA MONREAL, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro”, cit., págs. 7 y ss.

273 NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., pág. 12.

del mundo exterior percibibles por los sentidos²⁷⁴; Ranieri²⁷⁵, considera que el peligro es un resultado en los supuestos en los que la ley contempla tipos delictivos cuya ofensa consiste en el peligro de un resultado dañoso. Así, entiende por resultado de peligro “la modificación del mundo exterior, producida o no impedida por la conducta, mediante la verificación de la cual se puede mantener, a juicio de quien la considera en base a la experiencia de casos similares, que existe la probabilidad de un ulterior resultado dañoso”²⁷⁶, y define claramente el peligro como “la probabilidad de un evento dañoso”²⁷⁷; anteriormente Santoro²⁷⁸, por su parte, había afirmado que no es posible compartir la opinión de quienes sostienen que el peligro sea una especie de daño, puesto que el peligro no supone una real “merma, sino causabilidad, posibilidad de causación”²⁷⁹; y, también, Schröder aborda la catalogación del peligro desde una perspectiva objetiva al considerar que “el epíteto peligroso no designa más que un comportamiento o una situación en los que un hombre prudente y razonable se vería conducido a no actuar o a preservarse contra el riesgo de un daño”²⁸⁰.

Una construcción peculiar es la que lleva a cabo Baigún²⁸¹, pues afirma que el concepto de peligro necesariamente está compuesto por dos elementos, “de una parte, la existencia del peligro como <cosa en sí> es condición imprescindible para la configuración del delito; por otra -pero al

274 NOVOA MONREAL, Eduardo, op. cit., pág. 11.

275 RANIERI, Silvio, *Manuale di Diritto Penale*, PG, cit., pág. 248.

276 *Ibidem*.

277 *Ibidem*.

278 SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Penale I*, UTET, Torino, 1958, págs. 334 y ss.

279 SANTORO, Arturo, op. cit., págs. 334-335.

280 SCHRÖDER, Horst, “Les délits de mise en danger”, cit., pág. 9.

281 BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, cit., págs. 16 y ss.; “Les délits de mise en danger”, cit., págs. 33 y ss.

mismo tiempo-, el peligro aparece vinculado al daño o lesión del bien, es decir, como <cosa para> algo”²⁸², o “cosa en tanto que agente”²⁸³.

Alude, finalmente, a la ley de la posibilidad o probabilidad²⁸⁴, como recurso admitido por la generalidad de los autores -como tendremos ocasión de comprobar más adelante-, para establecer el nexo entre la situación o el hecho peligroso, y el riesgo de un ulterior resultado dañoso, y, a modo de síntesis, concluye: “El peligro refleja objetivamente una dualidad: “cosa en sí” y “cosa para algo”, donde el nexo probable o posible (posibilidad real) entre el riesgo efectivo y el resultado final se halla sometido a las leyes de la causalidad, tanto cuando se trata de fenómenos naturales como cuando abarca procesos sociales”²⁸⁵.

Entre los autores españoles contemporáneos, a los hasta aquí mencionados, son de destacar, Bustos Ramírez²⁸⁶, quien asumiendo las limitaciones de la naturaleza humana en orden al conocimiento y comprensión de la realidad concibe el peligro como “una categoría relacional” compuesta por dos elementos: el juicio de valor y el juicio de probabilidad²⁸⁷; Córdoba Roda²⁸⁸, para quien siempre que la ley exija respecto de la acción de un hecho típico la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico, ya sea configurando el delito en virtud de la expresa

282 BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, cit., pág. 17. Incluye, no obstante, dentro del aspecto objetivo del peligro como “cosa en sí” a determinados factores de naturaleza subjetiva que concurren o pueden concurrir a su formación, y el segundo elemento (“cosa para algo”) sería en la terminología penal algo “potencialmente apto para provocar el daño” (pág. 19).

283 BAIGÚN, David, “Les délits de mise en danger”, cit., pág. 37.

284 BAIGÚN, David, op. cit., pág. 15: “La situación de peligro que incrimina la norma penal va unida indisolublemente a la posibilidad o probabilidad del daño...”.

285 BAIGÚN, David, op. cit., pág. 37.

286 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., págs. 323 y ss.

287 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., pág. 324.

288 CÓRDOBA RODA, Juan, “Les délits de mise en danger”, cit., págs. 357 y ss.

mención del riesgo, ya sea omitiendo esta explícita exigencia, el peligro se confirmará en virtud de un juicio objetivo que deberá remitirse al momento de la realización de la acción cuyo carácter punitivo es discutible. De modo que un peligro habrá efectivamente concurrido, aun cuando en el caso particular no se haya producido la lesión temida, siempre que el sujeto medio perteneciente a la misma esfera social que el autor, considere probable en la situación particular la producción del resultado dañoso. En tales circunstancias deberemos estimar la existencia de un peligro²⁸⁹.

Y, también, en esta misma línea conceptual, aunque si bien es cierto que algunos años antes que los autores anteriores, Conde-Pumpido²⁹⁰, hace depender la existencia del peligro del cálculo de probabilidades. En este sentido, afirma al respecto “que de una acción se deriva un peligro para un bien jurídico cuando el conjunto de las probabilidades de que, como consecuencia última de tal acción se produzca una lesión de un bien, son superiores al conjunto de probabilidades que de evitar esa lesión existan... El peligro será tanto mayor cuanto más supere el número de las primeras al de las segundas... para la esencia antijurídica del acto basta la alteración desfavorable de esas probabilidades de causación del daño y sobre tal alteración deberá recaer el reproche objetivo de la antijuricidad”²⁹¹.

Como vemos son muchos los autores, valga el análisis que hemos realizado a modo de ejemplo destacando tan sólo las posturas más significativas al respecto, y muy variados también los pronunciamientos existentes acerca de la idea de peligro, dirigidos a intentar formular un concepto válido de peligro aplicable al Derecho Penal.

289 CÓRDOBA RODA, Juan, op. cit., pág. 361.

290 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico”, cit., págs. 51 y ss.

291 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, op. cit., pág. 58.

Ante esto se podría afirmar que no resulta viable la existencia de un concepto único de peligro²⁹², dadas las diversas cuestiones penales que se ven afectadas por semejante noción. Esta imposibilidad de establecer un concepto único de peligro hemos comprobado que era mantenida por diversos autores desde distintas perspectivas. A mayor abundamiento, una parte de la doctrina italiana asevera la imposibilidad de un concepto único de peligro debido a la diferente entidad de los bienes jurídicos, que implicaría una estimación distinta de la noción jurídica de peligro según la mayor o menor importancia del bien, influyendo en los requisitos del tipo que afectan a la naturaleza del peligro²⁹³. Sin embargo, no parece correcta esta línea argumental, pues de admitir dicho razonamiento no tendríamos más remedio que realizar una valoración diversa, siguiendo una escala según se tratara de uno u otro bien, al encontrarnos ante bienes de distinta relevancia, y esto pese a que estuviesen incluidos en un mismo tipo²⁹⁴. A

292 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 32, considera que esto no es posible debido “a la elasticidad de las diversas formulaciones de los tipos”, admitiendo, a su vez, expresamente que “el peligro supondrá, por tanto, una noción valorativa, que requerirá, concreción en cada caso atendiendo a las exigencias del tipo correspondiente” (págs. 34 y 131). También, GALLO, Marcelo, “Consideraciones sobre los delitos de peligro”, cit., pág. 655, establece también esta necesidad de comprobar la situación de peligro, que es un elemento constitutivo del tipo, caso por caso dada la diversidad de configuraciones existentes del peligro como elemento de hecho en los ilícitos penales. Así el autor hace una distinción entre las figuras delictivas en las que el estado de peligro representa el presupuesto de la conducta incriminada; aquellas otras en las que el peligro constituye tan sólo un elemento calificante de la conducta; calificación de las cosas que son objeto material de la acción como peligrosas; y, finalmente, aquellas figuras en las que el estado de peligro aparece ligado, como efecto a causa, a una conducta determinada, ya sea que en él deba reconocerse el resultado o que dé lugar a una mera condición de punibilidad.

293 En este sentido ESCRIVÁ GREGORI, José María, op. cit., pág. 33, siguiendo a RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di peri colo nella dottrina e nella legislazione*, cit., págs. 26 y ss.

294 *Ibidem*.

pesar de ello podemos encontrar actualmente algún ejemplo en Derecho Comparado²⁹⁵.

A la vista de lo que llevamos expuesto es claro el predominio de la concepción objetiva del peligro, ya sea basando su juicio en la experiencia, ya sea definiéndolo como potencialidad, posibilidad o probabilidad de la producción o causación de un daño. Por lo tanto, parece pertinente realizar un análisis de los conceptos de probabilidad y posibilidad con base en los cuales se realiza la clásica definición objetiva de peligro que, no obstante, y pese a ser mayoritaria, es objeto de críticas. En efecto, han surgido recientemente, en la doctrina más moderna, nuevas interpretaciones y modelos de referencia a la hora de elaborar un concepto válido, y a ser posible unitario, de peligro, intentando distanciarse del debate en torno al binomio probabilidad/posibilidad.

De todo lo que aquí se ha expuesto hasta este momento podemos afirmar ya que la vía más acertada para dotar de contenido a la noción de peligro, en el marco del Derecho penal, es entender que no nos encontramos ante un término “vacío”, en el sentido de independiente o autónomo, sino que cuando hablamos de peligro lo hacemos siempre en términos de referencia. a un posible (o mejor, probable), acontecimiento futuro y perjudicial para un bien jurídico que puede tener lugar como consecuencia

295 Así ocurre en el Derecho penal portugués en cuyo Código penal (arts. 269 y ss.), se estructuran los delitos de peligro en función no sólo de que el peligro haya sido creado por una acción inicialmente dolosa con creación de un peligro negligente o por una acción negligente desde el principio, sino, además, a efectos de punibilidad, atendiendo a la clase de bien jurídico protegido (ya sea subyacente o principal de gran valor). Véase a este respecto, GONCALVES, Maia M., *Código Penal Português, anotado he comentado e legislacao complementar*, 7. ed., Almedina, Coimbra, 1994, págs. 597 y ss. Un estudio de estos aspectos lo lleva a cabo, ARENAS RODRIGÁNEZ, Paz, “Los delitos contra la salud pública en el Derecho Penal portugués”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 43, 1991, págs. 163 y ss.

de la realización de una acción determinada²⁹⁶. De este modo, se concibe el peligro como un concepto que implica una relación objetiva en términos probabilísticos despojada, en la mayor medida posible, de cualquier connotación emocional.

Esto implica, por lo tanto, desechar la postura que supondría tener en consideración la concepción subjetiva de la probabilidad y la característica de temibilidad a la hora de establecer un concepto de peligro; es por ello por lo que hemos de concluir que únicamente resulta viable, en el marco de un ordenamiento jurídico que pretende cumplir una función eminentemente garantista, la orientación que propone fundar sobre la relación de posibilidad o probabilidad objetivas una teoría objetiva de peligro.

Podemos hablar, de acuerdo con Parodi Giusino²⁹⁷, de relación de posibilidad o de probabilidad porque, en contraste con lo que sucede en la relación de causalidad²⁹⁸, en relación con el concepto de peligro²⁹⁹ y, en consecuencia, con los delitos de peligro, no se exige la existencia de un vínculo de causa-efecto, sino que podemos afirmar, por el contrario, que

296 En este sentido, como muy acertadamente apunta TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Delitos de peligro y criminalidad económica*, citado por DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Respuesta Penal al Peligro Nuclear*, cit., pág. 124, n. 124; *Idem*, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 105, no tiene sentido hablar de peligro como noción abstracta, puesto que éste se entiende como probabilidad de un mal, por lo que necesariamente ha de referirse a él.

297 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale*, cit., pág. 188.

298 La relación de causalidad es objeto de un profundo análisis por parte de, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit., págs. 30 y ss.

299 CANESTRARI, Stefano, “Voce <reato di pericolo>”, en separata de la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991, pág. 2, señala que “la relación de peligro, a diferencia del juicio de causalidad que se basa por definición sobre la relación de condicionalidad entre hechos ciertos, presupone una indagación orientada a averiguar si (probablemente) habrá o no un proceso causal futuro (causabilidad)”.

se trata de un hecho cuyas características y condiciones no nos permiten determinar con seguridad el desenlace³⁰⁰. Es decir, cuando hablamos de peligro resulta impensable aplicar los criterios que rigen la ley de la causalidad (juicio de necesidad), porque nos encontramos, en realidad, ante un “estado objetivo de incertidumbre o de oscilación entre la verificación y la no verificación de un resultado dañoso”³⁰¹, en el que sólo tiene cabida el juicio de probabilidad.

Por otra parte, la diferencia entre la causalidad y la posibilidad o probabilidad radica también en la diversa naturaleza del proceso cognitivo³⁰². Y esto es así, porque la causalidad es un juicio emitido a posteriori una vez que se han desarrollado los hechos, por lo que consiste en una diagnosis en la que se dispone en el momento del juicio del conocimiento de toda la diversidad de elementos que puedan repercutir sobre la relación a juzgar³⁰³, mientras que la posibilidad es una prognosis (que debe prescindir del conocimiento de la totalidad de los elementos), ya que es un juicio orientado al futuro y en él se carece de la disponibilidad de algunos datos.

300 En este sentido, CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, PG I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, cit., págs. 354-355, afirma que: “Si la producción del resultado aparece como probable, la acción era peligrosa. No basta, pues, con que, el resultado fuera objetivamente previsible, o que su producción no fuera improbable (como en el juicio de la causalidad adecuada). La acción será peligrosa cuando la producción del resultado aparezca como probable...”

301 ANTOLISEI, Francesco, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., págs. 121-122.

302 Así lo pone de manifiesto, PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., págs. 191- 192.

303 Haciendo abstracción de los procesos causales no verificables, como sucede en el supuesto de que el estado del conocimiento científico en un momento dado no permita establecer las leyes causales, por ejemplo, el caso Cortegán. Véase, por todos, CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, PG I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, cit., pág. 296; KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Cortegán”, cit., págs. 7 y ss.

Es decir, podemos estimar que son cosas diversas y por lo tanto hemos de diferenciar, por una parte, entre “la verificabilidad, efectuatibilidad o realizabilidad de un fenómeno y, por otra, la verificación, o efectuatión, o realización de dicho fenómeno; una cosa es la causabilidad y otra la causación. La primera es la causalidad en potencia, y la otra constituye la causalidad de hecho”³⁰⁴.

Hechas estas precisiones generales acerca del tema de la posibilidad o probabilidad en relación con su aplicación en el ámbito jurídico, resulta pertinente que retomemos la cuestión de la relación de peligro en particular.

Resulta evidente que en la elaboración de la noción de peligro entran en juego dos conceptos básicos como son los de posibilidad y probabilidad, sin embargo, la opción por uno de ellos no está exenta de discusión ya que son muy diversas las posturas mantenidas por los distintos representantes de la doctrina jurídico-penal al respecto, al resultar estos dos términos susceptibles, a su vez, de múltiples matizaciones.

Pasemos pues a analizar cada una de las posturas, haciendo mención a alguno de los autores más representativos de cada una de ellas, para posteriormente adoptar nuestra propia opinión al respecto.

Así, entre los autores que consideran que el peligro supone la mera o simple posibilidad de la producción de la lesión del bien jurídico, podemos destacar, al margen de los que ya han sido mencionados anteriormente³⁰⁵,

304 En este sentido se pronuncia, ROCCO, Arturo, *Loggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, cit., pág. 303. De lo que se hace eco, ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 78.

305 Algunos de ellos se limitaban a exigir una llana posibilidad como elemento configurativo del peligro, así, entre otros, ROTERING, “Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch”, cit., pág. 266; RABL, Kurt O., *Der Gefährdungsvorsatz*, cit., págs. 7 y ss., considera expresamente de todo punto innecesario añadir algún calificativo

entre otros, por ejemplo, a Cramer³⁰⁶, para quien el peligro es la posibilidad de una lesión próxima; Delitala³⁰⁷, quien define el peligro como la “situación en la que aparece como posible la realización de un daño contrario a los intereses jurídicamente protegidos”; Horn, E., para quien el concepto de peligro es una noción relacional axiológicamente dependiente del daño a un bien jurídico³⁰⁸, de tal manera que esta construcción sólo se puede expresar mediante la categoría de la posibilidad³⁰⁹; Meyer, A.³¹⁰, reconoce que el concepto de peligro describe en general la posibilidad de un daño; Militello quien dedica su obra al estudio del concepto de riesgo y sus implicaciones en el marco penal, pero concluye por reconocer la identidad estructural existente entre la relación de peligro y la de riesgo³¹¹, entendiendo por tal “la relación de posibilidad entre una entidad (humana o natural) y un ulterior resultado, temido y esperado”³¹²; Otto³¹³, al referirse a los delitos

al concepto de posibilidad, puesto que de hacerlo se contribuiría a la pérdida de seguridad jurídica; LERNELL, Leszek, “Les délits de mise en danger”, cit., pág. 217.

306 CRAMER, Peter, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962, pág. 52. Si bien, ahí es preciso advertir que, por una parte, matiza que en los supuestos de peligrosidad abstracta ha de concurrir la posibilidad cercana (pág. 68), y, por otro lado, al referirse al peligro abstracto parece entenderlo como posibilidad de un peligro concreto, ya que lo define expresamente como fase previa de este último (“... konkrete Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung und abstrakte Gefährdung die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung”), (pág. 69)

307 DELITALA, Giacomo, “Les délits de mise en danger”, cit., pág. 288.

308 HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, cit., pág. 75. Si bien, hay que señalar que este autor se ocupa del estudio específico del peligro concreto, al que configura como un resultado, y como tal es un hecho que se hace realidad siempre después de la actuación (pág. 30).

309 HORN, Eckhard, op. cit., pág. 77.

310 MEYER, Andreas H., *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährdungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*, cit., pág. 183.

311 MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè Ed., Milano, 1988, pág. 33.

312 MILITELLO, Vincenzo, op. cit., pág. 18.

313 OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1982, pág. 40; *Idem*, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen*

contra la vida y al hablar del peligro, deja traslucir la idea del mismo como posibilidad de un evento; Rocco, para quien el peligro es la posibilidad del daño en general, resultando indiferente el mayor o menor grado de posibilidad, de tal manera que “la posibilidad del daño, cualquiera que sea su grado, es, si bien necesaria, también suficiente para el concepto de peligro”³¹⁴.

Pero junto a este sector de la doctrina jurídicopenal que se contenta con la exigencia de la mera o simple posibilidad de la producción de un resultado lesivo o perjudicial a la hora de configurar la noción de peligro, es de destacar la posición de quienes mantienen la opinión de que el peligro implica algo más que la mera posibilidad, de modo que acompañan al término “posibilidad” de diversos epítetos como, “próxima”, “elevada”, “cercana”, etc... , constatando así la necesidad de que para reconocer la existencia de un peligro es preciso que concurra un determinado grado de posibilidad.

Este el caso, de no pocos autores, por ejemplo, entre otros, Fiandaca quien define el peligro como “situación de hecho que deja prever como posible la verificación de un daño a bienes socialmente relevantes”³¹⁵, en la que carece absolutamente de trascendencia el grado de probabilidad, ya que el peligro puede ser apreciable “incluso en presencia de pequeñas o mínimas <oportunidades> de verificación del daño”³¹⁶, y concluye por afirmar que el concepto penal de peligro ha de aplicarse únicamente a aquellas hipótesis en las cuales subsiste “una posibilidad seriamente apreciable de verificación

Delikte, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1991, pág. 40.

314 ROCCO, Arturo, *Loggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alla teorie generali del reato e della pena*, cit., pág. 306.

315 FIANDACA, Giovanni, “Note sui reati di pericolo”, en *Il Tommaso Natale*, I, 1977, pág. 176.

316 *Ibidem*.

de un acontecimiento dañoso”³¹⁷; Gallo M.³¹⁸ quien considera mejor utilizar una definición en la cual el criterio de cualificación no destruya el trasfondo naturalístico de la noción y hablar de “apreciable grado de posibilidad”, en el sentido de que considera absurdo el empleo de un término equívoco (como sería, el de probabilidad), ya que se puede afirmar la existencia de un peligro incluso cuando las posibilidades favorables sean mínimas respecto a las posibilidades contrarias³¹⁹; Grispigni, autor que claramente se muestra partidario de que para el concepto de “peligro, como elemento del delito, basta que exista una posibilidad de una cierta relevancia acerca de la verificación del acontecimiento temido”³²⁰, a diferencia de lo que sucede respecto a la peligrosidad criminal en la que resulta necesario el recurso a la probabilidad³²¹; von Liszt³²², quien a la hora de definir el peligro lo hace recurriendo al calificativo de cercana posibilidad de producción de un resultado lesivo³²³; Petrocelli, parte de la consideración de que el peligro “no representa una proporción constante”³²⁴, por lo que resulta inviable recurrir para la definición de tal concepto a la noción lógico-matemática de probabilidad, de forma que para que exista un peligro no es preciso que

317 FIANDACA, Giovanni, op. cit., pág. 177.

318 GALLO, Marcelo, “Consideraciones sobre los delitos de peligro”, cit., págs. 653-654.

319 GALLO, Marcelo, op. cit., pág. 654.

320 GRISPIGNI, Filippo, *Diritto penale italiano*, cit., págs. 76-77.

321 GRISPIGNI, Filippo, op. cit., pág. 76.

322 Von LISZT, Franz, “Tötung und Lebensgefährdung”, cit., pág. 151, donde textualmente afirma que: “Der Begriff der Gefahr deckt sich mit der nahen Möglichkeit einer Verletzung”.

323 Sin embargo, von LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 301, configura el peligro como “un estado en el que se da la posibilidad inmediata (probabilidad) de que resultara una infracción”, con lo cual parece que en realidad está equiparando la probabilidad a la cercana o próxima posibilidad y empleando ambos términos como sinónimos. Esta definición es literalmente adoptada por KLEE, Karl, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berliner Juristische Beiträge, Heft 10, R. v. Decker’s Verlag, Berlín, 1906, págs. 24-25; y por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 3. ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 345.

324 PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., pág. 7.

“concurra la verdadera y propia probabilidad, sino que basta una notable, una relevante posibilidad”³²⁵. Entre los autores españoles, pese a ser predominante la opción por el concepto de probabilidad a la hora de dotar de un contenido a la noción de peligro, podemos mencionar a Quintero Olivares quien señala en referencia al peligro como la posibilidad constituye la idea central, de forma tal que “la noción más extendida llama peligro, en lo jurídico-penal, a la posibilidad relevante de que un resultado se produzca como consecuencia normal de un determinado acto o situación”³²⁶. En esta misma línea, también, Ratiglia, manifiesta una opinión concordante con la de los autores anteriormente mencionados, al considerar preciso “excluir que la simple posibilidad pueda ser suficiente para la consideración penal del suceso amenazado”³²⁷, razón por la cual, para que en todos los casos la situación de peligro pueda ser jurídicamente apreciable, reclama que ésta debe estar dotada de “un grado de consistencia, esto es de posibilidad, relevante”³²⁸.

Como vemos son muchos los atributos empleados por los diversos autores para bautizar a este término “posibilidad”, no consiguiendo, pese a ello, lograr la exacta delimitación del mismo, quizá porque no lo consienta la misma flexibilidad de esta expresión³²⁹. Pero si esto es así en el ámbito

325 *Ibidem*.

326 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal*, PG, 2. Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, pág. 332.

327 RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, cit., pág. 24.

328 RATIGLIA, Giuseppe, op. cit., pág. 26.

329 Idea apuntada por TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, cit., pág. 841, resalta la característica de elasticidad que posee el concepto de peligro, ya que éste se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. También, PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., pág. 8, quien a la hora de delimitar en qué consiste la “relevante posibilidad”, como característica intrínseca de la noción de peligro, considera que no resulta posible determinarlo claramente ya que no lo permite “la misma elasticidad de esta expresión”.

de la posibilidad, más aún se complica la cuestión al tratar de deslindar los conceptos de posibilidad y probabilidad. Siendo así que no faltan autores que empleen estos dos términos como sinónimos, tal es el caso, entre otros, de Baigún³³⁰, quien define la posibilidad como una tendencia real, como aquello “que exterioriza sólo las tendencias que han de realizarse todavía, en el caso de que surjan las condiciones indispensables para ello”. Y lleva a cabo una diferenciación entre las posibilidades reales, que son las únicas que interesan al Derecho, y las formales. Define las primeras como “aquellos casos que se ajustan a las leyes objetivas de la naturaleza y cuentan con condiciones necesarias para su realización”; las formales, por su parte, aunque no se hayan en pugna con las leyes de la naturaleza, carecen de las condiciones necesarias para realizarse en el tiempo. Mientras que concibe, este autor, la probabilidad como la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento cualquiera. En realidad, parece que está haciendo pivotar el concepto de probabilidad del de posibilidad; asimismo parece equiparar estas nociones Jescheck³³¹ quien expresamente entiende por peligro “un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia”; y, también, Schmidhäuser³³² a la hora de definir la noción de peligro lo hace recurriendo indistintamente a los conceptos de posibilidad (Möglichkeit) y probabilidad (Wahrscheinlichkeit).

Como vemos en este terreno se han dado múltiples confusiones, sobre todo cuando se trata de diferenciar la noción de probabilidad de la

330 BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, cit., 1967, págs. 22 y ss.

331 JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, PG*, traducción al castellano de José Luis Manzanares Samaniego, 4. ed., Ed. Comares, Granada, 1993, pág. 238.

332 SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, AT, Lehrbuch*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, pág. 207.

que se ha dado por calificar como “posibilidad cercana o próxima”³³³. En este caso al predicar de la noción de posibilidad esa proximidad, aunque no resulte entendida en un sentido temporal, algunos autores interpretan que la posibilidad puede llegar a sobrepasar la línea que vendría marcada por la propia probabilidad³³⁴.

Sea como fuere, la mayor parte de los autores dotan a la probabilidad de un grado mayor que a la posibilidad, y a la hora de definir el peligro lo hacen, consecuentemente, en términos de probabilidad. Avanzamos ya que ésta es la postura que nosotros consideramos más adecuada, porque, en efecto, si se entendiese el peligro como posibilidad, esto supondría tanto como estimar peligrosos incluso los sucesos que no tienen lugar casi nunca, en los que se podría decir que existe “una probabilidad entre un millón” de que acontezca su producción³³⁵.

Una vez vistas las diferentes teorías que existen acerca de la posibilidad, pasamos a analizar aquellas otras que hacen referencia a la probabilidad.

Ya hemos apuntado anteriormente que nos parece más correcto predicar la probabilidad del peligro y no la posibilidad del mismo, por la

333 Ya BASSENGE, Peter, *Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen*, cit., pág. 50, constata la imposibilidad de delimitar la frontera entre la cercana posibilidad y la probabilidad. También, CANESTRARI, Stefano, “Voce <reato di pericolo>”, cit., pág. 2, si bien considera que en términos “correctos de epistemología jurídica”, el peligro no puede consistir en otra cosa que no sea la probabilidad, a continuación, matiza que esta probabilidad se entiende como “apreciable grado de posibilidad”, con lo cual equipara ambos conceptos.

334 En este sentido, DOLENSKY, Adolf, “Les délits de mise en danger”, cit., pág. 241, entiende la posibilidad como la probabilidad en su grado más elevado.

335 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 197, se pronuncia en este sentido admitiendo el peligro únicamente como probabilidad de producción de un evento lesivo, y no como mera posibilidad.

mayor certeza que conlleva la noción de probabilidad³³⁶, siendo ésta, por otra parte, y como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente, la posición mayoritariamente secundada por los representantes de la dogmática jurídico-penal.

Ahora bien, y centrados ya en el marco exclusivo de la probabilidad como concepto integrante y constitutivo de la noción de peligro, la pregunta que se plantea es si basta con la apreciación de una probabilidad genérica, o si por el contrario ha de concurrir un determinado grado de probabilidad para apreciar la existencia de un peligro relevante para el Derecho penal.

Ante esta cuestión la doctrina, como hemos tenido oportunidad de comprobar en las páginas precedentes, se ha esforzado por tratar de ofrecer unos parámetros, lo más definidos posibles a la hora de establecer las bases sobre las que apreciar la existencia de un peligro jurídicamente relevante. Esta empresa, sin embargo, no ha dado los frutos deseados, y así en el seno de esta posición, centrada en la consideración del peligro como probabilidad, podemos apreciar, a su vez, la existencia, por una parte, de autores que exigen la concurrencia simplemente de la probabilidad sin dotarla de ningún tipo de atributos, mientras que otros, por su parte, llegan incluso a estimar necesario cualificar esta noción³³⁷.

Vamos, pues, a hacer referencia, en primer lugar, a la postura que sostiene el primero de los grupos mencionados. Este es el caso, en la

336 Además, como indica PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., págs. 194-195, desde el punto de vista lógico no es posible asociar a la posibilidad una cualidad, de tal manera que la posibilidad en sí solo admite los atributos de existente o inexistente.

337 Así, HORN, Hans-Rudolf, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1962, pág. 71, establece como requisito la concurrencia de una mínima probabilidad de lesión para prohibir los comportamientos que supongan la amenaza de determinados valores dignos de protección.

doctrina Italiana, entre otros, de Antolisei³³⁸, para quien el peligro no es otra cosa que una situación que conlleva “la probabilidad y, como sea que esto implica la idea de que se produzca un acontecimiento no deseado, puede definirse, en general, como la probabilidad de un acontecimiento temido y, trasladándolo al campo del Derecho, la probabilidad de un evento antijurídico”, y precisando, además, que “para la existencia del peligro basta cualquier grado de probabilidad”³³⁹; Canestrari, opta, también por la noción de probabilidad a la hora de ofrecernos un concepto de peligro, así considera que éste se puede definir como “la relación entre una entidad cronológicamente precedente -la cual puede consistir indiferentemente en una acción en sentido técnico o en un resultado o en un objeto material de la conducta, o incluso en un sujeto- y una entidad sucesiva lesiva, tal que permita prever como probable la verificación de un daño a bienes socialmente relevantes”³⁴⁰; Contento, señala expresamente la circunstancia de que resulta insuficiente a la hora de configurar el concepto de peligro la exigencia de la simple posibilidad de verificación del daño³⁴¹, puesto que éste constituye “un dato puramente racional, y el correspondiente juicio un simple juicio lógico; pero, si así fuese, se ha de aceptar que un juicio tal es el menos adecuado para definir el concepto de peligro, que -desde un punto de vista estrictamente lógico-racional- no tendría ni siquiera título para existir como concepto”³⁴², de manera que resulta imprescindible exigir la concurrencia de la probabilidad para perfilar la noción de peligro³⁴³; Gallo

338 ANTOLISEI, Francesco, “Sul concetto del pericolo”, cit., pág. 26; en igual sentido en, *Lazione e l'evento nel reato*, cit., págs. 122-124; *Idem*, *Manuale di Diritto penale*, PG, 11. ed., Giuffrè Ed., Milano, 1989, pág. 204.

339 ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, cit., pág. 205.

340 CANESTRARI, Stefano, “Voce <reato di pericolo>”, cit., pág. 2.

341 CONTENTO, Gaetano, *Corso di diritto penale*, cit., págs. 632 y 634.

342 CONTENTO, Gaetano, op. cit., pág. 633.

343 CONTENTO, Gaetano, op. cit., pág. 634, a estos efectos señala además que las diferentes fórmulas lingüísticas que se pueden articular (relevante posibilidad, probabilidad, razonable probabilidad), son sustancialmente equivalentes.

E.³⁴⁴, quien se decanta tajantemente por la exigencia de la probabilidad cuando afirma que a la hora de formular el juicio de verificabilidad de un fenómeno, éste no puede consistir más que en un juicio de probabilidad “estimable en relación a los datos de la experiencia”³⁴⁵, a no ser que “se quiera correr el riesgo de sustituir una valoración de peligro actual por la más absurda hipótesis de la posibilidad”³⁴⁶; Mantovani considera que se puede hablar de peligro cuando se puede prever la producción de un acontecimiento lesivo según los conocimientos que nos proporciona la propia experiencia, por lo que escuetamente define el peligro como “la probabilidad de verificarse el resultado de daño”³⁴⁷; Santoro³⁴⁸ considera que en el concepto de peligro a efectos jurídicos no es suficiente con que concorra la posibilidad, sino que es preciso que exista “una probabilidad de que se realice lo que se teme”³⁴⁹, es por tanto el peligro la probabilidad de daño.

Entre los representantes de la doctrina alemana, a modo de ejemplo, podemos mencionar a Baumann/Weber³⁵⁰, autores que definen el peligro en términos de probabilidad de producción de un resultado dañoso; Bockelmann³⁵¹, si bien refiriéndose al peligro concreto, considera que éste existe cuando es inminente la producción de un daño, siendo preciso que concorra una probabilidad constatable (no simple posibilidad mental),

344 GALLO, Ettore, *Il delitto di ateentato nella teoria generale del reato*, cit., págs. 122 y ss.

345 GALLO, Ettore, op. cit., pág. 125.

346 GALLO, Ettore, op. cit., pág. 123.

347 MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, 3. ed., Cedam, Padova, 1992, pág. 217.

348 SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Penale I*, cit., págs. 334 y ss.

349 SANTORO, Arturo, op. cit., pág. 335.

350 BAUMANN, Jürgen - WEBER, Ulrich, *Strafrecht, AT: Ein Lehrbuch*, 9. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1985, pág. 134.

351 BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht, AT*, 3. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, pág. 152.

y resultando indiferente el grado de probabilidad; también, Lackner³⁵², prefiere el empleo del término probabilidad en vez de el de posibilidad a la hora de definir el concepto de peligro, concibiéndolo, por lo tanto, como la probabilidad de producción de un acontecimiento futuro y de carácter perjudicial; Schröder³⁵³, quien considera necesario que se dé un determinado nivel de peligrosidad, excluyendo los supuestos de riesgo mínimo, lo que se traduce en que “se pueda hablar lógicamente de peligro incluso en los casos en que la probabilidad de que sobrevenga un daño sea escasa”³⁵⁴, si bien rechaza un cálculo puramente aritmético de la probabilidad cuando afirma que: “En efecto, exigir que las oportunidades de producción de un daño sean de un 51% contra un 49% no permite distinguir de manera plenamente satisfactoria cuándo nos encontramos ante una situación de peligro y cuándo no ha lugar a la misma”³⁵⁵; Schünemann³⁵⁶, en sentido similar a los autores que venimos haciendo referencia, afirma que el peligro es “la probabilidad de un daño”; Welzel³⁵⁷, por su parte, define el peligro como “la situación en la cual la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo (de experto)”.

Y, por último, en el seno de la doctrina jurídicopenal española podemos encontrar, también, numerosos autores en los que está presente la remisión a la idea de probabilidad como elemento objetivo de la definición

352 LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdeldikt im Verkehrsstrafrecht*, cit., pág. 16; en el mismo sentido, también en, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. neubearbeitete Aufl. des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, págs. 1440-1441, califica al peligro como un estado inhabitual en el cuál bajo determinadas circunstancias resulta próxima la entrada de una lesión, pero señala, además, que esa posibilidad de daño tiene que haber crecido tanto que su producción aparece como probable.

353 SCHRÖDER, Horst, “Les délits de mise en danger”, cit., págs. 8 y ss.

354 SCHRÖDER, Horst, op. cit., pág. 8.

355 SCHRÖDER, Horst, op. cit., pág. 9.

356 SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdeldikte”, cit., pág. 794.

357 WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, PG, cit., pág. 71.

del peligro. Este es el caso, entre otros, de Barbero Santos³⁵⁸, para quien el peligro consiste en “la probabilidad -no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad-, de que se produzca la lesión de un bien jurídico”³⁵⁹; Beristain Ipiña³⁶⁰, autor que tras calificar al peligro como “el estado situacional que probablemente aboca a la lesión de un bien jurídico”³⁶¹, reconoce la objetividad de la situación al atribuirle un carácter real diferenciado de lo que hubiera podido ser un simple juicio de probabilidad³⁶²; Bustos Ramírez³⁶³ se decanta de forma tajante como partidario del criterio de la probabilidad a la hora de definir el peligro considerándolo como una parcela más de la realidad objetiva; Cerezo Mir³⁶⁴, considera, en sentido similar, que el peligro consiste en un juicio de previsibilidad objetiva y que, consiguientemente, nos encontramos ante una situación peligrosa cuando la producción del resultado aparezca como probable, aunque considera el autor que no ha de tratarse necesariamente de una probabilidad matemática; Muñoz Conde³⁶⁵ estima que el peligro se asienta en un juicio de probabilidad acerca del resultado de lesión que pueda sufrir un determinado bien jurídico como consecuencia de la conducta realizada, siendo indiferente que la lesión

358 BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, cit., págs. 487 y ss.

359 BARBERO SANTOS, Marino, op. cit., pág. 492.

360 BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El delito de peligro por conducción temeraria, notas al artículo 340 bis a) n° 2”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, págs. 283 y ss., *Idem*, “Resultado y delitos de peligro”, loc. cit., págs. 263 y ss.

361 BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Resultado y delitos de peligro”, cit., pág. 272. Una definición más compleja del peligro la proporciona el autor en su trabajo “El delito de peligro por conducción temeraria, notas al artículo 340 bis a) n° 2”, cit., pág. 301, al calificarlo como “la alteración desfavorable de las probabilidades del riesgo jurídicamente permitido, como la lesión potencial de un bien jurídico mediante la perturbación actual de la seguridad por la probabilidad de un daño”.

362 *Ibidem*.

363 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., pág. 324.

364 CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español, PG I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, cit., pág. 354.

365 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1989, pág. 85.

después no se produzca efectivamente, en este sentido califica al peligro como un concepto normativo; Polaino Navarrete, establece que “sobre la base conceptual de la probabilidad universalmente reconocida..., el peligro debe ser entendido como la probabilidad de lesión de un bien jurídico atribuida a una manifestación típica externa de la voluntad humana”³⁶⁶; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, para quienes el peligro “consiste en un juicio de probabilidad cuyo objeto es comparar la situación concreta creada por la acción o la omisión del sujeto, con aquello *quod plerumque accidit*”³⁶⁷; Rodríguez Mourullo³⁶⁸, considera que los tipos de peligro requieren únicamente la probabilidad de un daño, y a la vez afirma que el concepto de peligro se elabora a través del juicio de probabilidad (no de mera posibilidad), que tiene que recaer sobre un estado real (situación o estado de peligro)³⁶⁹; también, Sainz Cantero, a la hora de definir los delitos de peligro los configura como aquellos tipos en los que se describe un “hecho con el que generalmente se crea una probabilidad -un peligro- de destrucción”³⁷⁰ de determinados bienes jurídicos.

Centrados aún en el plano de la probabilidad, no faltan quienes todavía realicen mayores matizaciones, en el sentido de exigir la concurrencia no ya de la mera probabilidad, sino de un determinado grado de probabilidad. Tomamos ahora, por lo tanto, en consideración la segunda de las alternativas a la que nos hemos referido en páginas anteriores y según la cual el grado de probabilidad requerido no es siempre igual, sino que varía en función de algunos factores.

366 POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho Penal*, cit., pág. 336, nos ofrece, también, una definición más precisa, identificando al peligro con “el estado situacional que probablemente aboca a la lesión de un bien jurídico”.

367 RODRÍGUEZ DEVESA, José María – SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español*, PG, cit., pág. 427.

368 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op. cit., pág. 338.

369 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, op. cit., pág. 338.

370 SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 549.

Esta postura es la adoptada, entre otros, por Córdoba Roda³⁷¹ quien tras plantearse la cuestión de qué grado de probabilidad de producción de una lesión para el bien jurídico es la exigible para poder hablar de la existencia de un peligro en los delitos de peligro, afirma que la simple posibilidad no es por sí suficiente, requiriéndose la concurrencia de un plus de probabilidad de la lesión. Y afirma este autor que: “la expresión legal de peligro o de riesgo hace referencia a una noción evaluable que requiere el tener en consideración cada caso individual”; Escrivá Gregori, parece que llega a una conclusión similar cuando afirma que: “no resulta posible, debido a la elasticidad de las diversas formulaciones de los tipos, establecer un concepto penal de peligro válido para todos ellos, sino que habrá que atender a las características propias de cada uno”³⁷², y añade, a este respecto que: “Únicamente cuando la ley se refiera, sin más, a la producción de un peligro, sin añadir matizaciones que incidan en la interpretación de dicho peligro, cabría acudir a un criterio que, atendiendo a lo dicho al hablar de la noción de probabilidad, podría estimarse como la mayor probabilidad de que el acontecimiento dañoso se produzca que de que no se produzca”³⁷³. Considera, por lo tanto, el profesor de Barcelona que el peligro no puede ser sino una noción valorativa que requerirá concreción en cada caso; y, más recientemente, De la Cuesta Aguado estima, en sentido similar a los autores mencionados, que a la hora de apreciar la concurrencia o no del peligro resulta necesario “partir en cada caso de las concretas circunstancias”³⁷⁴, y “habrá de tenerse en cuenta la naturaleza del área vital en juego y la importancia de los bienes jurídicos protegidos”³⁷⁵.

371 CÓRDOBA RODA, Juan, “Les délits de mise en danger”, cit., págs. 359-360.

372 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 32.

373 ESCRIVÁ GREGORI, José María, op. cit., pág. 34.

374 DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 107.

375 *Ibidem. Idem, Respuesta Penal al Peligro Nuclear*, cit., pág. 127.

Pero, sin lugar a dudas, la aportación más importante a este respecto es la teoría defendida recientemente por Parodi Giusino³⁷⁶, quien considera que, precisamente porque el término de referencia de la probabilidad es un acontecimiento lesivo, es decir, un hecho calificado como desvalor por el ordenamiento jurídico, es preciso siempre tener en consideración que el reconocimiento del peligro no es igual que el de un hecho natural y, por lo tanto, esto implica una interpretación de la ley penal que consiste en establecer una relación entre el hecho típico y el juicio de valor presente en la sociedad. Es por esto que el autor italiano considera que “no basta con la comprobación científica de la probabilidad del daño para afirmar la existencia de un peligro: sino que se precisa ahora ver cuál es el grado de probabilidad requerido por la conciencia social y jurídica en un determinado momento histórico y en un determinado contexto. Tal grado de probabilidad no asume un valor inmutable, sino que es susceptible de variaciones en función de los cambios culturales y sociales: a la base numérico-estadística se ha de añadir un componente valorativo, que indica qué probabilidad en relación a ciertos acontecimientos es considerada soportable y cuál no”³⁷⁷.

De manera que tomando como base este planteamiento hace depender la valoración de la probabilidad, en concreto, de tres factores, a saber: la importancia del bien amenazado, el tipo de ofensa que éste podría sufrir (que podría, a su vez, ser calificada como leve, grave, gravísima), y, por último, en el caso de que no se trate de bienes personales, sino de intereses patrimoniales, importa también tener en consideración la cantidad de los bienes amenazados (número y tamaño)³⁷⁸. De manera concluyente afirma este autor que tanto desde el punto de vista lógico como

376 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale*, cit., págs. 198 y ss.

377 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., págs. 198-199.

378 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., pág. 199.

desde el teleológico, no parece posible admitir, ni consentir, otra solución sino aquélla que considere que la medida de la probabilidad relevante varía en función del bien puesto en peligro y el tipo de daño amenazado, por lo que, en consecuencia “el grado relevante de probabilidad puede oscilar notablemente, del nivel más bajo, coincidente con la simple posibilidad, a aquél más alto, consistente en la seria, alta probabilidad de la lesión”³⁷⁹.

Como vemos, Parodi Giusino concibe el concepto de peligro como una relación de probabilidad de grado variable, y partiendo de esta base nos ofrece, en conclusión, una definición del peligro entendiéndolo como “una relación de probabilidad entre una conducta, un suceso o una parte de éste y un ulterior resultado futuro caracterizado de forma negativa. En cuanto a la probabilidad, no se requiere siempre la misma, por lo que el grado preciso para afirmar la existencia de un peligro varía en función de la importancia del bien amenazado, del tipo de ofensa y a veces (cuando no se trata de bienes personales, sino de intereses patrimoniales), también del número y/o de la importancia de los bienes amenazados”³⁸⁰.

Ahora bien, una vez que hemos tenido oportunidad de analizar, aunque haya sido mínimamente, el espectro en el que los diversos representantes de la doctrina penal sitúan la noción de peligro dentro del difuminado margen existente entre la posibilidad y la probabilidad consideramos de interés al hilo de la exposición realizar algunas precisiones.

Como bien indica Antolisei, el concepto de posibilidad es, en realidad, más amplio que el de probabilidad, porque abarca incluso lo improbable. De forma que, un fenómeno es posible cuando ninguna ley de la naturaleza lo juzga como inconcebible y, por lo tanto, es posible también el efecto raro o rarísimo, mientras que es probable aquel efecto

379 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., pág. 205.

380 *Ibidem*.

que suele producirse, es decir, el efecto que se verifica en la generalidad de los casos. Así, afirma este autor italiano que: “si el peligro debiese consistir en la simple posibilidad, se llegaría al absurdo de considerar peligrosa toda acción dirigida hacia un resultado antijurídico, siendo bien difícil que una posibilidad de producción, aunque fuese mínima, no existiese”³⁸¹. Para respaldar esta afirmación recurre a un ejemplo que resulta ser bastante gráfico, puesto que, en efecto, de aceptar la concepción del peligro como mera posibilidad, tendríamos que considerar también peligrosa incluso la acción de un individuo que se propusiera dar muerte a su adversario mediante exorcismos, ya que en algún caso excepcionalísimo se podría llegar al resultado pretendido debido a la enorme impresionabilidad o el precario estado de salud del sujeto.

Hablamos, por lo tanto, de peligro como probabilidad de que se produzca un acontecimiento dañoso. Porque la probabilidad, que excluye lo improbable, se refiere únicamente a aquello que puede acontecer según la experiencia de los casos similares³⁸². Por lo que, en conclusión, el concepto de probabilidad, al ser más restringido que el de posibilidad, nos ofrece, si se quiere, también una mayor seguridad a la hora de poder prever la oportunidad de producción de un determinado resultado.

Somos, por lo tanto, partidarios de concebir el peligro en un sentido objetivo, es decir, como una situación de hecho que existe en la realidad y de la que puede derivarse, según un juicio de probabilidad, una posterior situación de hecho lesiva para un bien jurídico.

381 ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, cit., pág. 204; *Idem*, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., pág. 24, en este mismo sentido, define el autor el peligro como el estado de hecho que lleva en sí la probabilidad de un acontecimiento dañoso. De modo que considera que la probabilidad está caracterizada por la nota de lo posible, pero añade además la nota de lo probable, por lo que es un concepto más determinado y restringido que aquél de la posibilidad.

382 En este sentido, RANIERI, Silvio, *Manuale di diritto penale*, PG, cit., págs. 248-249.

Al admitir esta definición del peligro como válida, nos estamos pronunciando, por lo demás, en dos sentidos diferentes. Por una parte, hablamos de probabilidad en el sentido de optar por establecer una relación de probabilidad³⁸³, y no una relación de causalidad³⁸⁴, entre los dos términos que confluyen en la relación de peligro, a saber, entre la conducta que resulta calificada como peligrosa y el previsible resultado dañoso que puede derivarse de la misma³⁸⁵. Y, por otra parte, hacemos referencia a la noción de probabilidad, de forma que para la apreciación de la existencia

383 Al margen de los argumentos que hemos esgrimido anteriormente para defender esta postura, podemos traer también aquí a colación las afirmaciones que al respecto formula CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico”, cit., pág. 59, quien refiriéndose al supuesto que plantean los delitos de tráfico, que se constituyen como uno de los ejemplos más característicos de los que se encuadran dentro de los delitos de peligro y, más aún, algunos de ellos se configuran, precisamente, como delitos de peligro abstracto, considera que el marco de estos tipos delictivos “está presidido por la idea del azar, de forma tal, que conductas idénticas e idénticas inobservancias de las normas medias del obrar, provocan o no una lesión de bienes jurídicos en virtud de circunstancias que están fuera de la voluntad del agente y dependen de factores causal-ciegos, hemos de convenir que en el mundo de los delitos de tráfico, como en la Física de los <quanta>, la idea de probabilidad debe sustituir a la de causalidad para señalar cual sea el fenómeno relevante. Relevante debe ser aquella conducta, no que haya causado un daño, sino que probabilísticamente contenga la posibilidad de provocarlo”. Estas aseveraciones son perfectamente aplicables a los delitos de peligro en sentido general, en los cuales nos situamos en el terreno de la probabilidad del resultado y en los que habrá de llevarse a cabo una valoración acerca del mismo según las reglas del cálculo de probabilidades y no sobre las de una hipotética relación de causalidad.

384 En este sentido, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, cit., pág. 203, haciendo alusión a la concepción del peligro por parte de la doctrina moderna y decantándose, a su vez, por la exigencia de la probabilidad, pone de manifiesto como los antiguos criminalistas concebían el peligro como una potencialidad real, como un estado objetivo de incerteza y casi de oscilación entre la verificación y la no verificación de un resultado, pero esta concepción ha sido hace tiempo abandonada, porque contrasta con la ley de la causalidad natural, la cual implica la existencia de una relación de sucesión constante y necesaria entre los fenómenos de la naturaleza. Mientras que la doctrina moderna refiere el peligro al concepto de la probabilidad que es una de las nociones a las que se recurre más frecuentemente en los juicios de la vida humana.

385 Al margen de que, obviamente, según esta definición estamos concibiendo el peligro en términos de relación, es decir, como un concepto en referencia al probable daño que puede ocasionar.

del peligro no nos conformamos con la exigencia de la mera o simple posibilidad, debido a la amplitud e indeterminación que puede predicarse de este concepto y la consiguiente inseguridad jurídica que conlleva el empleo del mismo; adquiriendo plena vigencia el silogismo que podríamos configurar como la aseveración de que todo lo probable es posible pero no todo lo posible es probable.

Nos situamos pues, en el ámbito delimitado por la noción de probabilidad, la cual debe sustituir a la idea de causalidad en el marco del concepto de peligro y, por lo tanto, también en el ámbito de los delitos de peligro. Pero cuando hablamos de probabilidad no pretendemos significar que nos acogamos en la materia circunscrita al ámbito jurídico, con carácter general, al criterio estrictamente matemático o estadístico de la misma³⁸⁶, en el sentido de calificar un hecho como probable cuando el número de casos favorables es mayor que el número de casos contrarios³⁸⁷; el vínculo numérico del grado de probabilidad se presenta como inviable en el ámbito jurídico³⁸⁸, razón por la cual hemos de concluir considerando una conducta como peligrosa sea cual fuere su grado de probabilidad.

En definitiva, nos mostramos partidarios del establecimiento de un juicio de probabilidad, juicio que presupone, por una parte, un

386 Y decimos expresamente que no nos acogemos a un criterio estrictamente matemático en el ámbito penal con carácter general, porque será preciso acudir a una ley probabilitaria estadística, necesariamente, sólo en aquellos casos de cursos causales no verificables.

387 En este sentido, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, cit., págs. 204 y ss.; *Idem*, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., págs. 127 y ss.

388 Entre los autores que se muestran contrarios a la admisión de una probabilidad matemática, entre otros, ANTOLISEI, Francesco, "Sul concetto del pericolo", cit., pág. 31; *Idem*, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., pág. 127; BARBERO SANTOS, Marino, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", cit., pág. 492; ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, cit., págs. 26 y ss.; GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pág. 122.

conocimiento nomológico, referido al discernimiento de una o más leyes naturales que permiten saber lo que acontece de ordinario, y, por otro lado, un conocimiento ontológico, es decir, conocimiento de la situación real concreta³⁸⁹. Por lo tanto, es obvio que el peligro supone una valoración, un juicio, y es en este sentido en el que podemos hablar del carácter normativo del peligro, aclarando que con esta expresión no estamos haciendo referencia a los elementos normativos del tipo³⁹⁰.

Podemos, pues, avanzar un paso más y añadir aún otra característica a las ya mencionadas respecto al concepto de peligro, nos estamos refiriendo, por supuesto, a la valoración social que hay que tener presente a la hora de formular una noción de peligro³⁹¹. Porque resulta evidente que las circunstancias sociales varían continuamente y con ello se transforman también los valores de los sujetos que viven en una época y en un contexto social concreto, ya que, necesariamente, el Derecho ha de hacerse eco de

389 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, cit., págs. 164-165. En idéntico sentido, ANTOLISEI, Francesco, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., págs. 122-123, apunta la idea de que el juicio de peligro es el resultado de un silogismo en el que la premisa mayor está constituida por el conocimiento nomológico y la premisa menor por el ontológico.

390 Desde otra perspectiva, el que el concepto de peligro constituye un elemento normativo del tipo, y no un elemento descriptivo, ya lo pone de manifiesto CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, PG I, Introducción. Teoría Jurídica del delito/1*, cit., pág. 357. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción al castellano de Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 62.

391 En este sentido, ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, cit., pág. 305, pone de manifiesto que el peligro no es sólo una valoración individual, sino que conlleva una valoración social.

dichas mutaciones³⁹², pues, precisamente, obtiene su razón de ser en el intento de regular y facilitar el desarrollo de la vida en comunidad³⁹³.

Hasta aquí hemos determinado un concepto de peligro basado en una relación de probabilidad que implica, a su vez, la necesidad de llevar a cabo un juicio sobre unas bases nomológicas y ontológicas. Pero, además, el juicio de peligro supone un cálculo valorativo del que se deriva, precisamente, la normatividad del concepto de peligro o el elemento normativo del peligro, y su especialidad respecto a otro tipo de valoraciones.

Pues como indica Escrivá Gregori, “el concepto de peligro es algo fuera de una realidad determinada, es un instrumento intelectual del que nos servimos para aplicarlo a estas realidades, y en el que englobamos una <probabilidad típica> (es decir, según las exigencias del tipo correspondiente) de un resultado lesivo para un bien jurídico. Ello comportará, al aplicarse, el análisis de si una acción o situación determinadas pueden ser consideradas peligrosas en virtud de un juicio que tendrá en cuenta tanto conocimientos de orden nomológico como de orden ontológico”³⁹⁴.

Es en este sentido en el que podemos afirmar que estamos en presencia de tipos abiertos³⁹⁵, que el juez deberá llenar en cada caso de

392 A ello alude el Código Civil español en su artículo 3.1, en lo referente a la adaptación de las normas jurídicas: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

393 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 198, hace también alusión a la necesidad de tener en consideración la conciencia social y jurídica en un determinado momento histórico y en un determinado contexto, haciendo depender de este factor el grado de probabilidad exigible para afirmar la existencia de un peligro.

394 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 103.

395 Señala ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, cit., pág. 3, que se debe a Welzel el desarrollo de la noción de los tipos

acuerdo con las circunstancias concretas y con una racional experiencia social³⁹⁶, sin olvidar, por lo tanto, que el juicio de valoración sobre la verificabilidad de un fenómeno no debe nunca prescindir de los datos de la experiencia, así como tampoco puede obviar la conciencia social existente en un determinado territorio y en un concreto momento histórico³⁹⁷.

Ahora bien, como indica Petrocelli³⁹⁸, el que afirmemos que el peligro implique una valoración social no quiere decir que para cada caso o situación peligrosa en concreto debamos llevar a cabo una valoración social, sino que basta con que sea objeto de una valoración meramente individual, pero fundada sobre la experiencia del individuo adquirida de la vida en sociedad. Por lo tanto, en la valoración del peligro es preciso tener en cuenta también la situación cultural y social³⁹⁹, ya que la razón de ser

abiertos, entendiendo por tales aquéllos en los que la conducta prohibida no está descrita taxativamente en la ley, por lo que el juez se verá obligado en estos supuestos a “comprobar la antijuridicidad en forma <positiva>” (pág. 6), por medio de “un juicio de valor judicial” (pág. 88).

396 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, cit., pág. 332, quien habiéndose declarado partidario de la admisión de la probabilidad en un sentido matemático y estadístico, añade que: “lo que es probable en el plano matemático estadístico puede no tener relevancia para los fines del derecho y ello acontecerá cuando la hipótesis matemática vaya más allá de una razonable experiencia social declarada por el juez en cada caso... Pero la delimitación nunca podrá, como es lógico, entenderse, para el caso inverso, en la admisión de ir más allá del límite admitido por la ciencia”.

397 GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pág. 123.

398 PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, cit., pág. 11.

399 GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., págs. 122-123, en este sentido, y tras reconocer que es preciso rechazar en el campo jurídico el concepto lógico-matemático de probabilidad matiza, no obstante, que no hay que olvidar que la matemática ha proporcionado un instrumento racional para calcular el margen de verificabilidad de un acontecimiento. Pero en el ámbito del derecho el método no puede ser únicamente estadístico, ya que el juicio de valoración sobre la verificabilidad de un fenómeno no debe nunca prescindir de los datos de la experiencia ni de la conciencia social circunscrita a un territorio y a una época determinada.

del Derecho no es otra que el acomodo a las nuevas exigencias sociales⁴⁰⁰. Así, nos encontramos en la actualidad con numerosos ámbitos a propósito de los cuales ha aumentado considerablemente la atención y la sensibilidad de la sociedad (tales como la salud pública, el medio ambiente, etc...), circunstancia de la que en buena lógica ha de hacerse eco el ordenamiento jurídico.

No obstante, hay que precisar que cuando hacemos referencia a la naturaleza normativa⁴⁰¹ del peligro nos estamos refiriendo “al hecho de que el concepto de peligro viene asumido por la ley penal en una multiplicidad de acepciones diferentes, la comprensión de las cuales no es posible en base al puro significado prejurídico del término, o en base a la definición que podamos obtener recurriendo al lenguaje corriente, sino que requiere necesariamente un reenvío a los diversos tipos penales que asignan a aquel concepto una función a menudo diferente a la que posee según la estructura interna del delito”⁴⁰².

En un sentido similar al expuesto, estima Escrivá Gregori que “cuando hablamos de la normatividad del concepto de peligro, nos estamos refiriendo a que este exige un juicio y, por tanto, una valoración de una conducta o una situación”⁴⁰³. Así, podemos apreciar la existencia de un

400 Así lo considera, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, págs. 391 y ss.

401 BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El delito de peligro por conducción temeraria. Notas al artículo 340 bis a (nº 2)”, cit., pág. 327, apunta también a esta naturaleza del peligro, al afirmar que “El peligro, posibilidad o probabilidad de un perjuicio, es un concepto ontológico-normativo que el Juez debe valorar en cada caso concreto”. No obstante, es conveniente precisar que con esta concepción del peligro como un concepto ontológico-normativo se está haciendo referencia, por una parte, a la situación acerca de la cual se ha de predicar su peligrosidad, y, por otra, al juicio de peligro.

402 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminali*, cit., pág. 206.

403 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 105.

elemento normativo-valorativo cuando “el peligro venga expresamente exigido en el tipo, teniéndose en cuenta para la valoración las específicas notas con que el tipo acompañe la exigencia del peligro”⁴⁰⁴; asimismo, también nos encontraremos ante este elemento normativo-valorativo cuando “la ley acude a formulaciones que se corresponden con un concepto amplio de peligro”⁴⁰⁵, e incluso en aquellos casos en que se infiere la exigencia del peligro pese a no venir expresamente configurada en el tipo⁴⁰⁶.

Por lo que, como estima Escrivá Gregori, “lo que aquí cabe destacar es que resulta inevitable un <quid> de valoración en el concepto de peligro, aun cuando el tipo contribuya con sus calificaciones a una más estrecha determinación del correspondiente peligro referido a una conducta o una situación”⁴⁰⁷.

Una opinión similar es la que mantiene en la reciente dogmática jurídico-penal italiana Parodi Giusino quien, refiriéndose, a su vez, al peligro como elemento normativo destaca que la noción de peligro varía dependiendo del modo en que la ley se sirve de determinados factores a la hora de estructurar los tipos penales. Así, la extensión del concepto de peligro dependerá de “si el bien jurídico está más o menos espiritualizado, de que

404 *Ibidem*. Sería el caso, por ejemplo, del supuesto contemplado en el artículo 340 bis b) del CP que hace referencia a que se origine “...un riesgo grave para la circulación...”.

405 *Ibidem*. Un supuesto encuadrable dentro de este caso sería el contemplado en el artículo 342 de nuestro CP (al que Escrivá Gregori califica como delito de aptitud), en el que se contempla “...el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud ...”.

406 *Ibidem*. Un ejemplo característico de esta hipótesis lo encontramos en el artículo 340 bis a), 1º del CP, en el que se contempla el supuesto de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Como podemos apreciar en este caso no se está haciendo referencia expresa en el tipo al peligro, ni a la afección concreta a personas o bienes. Se alude únicamente a la aptitud para conducir bajo esa influencia por lo que resulta obvio que es preciso llevar a cabo una valoración por la interpretación global del mismo tipo.

407 ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, cit., pág. 107.

la tutela tenga por objeto bienes individuales o intereses supraindividuales o colectivos, de forma que variará la valoración a realizar respecto a la probabilidad del daño, que normalmente deberá ser juzgada en el primer caso como efectiva probabilidad de la lesión de un objeto concreto y en el segundo como genérica aptitud para la lesión de un bien⁴⁰⁸.

Así, mantiene este autor que es fácil observar como en las disposiciones penales, muchas situaciones, centrándose todas ellas sustancialmente en el concepto de peligro, tienen, no obstante, significados, funciones, ámbitos aplicativos y regulaciones diferentes, siendo susceptible, por lo tanto, de considerables restricciones o extensiones en materia interpretativa⁴⁰⁹. Esta consideración puede hacerse extensiva tanto a aquellos casos en que el tipo penal no exige de forma expresa la concurrencia del peligro como a aquellos otros en los que figura un peligro expreso, exigencia que, por otra parte, puede revestir una pluralidad de modalidades, de tal manera que puede figurar como presupuesto del delito, como cualificación de una conducta, como atributo del objeto de la acción, como resultado del delito, o, incluso, como condición objetiva de punibilidad⁴¹⁰.

De forma que, según la interpretación del penalista italiano, es preciso a la hora de establecer un concepto de peligro llevar a cabo una valoración atendiendo a la formulación de los tipos, y no exenta de cierta abstracción, ya que en el momento de aplicar el concepto de peligro (entendido como probabilidad socialmente apreciable de un daño), debe perseguirse el objetivo de la concreción pero sin abandonar nunca un razonable nivel de abstracción de las circunstancias efectivamente realizadas, porque, en

408 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale*, cit., pág. 212.

409 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., pág. 207.

410 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., pág. 210.

suma, un peligro concreto es siempre un “poco abstracto” y un peligro abstracto es, a su vez, también “bastante concreto”⁴¹¹.

Un concepto normativo de peligro, destacando ese dato valorativo, es también defendido en la dogmática jurídico penal alemana por Demuth⁴¹², quien, si bien centra sus argumentaciones en torno al concepto de peligro concreto, intenta dotar de un contenido propio a la noción de peligro. Considera a estos efectos que la diferencia entre la concurrencia o no de un peligro no depende realmente de la existencia de una posibilidad de lesión⁴¹³, sino que el peligro constituye una realidad social que se traduce en la amenaza del bien jurídico objeto de protección⁴¹⁴; la seguridad de la entrada de una lesión aparece como la mayor garantía del concepto de peligro⁴¹⁵, lo que a su vez conlleva, y aquí radica el elemento valorativo, una incerteza y falta de seguridad en los sujetos acerca de la posible evitación del resultado lesivo que ya no se ajusta a las leyes de la causalidad guiadas por el principio de necesidad, es decir, el aspecto valorativo relevante no radica en la no aclarabilidad de los factores que han llevado a la no entrada de la lesión sino que ha de buscarse más bien en el momento de la causabilidad⁴¹⁶. De este modo considera que el peligro constituye “la amenaza a bienes jurídicos incontrolable mediante los instrumentos normales de prevención”⁴¹⁷, tiene que consistir en un hecho que desencadena los mismos sentimientos de desvalor que la entrada de la lesión⁴¹⁸.

411 PARODI GIUSINO, Manfredi, op. cit., pág. 216

412 DEMUTH, Hennrich, *Der normativer Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, cit., págs. 197 y ss.

413 DEMUTH, Hennrich, op. cit., págs. 199-200.

414 DEMUTH, Hennrich, op. cit., pág. 197, donde desarrolla esta argumentación considerando el peligro como la situación en la que se produce la “crisis del bien jurídico”.

415 DEMUTH, Hennrich, op. cit., pág. 97.

416 DEMUTH, Hennrich, op. cit., págs. 197-198.

417 DEMUTH, Hennrich, op. cit., pág. 218.

418 DEMUTH, Hennrich, op. cit., pág. 197.

Esta postura mantenida por Demuth, ha sido recientemente secundada en la doctrina jurídico-penal española por Rodríguez Montañés, quien, a la hora de establecer un concepto de peligro, aunque circunscribiéndolo exclusivamente al ámbito del denominado peligro concreto, afirma que: “puede hablarse de peligro concreto desde el momento en que el bien jurídico protegido entra en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión. El bien jurídico entra en <aguda crisis>, la situación se hace crítica respecto de un cierto encuentro, sin poder ser dominada o controlada con seguridad, deja de ser razonablemente segura la evitación del resultado”⁴¹⁹.

También Schünemann⁴²⁰ elabora un concepto normativo de peligro, pero limitado, al igual que en el caso de Demuth a la idea del peligro concreto puesto que expresamente señala que la problemática del peligro abstracto no es sino una imagen que se refleja a través del peligro concreto⁴²¹. De esta manera, a la hora de elaborar su concepto de peligro lo hace centrando su atención en el hecho de la concurrencia o no de circunstancias que puedan evitar el resultado lesivo⁴²², de forma tal que el peligro aparece cuando la no producción del resultado lesivo para el bien jurídico depende de circunstancias que escapen al dominio del sujeto⁴²³.

Parece asimismo pronunciarse en un sentido similar Méndez Rodríguez, autora que descarta la viabilidad de la existencia del peligro

419 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 37-38.

420 SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, cit., págs. 796 y ss.

421 SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 797, al analizar el fundamento de los delitos de peligro abstracto, comienza por afirmar que: “Die Problematik der abstrakten Gefährdungsdelikte bietet das direkte Spiegelbild der Querelen des konkreten Gefahrbegriffs”.

422 SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 796.

423 *Ibidem*.

abstracto y opta, en consecuencia, por una defensa en exclusiva del peligro concreto que además considera únicamente predicable respecto del resultado, con lo que concluye por afirmar que: “en mi opinión existió un resultado peligroso en términos jurídicos cuando se creó una situación, un estado de cosas... cuyo desarrollo escapa al control del agente”⁴²⁴.

Dentro de este grupo al que hemos denominado como nuevas aportaciones a la noción de peligro, resulta especialmente destacable la concepción de otro autor alemán que nos ofrece lo que él denomina un concepto práctico de peligro⁴²⁵. Me estoy refiriendo a las importantes aportaciones realizadas en este ámbito por Kindhäuser, quien a la hora de intentar determinar un concepto de peligro considera preciso hacer una diferenciación entre el peligro concreto y el peligro abstracto, puesto que, aunque es evidente que poseen características comunes, son nociones diversas⁴²⁶.

Así, a la hora de ocuparse del tratamiento del peligro abstracto pretende obtener las características del mismo mediante el análisis del concepto de seguridad, también de naturaleza práctica⁴²⁷, y considera que el peligro abstracto afecta realmente a la posibilidad de disponer de los bienes de forma despreocupada, de manera que el conocimiento exigido para averiguar la adecuación lesiva de las condiciones -referido

424 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 122.

425 KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1989, págs. 201 y ss., y pág. 282.

426 KINDHÄUSER, Urs, op. cit., pág. 280: “mientras el peligro concreto tiene como elemento la incapacidad de realizar una actuación principal, es decir, una actuación para rechazar o evitar el daño, el peligro abstracto se refiere a una actuación de ayuda, es decir, a una actuación para prevenir el daño”, teniendo en cuenta, además, que hay que ver la disponibilidad sobre un bien siempre en el ámbito de lo socialmente adecuado (págs. 280-281).

427 KINDHÄUSER, Urs, op. cit., pág. 282.

a la seguridad- se puede remitir a cualquier regla de experiencia que sea conocida por todos⁴²⁸.

Para finalizar, si trasladamos el parámetro comparativo, haciendo aplicación de las nociones de peligro concreto y abstracto a los términos de delitos de peligro concreto y abstracto respectivamente, podemos concluir afirmando que “las normas de los delitos de peligro concreto prohíben la creación de una situación mediante la cual un bien jurídico no puede ser protegido; la lesividad genuina del peligro concreto consiste en la pérdida de la disponibilidad autónoma sobre el bien”⁴²⁹. Mientras que las normas de los delitos de peligro abstracto “tienen la tarea de proporcionar la seguridad en la disponibilidad concreta de bienes; es decir, garantizar que esa disponibilidad carece de peligro”⁴³⁰.

Más recientemente, es de destacar la aportación de Hirsch⁴³¹, quien a la hora de llevar a cabo un análisis acerca del estado de necesidad se preocupa por la cuestión de si es defendible un concepto unitario de peligro y, a su vez, trata de esclarecer la problemática en torno a la diferenciación entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto. En este sentido es importante resaltar, a los efectos que aquí nos interesan, la diferenciación que realiza este autor entre el peligro referido a un estado y la peligrosidad de una actuación. De esta forma, el peligro “se refiere a la situación que surge cuando un objeto ha entrado en la esfera de acción de un determinado suceso con probabilidad de ser perjudicado, de forma que se trata de un estado”⁴³². Mientras que nos encontramos ante una actuación peligrosa “cuando a una acción le es inherente la probabilidad de

428 KINDHÄUSER, Urs, op. cit., págs. 283-284.

429 KINDHÄUSER, Urs, op. cit., pág. 336.

430 *Ibidem*.

431 HIRSCH, Hans Joachim, “Gefahr und Gefährlichkeit”, cit., págs. 545 y ss.

432 HIRSCH, Hans Joachim, op. cit., pág. 548.

dañar o perjudicar un objeto. Así es que la peligrosidad hace referencia a una actuación y, por lo tanto, es independiente de si debido a la acción un objeto realmente se encontró en peligro”⁴³³.

Estos planteamientos conducen al autor alemán a considerar que en realidad hay que diferenciar entre delitos de peligro y delitos de peligrosidad, ya que el peligro supone algo activo como es el crear una situación de peligro para un objeto, por lo que “tan sólo los delitos de peligro concreto son verdaderos delitos de peligro”⁴³⁴. Mientras que los denominados delitos de peligro abstracto son realmente “delitos de peligrosidad abstractos, porque el contenido de la abstracción no es un suceso de peligro sino la peligrosidad de una acción”⁴³⁵.

IV.2.3. La distinción entre infracciones jurídicas de peligro concreto y de peligro abstracto

A la hora de definirnos acerca de adoptar una postura sobre la noción de peligro hemos de reafirmarnos en las conclusiones que parcialmente hemos venido señalando a lo largo de estas páginas, pero cabe aún realizar algunas matizaciones adicionales.

En primer lugar, como ya hemos apuntado anteriormente, consideramos que a la hora de intentar determinar un concepto de peligro hay que rechazar tajantemente tanto la característica de temibilidad como las impresiones subjetivas que puedan tener los individuos. Es evidente que hay que distinguir de forma clara el desarrollo objetivo de los acontecimientos de las convicciones subjetivas de los diferentes individuos. En este sentido coincidimos plenamente con la opinión de Antolisei⁴³⁶ para

433 *Ibidem*.

434 HIRSCH, Hans Joachim, op. cit., pág. 550.

435 *Ibidem*.

436 ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, cit., pág. 205.

quien es obvio que el peligro posee un carácter objetivo que se relaciona con los datos de la experiencia, independientemente de los factores psíquicos como de las emociones o los temores de un sujeto determinado.

En un sentido diverso, pero perfectamente trasladable al tema que nos ocupa, refiriéndose a la exigencia de que los enunciados científicos sean objetivos y, por lo tanto, susceptibles de contrastación, Popper mantiene la tesis de que “una experiencia subjetiva, o un sentimiento de convicción, nunca pueden justificar un enunciado científico; y de que semejantes experiencias y convicciones no pueden desempeñar en la ciencia otro papel que el de objeto de una indagación empírica (psicológica)”⁴³⁷. Admitir la tesis contraria supondría negar la objetividad científica. De tal manera que el experimentar un sentimiento de convicción, no puede aparecer en el campo de la ciencia objetiva más que en forma de hipótesis psicológica; pero, desde el punto de vista epistemológico, carece enteramente de importancia que “un sentimiento de convicción haya sido fuerte o débil, que haya procedido de una impresión poderosa o incluso irresistible de certeza indudable (o <evidencia>), o simplemente de una insegura sospecha: nada de todo esto desempeña el menor papel en la cuestión de cómo pueden justificarse los enunciados científicos”⁴³⁸, ni los enunciados jurídicos, podríamos nosotros añadir, haciendo extensible, por lo tanto, esta argumentación al ámbito del Derecho y rechazando, asimismo, la estimación de la característica de temibilidad e impresiones subjetivas de los individuos en la noción misma de peligro.

En segundo lugar, hay que afirmar que resulta evidente que el peligro es una noción valorativa, es decir, que independientemente de su posible consideración como concepto en sí mismo, éste se predica siempre -mediante la emisión de un juicio- respecto de algo, ya sea una acción,

437 POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, cit., pág. 45.

438 POPPER, Karl R., op. cit., págs. 45-47.

una situación o un resultado (en nuestro caso, adelantamos que somos partidarios de defender aquella postura que predica el peligro respecto de la acción)⁴³⁹. En este sentido es en el que se puede afirmar que el peligro es un concepto en referencia. Lo cual no impide considerar que tenga una autonomía y entidad propia respecto al concepto de lesión.

En tercer lugar, hemos de coincidir, aunque sólo sea parcialmente, con la postura mantenida por aquellos autores que defienden la imposibilidad de establecer un concepto unitario tanto de peligro como de probabilidad, puesto que consideran que habrá que atenerse a las exigencias de cada tipo.

Y digo parcialmente, porque si bien nos parecen correctos los conceptos normativos de peligro que hemos expuesto anteriormente y con ello coincidimos en practicar una valoración a la hora de aplicar la noción de peligro a los diferentes tipos penales adaptándonos a sus exigencias, no obstante, creemos, asimismo, factible el establecimiento de una noción genérica de peligro⁴⁴⁰.

En este sentido, el peligro puede ser concebido de forma objetiva como la probabilidad de producción de un acontecimiento futuro y perjudicial, en armonía con el contexto histórico-social y cultural del momento, de forma tal que de un objeto que se encuentre bajo tales circunstancias podemos afirmar que se halla en un estado de peligro.

439 Pero esto sin olvidar, claro está, que en el trasfondo jurídico de la cuestión se encuentra siempre la referencia, en última instancia, al bien jurídico, ya que toda conducta tipificada como delito lo es, precisamente, por el agravio que supone para alguno de los bienes objeto de tutela por parte del ordenamiento penal. De forma sintética, HASSEMER, Winfried - MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 103 y ss., resumen los argumentos favorables que avalan la teoría que propugna como función prioritaria del Derecho penal la protección de bienes jurídicos.

440 En este sentido, HIRSCH, Hans Joachim, "Gefahr und Gefährlichkeit", cit., págs. 556 y ss.

En cuarto lugar, en cuanto a la probabilidad se refiere, somos partidarios de la viabilidad de admitir en el ámbito jurídico-penal una concepción de la misma en un sentido estadístico (si bien, no estrictamente numérico y matemático). Hay que partir de la estimación de que la probabilidad es un concepto desarrollado fuera del ámbito penal, lo que resulta, desde luego, evidente pero que, no obstante, es perfectamente aplicable al mismo. Puesto que si lo que tratamos es de poner en conexión unas determinadas pautas de conducta y los daños que las mismas pueden ocasionar, el resultado se puede expresar en porcentajes, es decir, en una relación proporcional cuantificable. Pero, lo que está claro es que no se pretende elaborar cálculos estadísticos con validez jurídica, sino únicamente que la hipótesis estadística resulte un instrumento útil a la hora de establecer un nexo entre los acontecimientos.

En quinto lugar, si partimos de estas consideraciones resulta, asimismo, viable realizar sobre el mismo algunas matizaciones para intentar determinar un concepto válido de peligro concreto y de peligro abstracto. Y esto teniendo en cuenta que las nociones de peligro concreto y de peligro abstracto no difieren entre sí substancialmente, por la sencilla razón de que, en definitiva, ambas modalidades de peligro, independientemente de que éste se predique respecto de la acción o respecto del resultado, han de poseer la característica de la idoneidad para ocasionar un perjuicio al bien objeto de protección.

En realidad, la distinción entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto no parece que pueda consistir, como se ha planteado por algunos, en el grado de peligro que la conducta en cuestión pueda suponer para el bien jurídico de que se trate. En este sentido se significa que no puede identificarse el carácter abstracto del peligro con la mengua de su posibilidad de producción “ya que precisamente es ante los hechos menos dominables donde el legislador se siente más inclinado a acudir a

criterios genéricos, mientras que en los casos de menor peligrosidad exige una verificación caso por caso de que la acción peligrosa pudo producir el daño que la norma quiere prevenir... En suma, en los tipos de peligro abstracto el hecho típico suele ser altamente peligroso”⁴⁴¹.

Muy al contrario, el criterio de diferenciación entre ambos tipos de delitos de peligro se sitúa en el terreno de la técnica jurídica de tipificación de conductas, y, por consiguiente, de valoración de tales conductas por parte del órgano judicial habilitado al efecto. De tal manera que la adopción por parte del legislador de la técnica de la tipificación en términos de delitos de peligro concreto supondría una habilitación al juez de la valoración con los medios de que disponga de la producción de una situación de peligro para determinados bienes jurídicos, en tanto que la utilización de la técnica de la tipificación de delitos de peligro abstracto comporta una estandarización de los criterios de ocasionamiento del peligro a través de su formulación normativa.

Ahora bien, para que esta técnica legislativa resulte acorde con las exigencias de justicia que son inherentes al principio de ofensividad penal es preciso que tenga continuación en el momento de aplicación de la norma. Esto se traduce en la circunstancia de que el juez tiene que comprobar siempre que en el caso concreto que ante él se presenta la acción posee idoneidad ofensiva, es decir, “ha de cerciorarse de que los requisitos del hecho correspondan sustancialmente y no solo formalmente a los indicios de peligrosidad contenidos en el tipo: es decir, deberá verificar la general peligrosidad de la conducta, esto es, que toda conducta posea aquellos elementos descritos de forma típica por la ley e indicativos de la aptitud para producir la lesión del bien jurídico”⁴⁴², pues de otro modo se excluiría

441 MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., pág. 95.

442 PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminal*, cit., pág. 405.

la existencia del hipotético delito de peligro abstracto, al no concurrir el propio elemento definitorio de la figura en cuestión.

En este sentido, muy acertadamente ha apuntado Parodi Giusino que “el juez deberá siempre buscar en el hecho concreto aquellos requisitos que lo configuren como sustancialmente conforme a la descripción legal, teniendo en cuenta que esta última no apunta, desde luego, a la indiscriminada punición de la pura desobediencia, sino que está orientada a impedir que se pueda crear el peligro. En particular, el límite estructural de los delitos de peligro abstracto, derivado de la aplicación del criterio de la general peligrosidad, viene determinado... por la no imposibilidad del daño en el caso en concreto”⁴⁴³.

Se destaca la necesidad de postular la reivindicación de la función del juez también en los delitos de peligro abstracto, aunque solo sea para constatar la peligrosidad general de la acción, evitando la punición de comportamientos cuya inocuidad para los bienes jurídicos protegidos se demuestra de manera concluyente, ya que de haberse verificado la falta de peligro en la conducta en cuestión ha de considerarse a la misma como no subsumible en el tipo penal.

De este modo, en lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto podemos encontrarnos ante dos posibilidades: por una parte, que ningún objeto o persona haya sido efectivamente puesto en peligro, lo que no excluiría la aplicación del delito (a diferencia de lo que ocurriría en un supuesto de peligro concreto, que sí quedaría excluido); y por otro lado, que ningún objeto o persona pudiese absolutamente ser puesto en peligro, lo cual si excluiría el delito ya que en este caso la acción resultaría inidónea para la producción de un daño⁴⁴⁴.

⁴⁴³ *Ibidem*, pág. 407.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pág. 411.

Ahora bien, admitir que en los supuestos contemplados en los delitos de peligro abstracto el juez ha de comprobar la peligrosidad general de la acción, es decir, la idoneidad general para causar un daño no debe conducir a interpretaciones erróneas en el sentido de considerar que lo que se está haciendo es convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto. Y ello es así porque en los delitos de peligro concreto el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias que concurren en el caso con vistas a la determinación de la existencia de una real probabilidad de producción de un resultado lesivo para el bien jurídico, mientras que en los delitos de peligro abstracto “será suficiente verificar la sustancial conformidad del hecho al modelo legal (que equivale a la general peligrosidad); el juez no deberá cumplir con especiales indagaciones para ver si el daño fuese posible, sino que deberá tener en cuenta la existencia de eventuales elementos que demuestren que no existe la más mínima posibilidad de que alguien fuese expuesto a un daño”⁴⁴⁵, es decir, que ningún bien jurídico pudiese absolutamente ser expuesto a un peligro.

A su vez, de estas consideraciones se derivan dos importantes consecuencias.

En primer lugar, se proporciona una definitiva solución al problema de la relación existente entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro presunto en la medida en que se constata que, a diferencia de lo que sucede en estos últimos en los que no cabe la posibilidad de verificar ninguna hipotética prueba en contrario que demostrase la inidoneidad de los supuestos contemplados en el tipo, los delitos de peligro abstracto exigen para su propia configuración conceptual la comprobación, siquiera sea tácita (no excluida por la existencia de condiciones o circunstancias del caso particular que desfiguren el sentido de la presunción de peligrosidad)

⁴⁴⁵ *Ibidem*, págs. 408-409.

de la adecuación del comportamiento presumido como ocasionante del riesgo en el supuesto particular.

En segundo lugar, se disipan a su vez las objeciones que pudieran plantearse a los delitos de peligro abstracto desde un punto de vista procesal, en el sentido de que en estos supuestos nos encontraríamos ante una inversión de la carga de la prueba. Ya que a diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro concreto, en los que es necesario que se pruebe la existencia del peligro en cuestión, en los delitos de peligro abstracto se ha solido entender que se presume el peligro inherente al comportamiento hasta el momento en que se pruebe lo contrario, cuando en realidad se está exigiendo del órgano judicial correspondiente la consideración de que el caso que se analiza se encuentra efectivamente incorporado al tipo previsto por el legislador, por lo que resulta inadecuado para este tipo de situaciones su valoración como hipótesis de inversión de la carga de la prueba.

Rechazamos en consecuencia una concepción estrictamente formal de los delitos de peligro abstracto que supondría tanto como reconocer, en realidad, la mecánica aplicación de una sanción por la mera realización del comportamiento previsto en la figura legal. Ello supondría, a fin de cuentas, atribuir a este tipo de delitos una simple función organizativa y la constatación hasta sus límites más extremos de un Estado intervencionista e inquisidor.

En este sentido, se configura la estructura de los delitos de peligro abstracto sobre la base de la existencia de dos momentos igualmente significativos: un primer momento en el que se constataría *ex ante* la peligrosidad general de la acción, y un segundo momento que resultaría integrado *a posteriori* por el control judicial de la concurrencia de una situación peligrosa para el bien jurídico protegido, sin que ello tenga que

suponer de manera necesaria que haya tenido lugar en la realidad de las cosas un riesgo efectivo en el supuesto en cuestión.

Desde otra perspectiva, la adopción de la técnica de la tipificación de los delitos de peligro abstracto con miras a la mejor salvaguarda de los bienes considerados como merecedores de protección jurídica resulta plenamente justificada, en la medida en que permite superar la ambigüedad característica de los delitos de peligro concreto⁴⁴⁶, que acentúan la posibilidad de la discrecionalidad judicial, con el consiguiente riesgo de caer en situaciones de arbitrariedad a la hora de proceder a la valoración del peligro.

Se constata, por lo demás, que la tipificación de los delitos de peligro abstracto refleja la superior disponibilidad de datos y de instrumentos técnicos que permitan alcanzar un conocimiento efectivo de los elementos susceptibles de provocar situaciones de riesgo para los bienes jurídicos por parte del legislador, frente a la posición que normalmente ocupa el juez, que careciendo de los materiales que permitan valorar de la forma más precisa la situación de peligro, encuentra en la figura jurídica en cuestión la herramienta adecuada para el anhelado ejercicio neutral y aséptico de su función⁴⁴⁷.

En otro orden de cosas se hace evidente que la indicación expresa por parte del legislador de los supuestos que dan origen a situaciones valorables como delitos de peligro abstracto desarrolla una inequívoca función de prevención general. Y es que la tipificación de este tipo de situaciones no solo facilita al juez la adopción de sus decisiones, sino también al destinatario del derecho la realización de conductas conformes con el modelo que prescriben las normas jurídicas, o, si se prefiere, la exclusión de conductas

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pág. 379.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pág. 380.

de las que inequívocamente conoce, o puede conocer, su disconformidad con el derecho establecido.

Conviene, no obstante, reseñar que, por muy relevantes que puedan resultar los bienes jurídicos que se intentan defender a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, no puede nunca la calidad del bien jurídico protegido legitimar la instauración normativa de esta figura jurídica. Y es que no se trata ya de que los delitos de peligro abstracto tengan por objeto la salvaguarda de bienes jurídicos diferentes o de superior relieve a los que se intenta proteger a través de otras técnicas jurídicas. Los delitos de peligro abstracto atienden a la defensa de los mismos bienes que los delitos de peligro concreto, aunque en aquellos la protección de los mismos adquiere un carácter general en la medida en que se entiende que “la ampliación del objeto de tutela, obtenido a través de la abstracción, permite adecuar la respuesta penal a la amplitud de los efectos de la acción”⁴⁴⁸.

No cabe pues identificar un bien jurídico peculiar en el caso de los delitos de peligro abstracto que, como hemos visto, atienden a la protección de bienes o valores semejantes a los que rigen en los demás tipos de delitos, sin que la inespecificidad que acompaña a la generalidad de su regulación menoscabe en absoluto la posibilidad de proceder en cada ocasión a su correspondiente individualización.

Será, por consiguiente, la valoración político-criminal que en cada caso haya de hacerse la que permitirá legitimar el ensanchamiento de la punibilidad que pueda resultar inherente a la configuración de los delitos de peligro abstracto⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pág. 385.

⁴⁴⁹ En este sentido, FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, cit., pág. 578.

Situados en esta perspectiva, parece razonable entender que la adopción de la técnica de los delitos de peligro abstracto constituye una herramienta al servicio de los fines generales del derecho, cuya utilidad radicarán en la oportunidad de su utilización para la mejor defensa de determinados bienes que se consideran dignos de una protección jurídica peculiar.

En este sentido, podremos, desde luego, proclamar la justificación de los delitos de peligro abstracto con base en su funcionalidad para la más adecuada preservación de los fines jurídicos del derecho al posibilitar la deseable articulación entre el derecho y las nuevas necesidades a las que tantas veces resulta éste inservibles⁴⁵⁰ provocando indeseables situaciones de desajuste jurídico-social.

Con estas premisas podemos aceptar como válido aquel concepto “normativo” de peligro concreto que lo identifica con la afectación del bien jurídico por la acción típica peligrosa, dándose la circunstancia que dentro de su ámbito de organización no se escogen las medidas necesarias para evitar un menoscabo probable, de modo que la evitación del resultado lesivo deja de ser segura entrando a depender de elementos casuales o incluso del propio azar.

En sexto lugar, consideramos que es posible, a su vez, defender un concepto de peligro abstracto genérico y diverso del de peligro concreto

450 Acertadamente señala en este sentido VILLAR PALASÍ, José Luis, “La contradicción de normas y hechos, y la coherencia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 12, monográfico, Informática y Derecho, U.C.M., Facultad de Derecho, Madrid, septiembre 1986, págs. 103-104: “En la misma medida en que la escala de valores se altere, así deberá moverse toda la pesada estructura del Derecho como un todo, las normas, los standards, los conceptos jurídicos indeterminados y la propia jurisprudencia. Que el derecho esté ligado a lo justo, y éste a la escala axiológica vigente en cada momento y en cada país (sin hacer cuestión aquí del derecho natural) es algo que nadie niega en abstracto pero que no tenemos en mente con la suficiente claridad cuando aplicamos el Derecho”.

(aunque si bien no totalmente independiente, puesto que son conceptos intrínsecamente relacionados). En este caso y para que resulte viable la formulación de una noción de peligro abstracto es preciso llevar a cabo, si cabe decirlo de este modo, un mayor grado de abstracción.

Así, vindicamos la caracterización del peligro abstracto como independiente del peligro concreto, ya que, si éste supone una actuación para evitar un daño, el peligro abstracto podemos considerarlo como un paso previo, es decir, se refiere a una actuación para prevenir el daño y así garantizar la disposición de los bienes con mayor seguridad.

En definitiva y a modo de sinopsis podemos formular una definición global y unitaria de peligro, entendido éste no como creación de la mente sino dotado de entidad real objetiva pero que necesariamente ha de estar referido a un suceso futuro y negativamente valorado con el que se halla en estricta relación de probabilidad, lo que implica asimismo llevar a cabo un juicio probabilístico acerca de la oportunidad de producción de ese resultado teniendo en cuenta, además, las circunstancias históricas, sociales y culturales del momento.

Únicamente nos queda avanzar que al admitir y tomar como punto de partida el concepto de peligro abstracto, concebido en estos términos, y aplicarlo al campo específico de los delitos de peligro abstracto (peligrosidad abstracta), podemos dar un paso adelante en cuanto a la legitimación y reconocimiento de dichas figuras delictivas. Puesto que, si se comprueba que determinados comportamientos ocasionan frecuentemente daños a bienes jurídicos que el Derecho estima merecedores de protección penal, resulta legítimo que se prohíban dichas conductas en aras de una finalidad eminentemente garantista (orientada a la prevención general), y con independencia de la materialización o no de ese resultado lesivo, ya que resulta superflua dicha constatación para la satisfacción de los fines

mencionados que se ven resarcidos con la sola exigencia de la peligrosidad efectiva de la acción.

V. LA PROBABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DAN POR JURÍDICAMENTE CIERTOS

Ya hemos tenido ocasión de comprobar que el sentido final de la decisión judicial no puede nunca ser captado con anterioridad a que ésta se produzca. En el complejo proceso que lleva a la decisión judicial intervienen muchos factores que afectan a la propia estructura personal del juez que hacen impredecible la conclusión a adoptar. Nos encontramos muy lejos de la acrítica aceptación del modelo silogista de decisión jurídica que veía al juez como un órgano exquisitamente aséptico, depurado de las condiciones subjetivas que le son inherentes, y al proceso judicial como un proceso de naturaleza absolutamente mecánica cuyos resultados, supuestamente neutros y objetivos, eran perfectamente predecibles de antemano sin mayor margen de error.

La ideología política del juez desempeña un relevante papel a la hora de interpretar el contenido del derecho al inducir al intérprete a ensanchar o estrechar el contenido de las normas jurídicas en un intento de hacerlas compatibles con lo que él estima en cada supuesto que se le presenta para que ofrezca su decisión como la solución ideal. Pero no es sólo la ideología política ni el sistema de valores que pueda tener el juez el elemento relevante que permite atribuir un contenido más o menos elástico

a las normas jurídicas. Hay otros muchos elementos sociales, educativos y personales que contribuyen de manera significativa a esta labor. El juez es en este sentido reo en buena medida de un sinfín de circunstancias de muy variada índole, tanto circunstancias objetivas como personales, que conforman el contexto en el que se produce en cada momento concreto el desempeño de su función.

Por otra parte, el sentido final de la decisión jurídica no sólo viene marcado por la libre opción que pueda tomar el juez a la hora de dictaminar qué es lo que quiere exactamente decir un determinado mandato normativo, o una serie de mandatos normativos que puedan concurrir como fundamento posible de la sentencia. Junto a la indeterminación de la norma jurídica aplicable y del significado a atribuir en el caso controvertido a la misma, resultan igualmente indeterminados, al menos hasta que no se den por probados jurídicamente, los hechos presentados para su solución jurídica.

La teoría del derecho ha conocido diferentes tipos de escepticismos en relación a los hechos pero todos ellos coinciden en considerar que no es posible alcanzar la verdad de lo sucedido, que no es posible en definitiva conocer con absoluta certeza que unos determinados hechos han ocurrido o no, ni tampoco las hipotéticas circunstancias en que los mismos se hubieran producido en su caso, ni el papel que hubieran desempeñado los distintos sujetos implicados en el problema que reclama la correspondiente solución por parte del órgano judicial. El tema es enormemente relevante porque el derecho tiene como precisa razón de ser a los hechos. Los hechos determinan la conveniencia o no de aprobar disposiciones jurídicas tendentes o no a modificar lo que pudiera considerarse su curso natural en cada momento y circunstancia, o, en su caso, a imponer consecuencias negativas para sus intereses a los individuos que de una u otra manera

vulneran el contenido de la norma jurídica al separarse del modelo de comportamiento dispuesto en ella.

Estos hechos se dan normalmente en el mundo natural, que es el que por lo común trata de regular el derecho. También sucede que en ocasiones el derecho entra en la regulación de ciertos hechos correspondientes al mundo interno o psicológico del sujeto valorando por ejemplo la intención del sujeto de que se trate. Puede en este sentido decirse que la máxima que indica que “el pensamiento no delinque” debería ser convenientemente matizada no tanto para incluir hipotéticos delitos de pensamiento como para reconocer que la actitud interna o psicológica del individuo tiene también su significado a la hora de determinar la responsabilidad jurídica del mismo en relación con los hechos objeto del proceso judicial. El juego de las circunstancias atenuantes y agravantes que habitualmente reconocen los ordenamientos jurídicos se hace particularmente presente en este punto.

En la medida en que los hechos objeto de la controversia jurídica pertenecen al mundo natural y tienen, por así decirlo, una existencia objetiva, podría pensarse en una determinabilidad mayor en relación a ellos que en relación al contenido de significado de la norma jurídica, que es inexistente hasta el momento en que se produzca efectivamente la interpretación de la disposición jurídica en cuestión. Pero una cosa es pensar que los hechos existen en el mundo natural y otra pretender que su realización por parte de un determinado sujeto y las circunstancias que acompañan a su realización tengan que ser comprendidos uniformemente por parte de los distintos miembros de la organización judicial.

También en relación a la determinación de los hechos que habrán de considerarse como jurídicamente probados entran a la hora de la verdad en juego una pluralidad de elementos de muy distinto tipo. Algunos de carácter objetivo, como la mayor o menor posibilidad de acceder al

conocimiento o a la reproducción de los mismos, en atención a la existencia o inexistencia de testigos, de documentos que puedan concernir en alguna manera al caso, de huellas que delaten la presencia efectiva en el lugar del suceso de determinadas personas, etc... Otros de naturaleza subjetiva, referidos fundamentalmente al carácter y a las circunstancias personales específicas del propio juez. Es por ello que se señala la dificultad de conocer de antemano, superando el escepticismo propio del observador imparcial en relación a la determinación de los hechos y del contenido normativo aplicable⁴⁵¹, el sentido que pueda tomar en cada supuesto concreto la decisión judicial. Esta dificultad resulta muchas veces mayor en el caso de la apreciación de los hechos porque su consideración como sucesos efectivamente acaecidos, aun cuando guarda algún tipo de relación con la cultura jurídica dominante, no resulta en la mayoría de las ocasiones tan condicionada por ella⁴⁵².

La importancia que en general se reconoce al derecho como instrumento de resolución de conflictos y de orientación de comportamientos en las comunidades sociales que se rigen por los distintos ordenamientos jurídicos ha llevado a poner un especial empeño en la búsqueda de la verdad o, en su caso, en la aproximación al máximo a la verdad de los hechos. A ese empeño contribuye también poderosamente la constancia de las consecuencias desfavorables que pueden recaer sobre los individuos implicados en el caso objeto de controversia judicial ante una determinación equivocada de los hechos efectivamente acaecidos y del papel que cada sujeto haya ocupado en los mismos. La necesidad de evitar

451 Reproducimos en este punto la clásica terminología realista expresada en la distinción entre el escepticismo de los hechos y el escepticismo de las normas.

452 Asumiendo una terminología que tomamos de CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, cit., pág. 119, podríamos decir que el “termómetro de valoración” de que dispone la comunidad jurídica no resulta tan eficaz en este caso.

la condena del inocente obliga a ser muy escrupuloso y exigente al órgano judicial en esa búsqueda de la verdad material.

En ese contexto las dudas acerca de la posibilidad de alcanzar un conocimiento exacto de los hechos acaecidos, una verdad incontrovertible al respecto, han generado una sensación de fracaso ciertamente incómoda para los juristas y para el público en general. No han faltado sin embargo voces relevantes que han destacado la inconsistencia de esa sensación considerada en el marco general de lo que en realidad representa el proceso judicial. Michele Taruffo señala en este sentido: “Conviene dejar a un lado rápidamente un problema que es recurrente, explícita o implícitamente, en los discursos que se refieren a la determinación de los hechos en el proceso (y también en las discusiones epistemológicas de orden general). Se trata de la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos o si sobre éstos es posible un estado de certeza total, incontestable, fuera de toda duda. Podría observarse, al respecto, que sean cuales sean las respuestas que se den en otros campos a una cuestión de ese tipo, desde la lógica hasta las ciencias empíricas, ésta resulta ociosa y no merece siquiera ser planteada en referencia al conocimiento procesal de los hechos”⁴⁵³.

El absurdo del planteamiento de la verdad absoluta se explica en su opinión por la especial naturaleza del proceso judicial y de las cuestiones implicadas en el mismo: “podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquéllas fueran

453 TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2 Ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 176.

imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso”⁴⁵⁴.

No podemos estar de acuerdo con la tesis sostenida por el profesor italiano. El proceso judicial ha mostrado desde luego su incapacidad para alcanzar verdades absolutas en relación con los hechos objeto de controversia. Ello ha provocado la necesidad de ofrecer supuestas verdades oficiales que, a la hora de la verdad no tienen efectiva correspondencia con los hechos que configuran el mundo de la realidad. En la distinción entre “ser verdadero y ser tenido por verdadero”⁴⁵⁵ es evidente que el proceso judicial tiene que recurrir en muchas ocasiones a la segunda parte de la proposición. Pero ello no impide que se puedan también alcanzar verdades genuinas, empíricamente verificables, en relación a alguno de los acontecimientos que conforman el sentido general del problema.

Aun cuando la verdad oficial no necesariamente coincide con la verdad material, ello no impide la necesidad de que esa verdad oficial se encuentre en alguna medida con la verdad material, y que cuando ésta resulta accesible deba siempre apoyarse en los datos concretos que proporciona la verdad material en aquellos aspectos en que haya resultado efectivamente accesible. La desconsideración de los datos que ofrece la verdad material cuando resultara requerible que se les tuviera en cuenta o su incorrecta valoración llevaría inexcusablemente aparejada la ilegitimidad de la verdad oficial. Es decir, aun cuando se trata de conceptos distintos, no puede tampoco negarse la relación que guardan entre sí en el sentido de que la verdad material en el caso de poder conseguirse es vinculante para el juez a la hora de fijar la verdad oficial acerca de los hechos objeto de controversia.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pág. 177.

⁴⁵⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2 Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 73.

El problema es que esa verdad material constituye en muchas ocasiones un objetivo inalcanzable. Y que aun cuando pudiera alcanzarse en relación con algunos aspectos concretos del supuesto en cuestión, por lo general el conjunto global del proceso se encuentra irremediablemente afectado por las limitaciones cognoscitivas en orden a alcanzar la verdad material.

Ello no impide, desde luego, la necesidad de buscar la mayor aproximación posible entre la verdad material y la verdad oficial. Pero no es tampoco un empeño que deba alcanzarse a cualquier coste porque el proceso judicial está también obligado a respetar determinadas reglas que parecen en principio incompatibles con un empeño absoluto en la consecución de la verdad material de los hechos. Por lo demás, hay que tener en cuenta que el proceso judicial no se enfrenta siempre a la estricta consideración de los hechos externos, sino que también toma en consideración los hechos internos o sicológicos. Evidentemente la percepción de unos y otros plantea problemas de muy distinta naturaleza.

Resultaría muy ingenuo pensar que la distinta naturaleza de los hechos sicológicos y de los hechos correspondientes al mundo natural implicados en el proceso no tuviera incidencia en el mayor o menor grado de dificultad a la hora de intentar la mayor aproximación posible en orden al objetivo de alcanzar la verdad material en relación a unos y otros. Marina Gascón Abellán pone el acento en esta cuestión cuando señala: “El conocimiento de hechos psicológicos es siempre un conocimiento indirecto a partir de otros hechos. Pero..., también la mayor parte de los enunciados sobre hechos externos son el fruto de un conocimiento indirecto. La única diferencia entre ambos tipos de conocimiento de hechos reside en el grado de dificultad, pues, en principio, son más difíciles de acreditar las intenciones, conocimientos y elementos anímicos de los agentes que los hechos externos; y ello tal vez contribuya a que también el grado de certeza

de los enunciados sobre hechos psicológicos sea tendencialmente menor que el de los enunciados sobre hechos externos”⁴⁵⁶.

Efectivamente el conocimiento de los hechos psicológicos requiere cuando menos una doble operación. Por una parte, la consideración como hechos efectivamente acaecidos de los hechos de los que deduce el intérprete la intencionalidad real de los sujetos implicados. En segundo lugar, también la consideración de lo correcta o incorrecta que pudiera resultar la operación realizada por el intérprete al respecto. Ese doble proceso supone desde luego una dificultad añadida con respecto a la dificultad que hubiera generado la reducción del empeño a la estricta consideración de los hechos externos.

La prueba de los hechos realmente acontecidos no afecta, lógicamente, a la posible subsunción de los mismos en un contenido normativo tipificado. Al contrario, constituye en todo caso el presupuesto necesario para que pueda llevarse a cabo cualquier tipo de subsunción⁴⁵⁷. Esto explica su importancia radical en el proceso que conduce a la decisión judicial. Sin embargo, que un hecho se dé por probado, y que sea en consecuencia objeto de la correspondiente valoración normativa, no quiere decir, ni mucho menos, que ese hecho se haya producido efectivamente.

456 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 78.

457 Hay que decir que la representación general del proceso de aplicación del derecho como un proceso de subsunción sigue vigente en la mentalidad de muchos miembros de la comunidad jurídica como modelo ideal de actuación, aun cuando no refleja el funcionamiento real del Juez. En este punto, contrariamente a lo que se deduce del modelo ideal indicado señala SORIANO DÍAZ, Ramón L., *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, págs. 308-309, que “hay un proceso de reconstrucción por parte del jurista de los hechos acaecidos en virtud de los efectos jurídicos consecuentes a su determinación”; también DE CASTRO CID, Benito, *Teoría del derecho*, cit., pág. 166, en relación a la posible primacía de las operaciones de constatación de los hechos, calificación jurídica de los mismos y determinación de la norma aplicable, dice que “hay una reciproca interrelación, simultánea e insoluble, entre ambas operaciones”.

Lo único que significa es que en relación a la producción de ese hecho se ha estimado la existencia de indicios suficientes, pero que no garantizan desde luego su verdad, pues, como dice Luis Prieto Sanchís, “la verdad jurídica no puede ser fijada por el tribunal al modo que el científico nos propone una verdad física o natural”⁴⁵⁸. Ni siquiera la hipotética confesión por parte de un sujeto de la realización de un hecho al que el ordenamiento jurídico le imputa una sanción negativa es garantía suficiente de que tal hecho haya tenido efectivamente lugar. La experiencia demuestra a este respecto que la presunción de la voluntad de eludir la aplicación de sanciones jurídicas negativas no es un elemento determinante de la verdad de ninguna actuación ni de la existencia de ningún hecho de relevancia jurídica.

Por otro lado, el juez se encuentra a menudo con “barreras al hallazgo judicial de la verdad”⁴⁵⁹, que sobre la base de la preservación de la integridad de otros bienes jurídicos dificultan la apreciación de los hechos acontecidos⁴⁶⁰. En este sentido, y al margen de la información irregular que pueda obtenerse a través de procedimientos que puedan contravenir las limitaciones legales al respecto⁴⁶¹, no queda así otra posibilidad que acudir al juicio de probabilidad para poder estimar hipótesis plausibles que se hagan merecedoras del anhelado título de hechos probados. La prueba de los hechos entendida como certeza de la realización de los mismos

458 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 97.

459 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 303.

460 Como dice RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, cit., pág. 208: “el hallazgo de la verdad, aunque es un fin muy importante para el derecho, no es un fin único ni es siempre el fin primordial, pues en determinadas ocasiones ha de subordinarse a otros fines que el derecho considera superiores”.

461 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pág. 98: “No cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos hechos se consolide con informaciones irregulares... Como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultandos de hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez”.

constituye desde luego una ilusión, pero la utilización de criterios de probabilidad puede proporcionarles una justificación real como hechos a enjuiciar en el proceso judicial.

El conocimiento de los hechos por parte del juez no encaja en general en el modelo del conocimiento a través de la observación directa. Eso tiene su explicación. La decisión judicial versa siempre sobre un hecho pasado y concreto. Un hecho que en principio hay que considerar ajeno a la observación directa del juez, porque éste sólo entra en juego una vez que se han producido efectivamente los hechos a enjuiciar. El juez deberá utilizar los medios de prueba disponibles para acceder a unos hechos en los que en principio no ha tenido participación directa y que tampoco han sido observados directamente por él.

Todo ello obliga al juez a recurrir a la prueba deductiva que se genera a partir de determinados datos que impone la lógica o el criterio científico. Marina Gascón ha llamado la atención sobre las limitaciones deductivas de estos procedimientos. Y es que la correcta aplicación deductiva de un razonamiento sobre premisas universalizables no representa a la hora de la verdad ningún tipo de prueba de que se haya producido efectivamente el acontecimiento enunciado en la premisa menor de la inferencia deductiva. Por mantener el ejemplo citado por la mencionada profesora, de la regla de que el parto es siempre signo de embarazo previo no hay por qué deducir necesariamente que el parto se ha producido efectivamente. De igual modo, de la regla de que nadie puede estar simultáneamente en dos sitios distintos tampoco se puede deducir que un concreto sujeto haya estado en un momento dado en un determinado lugar⁴⁶².

462 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., págs. 99-100.

Es igualmente destacable que no todas las pruebas científicas son en sentido estricto pruebas deductivas aun cuando puedan ofrecer resultados fiables en gran medida, al resultar de la aplicación de procedimientos estadísticos⁴⁶³. En ese sentido cabe concluir con la citada profesora que “pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser”⁴⁶⁴.

Eso no impide la conveniencia de que pueda el órgano judicial tomar en consideración determinadas pruebas científicas y dictámenes de expertos que les puedan ayudar a hacerse una composición de lugar del asunto que tienen entre manos, que de otra manera resultaría imposible: “Los jueces, por lo general, carecen de la formación necesaria para evaluar la calidad científica de las pruebas. Por eso dejar en sus manos la libre apreciación de este asunto, sin establecer algún criterio que los guíe, puede conducirlos a rechazar pruebas científicamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad o, lo que es más probable, puede conducirlos a dar crédito a pruebas que son pura charlatanería pseudocientífica y que pueden convertirse en fundamento y en decisiones judiciales erróneas. No debe extrañar por ello que en algunos sistemas se hayan establecido criterios para guiar al juez en su tarea de evaluar la fiabilidad de las pruebas”⁴⁶⁵. En definitiva, los informes periciales pueden desempeñar una función ambivalente porque mal emplazados pueden conducir a un resultado erróneo, suscitando la engañosa sensación de que se trata de un resultado abalado científicamente. Se impone en este sentido la necesidad de establecer criterios para la admisión o exclusión de

463 *Ibidem*, pág. 100.

464 *Ibidem*, pág. 101.

465 GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Conocimientos expertos y deferencia del juez”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2016, pág. 359.

pruebas periciales que ofrezcan concreta información sobre la calidad de las afirmaciones sostenidas⁴⁶⁶.

Por lo demás, se ha destacado también la inconsistencia del empeño en diferenciar de la manera más nítida las pruebas directas de las pruebas indirectas, estableciendo mecanismos de jerarquía entre ellas en función de la supuesta superior capacidad cognoscitiva que pudieran proporcionar. En este sentido señala Carlos de Miranda Vázquez que: “La doctrina de la hipovaluación de la prueba indirecta debe ser abandonada de forma absoluta y definitiva, toda vez que la aquejan una serie de deficiencias de diverso orden (legal, epistemológico, lógico e histórico) que la invalidan por completo. La anterior debe dejar paso a la doctrina de la completa equiparación entre los métodos probatorios directo e indirecto, a la vista de la idéntica valencia probatoria de ambos. No sólo no existe un verdadero conflicto entre pruebas directas e indirectas, ni una suerte de diferencia jerárquica entre ambas, sino que son totalmente interdependientes. Y ello hasta tal extremo de que la prueba directa, sin el apoyo de la indirecta, queda vacía de contenido, sucediendo lo mismo a la inversa. Por ello debería propiciarse desde luego por el legislador y también por los órganos jurisdiccionales, el empleo conjunto de ambos métodos probatorios, siempre que sea posible”⁴⁶⁷.

Todo ello nos sitúa ante la necesidad de recurrir al conocimiento inductivo judicial, cuya correcta comprensión requiere en cualquier caso la consideración de las diferencias que mantiene el razonamiento judicial con

466 VÁZQUEZ, Carmen, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pág. 127.

467 DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, “Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, pág. 96.

otros tipos de razonamiento inductivo⁴⁶⁸. Se trataría de mostrar, si quiera sea a través de un análisis diferencial, las dificultades específicas que se presentan en el tema del razonamiento judicial referido a los hechos y a la determinación de las circunstancias de los mismos que constituyen el objeto del proceso.

La consideración del conocimiento judicial de los hechos como discurso ideográfico pone el acento en el carácter único e irrepetible del hecho objeto de valoración judicial⁴⁶⁹. En este punto aparece una diferencia fundamental en la observación de los hechos que realiza el juez y la que lleva a cabo el científico. El juez utiliza en determinadas ocasiones algunos procedimientos empíricos al estilo de lo que hace el científico, fundamentalmente la observación y la medición. En este punto los resultados obtenidos por el conocimiento del órgano judicial pueden ciertamente tener una base empírica. Pero lo que nunca puede hacer el juez es acudir al experimento como procedimiento empírico. Precisamente porque el experimento se basa en la repetición de los hechos, y los hechos que son objeto de valoración judicial tienen la condición de hechos únicos y en consecuencia irrepetibles. De nuevo la consideración de los procedimientos de base empírica sitúan al juez en el camino adecuado para alcanzar la mayor aproximación posible a la verdad material, pero sus limitaciones con respecto al conocimiento científico lo caracterizan necesariamente como un “razonamiento de estructura probabilística”⁴⁷⁰.

La condición ideográfica del conocimiento judicial lo diferencia nítidamente del razonamiento científico, pero no del tipo de conocimiento propio del historiador o del detective. La peculiaridad del conocimiento

468 GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit, págs. 115 y ss.

469 *Ibidem*, pág. 116.

470 *Ibidem*, pág. 118.

judicial de los hechos con respecto a esos otros tipos de conocimiento inductivo está en su consideración como discurso institucionalizado que se plasma en la necesidad de cohonestar el objetivo de la búsqueda de la verdad con la salvaguarda de otros valores que puedan obstaculizar la realización inmediata del objetivo planteado. En este punto la filosofía garantista que impregna el proceso judicial obliga al juez a limitar la puesta en práctica de los procedimientos probatorios ante la necesidad de preservar en cualquier caso los valores de la libertad y la dignidad personal⁴⁷¹.

Pero es que además el conocimiento de la verdad tiene en el caso del juez un significado como elemento estructural para la consecución del auténtico objetivo de la actividad judicial que representa la solución del problema social que ante él se presenta para que dicte su correspondiente solución. Ello tiene como consecuencia adicional la obligación del juez de llegar a una verdad oficial por muy débiles que pudieran resultar sus puntos de apoyo. Y es que a diferencia del historiador o del científico, que pueden siempre concluir su investigación de los hechos con una respuesta negativa, señalando que no saben qué hechos se han producido ni si se han producido efectivamente, el juez está siempre obligado a dictar una respuesta oficial que implica también un conocimiento oficial de los hechos.

Esa obligación de proporcionar siempre una respuesta oficial obliga a representarnos el conocimiento judicial de los hechos como un conocimiento no necesariamente tan bien fundado como el conocimiento adquirido por los profesionales de otras disciplinas que siempre tienen abierta la posibilidad de escapar del problema reconociendo que al no disponer de pruebas ni de conocimiento suficiente de ningún tipo no se encuentran en condiciones de proporcionar una respuesta al problema que ante ellos se presenta. El juez tiene la obligación de dictar siempre una solución al problema que se le presenta, y en ese empeño no puede decir

471 *Ibidem*, pág. 120.

que carece de fundamento suficiente para declarar cuál es la respuesta oficial acerca de los hechos implicados en el problema en cuestión.

Ante esa situación de debilidad cognoscitiva el juez se ve obligado a asumir un razonamiento probabilista asumiendo la no necesaria identificación entre la verdad oficial y la verdad material de los hechos. Se ha discutido en la doctrina jurídica acerca del tipo de probabilidad que se da en relación a la prueba de los hechos⁴⁷². Por nuestra parte creemos que la apreciación de los hechos probados ha de fundarse desde luego, en la medida de lo posible, en datos objetivos, que en muchos casos tendrán un valor simplemente indicial. Estos datos pueden muchas veces proporcionar una visión desvirtuada de la realidad, al haberse transmitido su conocimiento de manera errónea o al no poder ser apreciados en su integridad.

Será luego necesario también considerar los indicios que se posean en el contexto general que permita deducir la mayor o menor probabilidad de que el suceso enjuiciado ha tenido lugar, asumiendo que en general el juez “se conforma con un alto grado de probabilidad para obtener de ello la convicción de que fue así y no de otro modo”⁴⁷³. Es esta conformidad del juez con la aplicación de un simple criterio de probabilidad a los hechos que se han de dar por probados la que hace posible el propio enjuiciamiento de los hechos e incluso el desempeño de la labor judicial, porque de otro modo la falta de certeza de la realización de los hechos haría imposible cualquier tipo de valoración jurídica. Pero al respecto se ofrecen dos tipos de probabilidad diferente: la probabilidad cuantitativa y la probabilidad lógica.

472 Véase a este respecto la polémica entre FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 141 y ss., quien se remite a la idea de la probabilidad subjetiva como fundamento de la inferencia del juez, y MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., págs. 80 y ss., quien opta por la valoración objetiva.

473 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pág. 302.

La probabilidad cuantitativa goza en general de la apariencia de científicidad y exactitud que proporciona la cualificación numérica. Hasta cierto punto se puede hablar en este sentido de una cierta idolatría de la probabilidad cuantitativa que muchas veces tiene muy poco que ver con la propia capacidad para la comprensión de la complejidad del proceso. Tiene en este sentido razón Michele Taruffo cuando señala que: “A menudo se cree que si algo se expresa con un número puede ser tomado como cierto, y que las evaluaciones subjetivas se vuelven <menos subjetivas> y están bajo control cuando se expresan mediante una cantidad numérica. No es de extrañar que, por lo tanto, muchos miren hacia las concepciones estadísticas de la prueba, sostengan teorías bayesianas y creen que el peso de la prueba debe ser expresado con números, aunque muy pocos sean realmente capaces de desarrollar los sofisticados cálculos necesarios para incorporar un tratamiento matemático de la prueba en los contextos judiciales”⁴⁷⁴.

Ciertamente el cálculo numérico de la verdad obtenida a través de los medios de prueba resulta enormemente complicado sobre todo cuando se trata de conectar entre sí los resultados que ofrecen medios de prueba diferentes⁴⁷⁵. Por otro lado, la dificultad de conciliar esas valoraciones numéricas presuntamente objetivas con las cuestiones subjetivas que incorporan las cuestiones analizadas ha marcado la necesidad de reconocer las limitaciones intrínsecas de la probabilidad numérica en la asunción clara de la idea de que “la probabilidad que caracteriza al razonamiento probatorio jurídico no es matemática”⁴⁷⁶.

474 TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 32.

475 *Ibidem*, pág. 31.

476 FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 238.

Aparece aquí como alternativa la probabilidad lógica. Con ella se trata de determinar las inferencias que puedan llevarse a cabo en base a los medios de prueba conforme a los criterios que suministra la lógica. En este marco conceptual se entiende que “la conclusión acerca de un hecho es lógicamente probable, como una función de los argumentos lógicos basada en los medios de prueba disponibles”⁴⁷⁷. No se trata con ello de condenar las aportaciones que en ciertos casos pueden realizar las probabilidades estadísticas, sino de reconocer el carácter de apoyo probatorio puntual y subordinado frente al sentido general que asume definitivamente la probabilidad lógica.

En la apreciación de la probabilidad de que los hechos enjuiciados hayan tenido lugar el juez realiza inferencias que no hacen más que reforzar la plausibilidad de la presunción en que consiste siempre la determinación de los hechos que se dan por probados. Pretender que el juez accediese a ese tipo de presunciones de una manera neutra sería desconocer su condición humana y cerrar los ojos a las múltiples influencias a que se ve sometido incluso a la hora de realizar juicios de probabilidad sobre la base de indicios más o menos consistentes.

Pero ese mismo carácter meramente probable de los hechos que quedan acreditados para fundar en ellos la solución que arbitra la sentencia explica la necesidad de extremar los mecanismos de control de la actividad judicial al respecto. La exigencia de motivación de los razonamientos judiciales relativos a los hechos está en la base de esa necesidad⁴⁷⁸. Y es que si se coincide en admitir que la sentencia judicial representa una determinada relación entre ciertos hechos y las normas que se suponen idóneas para referir la mejor solución ante la cuestión suscitada por ellos,

477 TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., pág. 33.

478 DE ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre la motivación de los hechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, págs. 36-48.

parece lógico que las diferentes medidas de control de la actividad judicial que pueda promover el ordenamiento jurídico se extiendan a las dos partes de la relación.

BIBLIOGRAFÍA

ANGIONI, Francesco, *Il pericolo come elemento della fattispecie penale*, I, Ed. Chiarella, Sassari, 1981.

ANTOLISEI, Francesco, *Sul concetto del pericolo*, Società editrice libraria, 1914.

ANTOLISEI, Francesco, *L'azione e l'evento nel reato*, Istituto Editoriale Scientifico, Milano, 1928.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale*, PG, 11. ed., Giuffrè Ed., Milano, 1989.

ARA PINILLA, Ignacio, *Teoría del Derecho*, 2ª edición revisada, Taller Ediciones J. B., Madrid, 2005.

ARENAS RODRIGANÉZ, Paz, “Los delitos contra la salud pública en el Derecho Penal portugués”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 43, 1991, págs. 139-182.

ARISTÓTELES, “Primeros analíticos”, II, 29, 1, en *Lógica*, II, Nueva biblioteca filosófica, Madrid, 1931.

ARROYO ZAPATERO, Luis, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Introducción al derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1985.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, págs. 297-311.

BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Depalma, Buenos Aires, 1967.

BAIGÚN, David, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.

BARBERO SANTOS, Marino, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973, págs. 487-498.

BASSENGE, Peter, *Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen*, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, 1961.

BAUMANN, Jürgen - WEBER, Ulrich, *Strafrecht, AT: Ein Lehrbuch*, 9. Aufl., Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1985.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “Resultado y delitos de peligro”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979, págs. 263-279.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El delito de peligro por conducción temeraria, notas al artículo 340 bis a) nº 2”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1979, págs. 282-327.

BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, Neudruck der 18. Aufl., Leipzig 1898, Scientia Verlag Aalen, 1986.

BETANCOR CURBELO, Diego, *El Derecho como reacción*, Taller Ediciones JB, Madrid, 1994.

BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, PG, 10. ed., Cedam, Padova, 1978.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, B. 1, Normen und Strafgesetze, neudruck der 4. Aufl. Leipzig 1922, Scientia Verlag Aalen, 1965.

BINDING, Karl, *Die Fahrlässigkeit*, neudruck der Ausgabe Leipzig 1919, Scientia Verlag Aalen, 1965.

BLACKBURN, Simón, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press. Oxford-New York, 1996.

BLEI, Hermann, *Strafrecht I, AT, Ein Studienbuch*, 18. neubearbeitete Aufl. des von Edmund Mezger begründeten Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983.

- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, traducción española de Alfonso Ruíz Miguel, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- BOHNERT, Joachim, “Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte-BGH, NJW 1982, 2329”, en *Juristische Schulung* 24, 1984, págs. 182-187.
- BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht, AT*, 3. Aufl., C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979.
- BREHM, Wolfgang, *Zur Dogmatik des abstraktes Gefährdungsdelikts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los delitos de peligro”, en *Control Social y Sistema Penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.
- CANESTRARI, Stefano, “Voce <reato di pericolo>”, en separata de la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1991.
- CARDOZO, Benjamin Nathan, *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, Fourth Printing, 1931 (la primera edición de 1924).
- CARDOZO, Benjamín Nathan, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928.

CARDOZO, Benjamín Nathan, “Jurisprudence. Address before the New York State Bar Association Meeting Hotel Astor, January 22, 1932”, en *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Edited by Margaret E. Hall, Matthew Bender, Albany – San Francisco – New York, 1975 Reprint, págs. 7-46.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en AA.VV., *Manual de Derecho Penal, PE*, T. IV, dirigida por Manuel Cobo del Rosal, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

CASTIGNONE, Silvana, *La macchina del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974.

CEREZO MIR, José, “Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, págs. 581-604.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. PG I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4. ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico”, en *V Curso Internacional de Derecho de la Circulación*, Hauser y Menet, Madrid, 1963.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, “El tratamiento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente”, en *Revista de Derecho de la Circulación*, núm. 1, 1971.

CONTENTO, Gaetano, *Corso di diritto penale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1992.

- CÓRDOBA RODA, Juan, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.
- CORREAS VÁZQUEZ, Oscar, *Metodología Jurídica. Una introducción filosófica*, Editorial Fontamara, México, 1997.
- CRAMER, Peter, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 461-484.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre la motivación de los hechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, págs. 36-48.
- DE CASTRO CID, Benito, “Teoría del Derecho”, en Antonio Fernández Galiano, Benito de Castro Cid, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1995.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Servicio de publicaciones, Universidad de Cádiz, PPU, Barcelona, 1994.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

DELITALIA, Giacomo, “Les délits de mise en danger”, Rapport général, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos, “Prueba directa vs. prueba indirecta (un conflicto inexistente)”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, págs. 73-100.

DEMUTH, Hennrich, *Der normative Gefahrbegriff. Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte*, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1980.

DIMITRATOS, Nikolaos, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, Verlag V. Florentz, München, 1989.

DOLENSKY, Adolf, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.

ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.

FARIA COSTA, José Francisco de, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “El delito ecológico y la salud pública”, en AA.VV., *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994.

- FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, Encarnación, “Sobre los saberes jurídicos. Ciencia del derecho, ciencias jurídicas, sociología del derecho, filosofía del derecho”, Apéndice a Javier De Lucas (editor), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1992, págs. 409-412.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., “Teoría de la legislación y actividad judicial”, en L. Martínez Roldán, J.A. Fernández Suárez, M. L. Suárez Llanos, *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Dykinson, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción al castellano de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Mandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FERRARI, Vincenzo, *Funciones del derecho*, traducción española de María José Añón Roig y Javier De Lucas Martín, Editorial Debate, Madrid, 1989.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo 3, Alianza Editorial, Madrid, 1979.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2 Ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FIANDACA, Giovanni, “Note sui reati di pericolo”, en *Il Tommaso Natale*, I, 1977.

FINGER, August, “Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht”, en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, hrsg. von August Hegler, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, págs. 230 y ss.

FINGER, August, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, Separat-abdruck aus der “Juristische Vierteljahresschrift”, *organ des Deutschen Juristenvereins in Prag*, Prag. K. k. Hofbuchdruckerei A. Haase - Selbstverlag, 1889.

GALLAS, Wilhelm, “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, hrsg. von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972, págs. 171 y ss.

GALLO, Ettore, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Cedam, Padova, 1970.

GALLO, Ettore, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Giuffrè Ed., Milano, 1966.

GALLO, Marcelo, “Consideraciones sobre los delitos de peligro”, traducción al castellano de Carlos A. Tozzini, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

- GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. 1985.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Conocimientos expertos y deferencia del juez”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, 2016, pág. 347-365.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 2. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1983.
- GONCALVES, Maia M., *Código Penal Português, anotado he comentado e legislacao complementar*, 7. ed., Almedina, Coimbra, 1994.
- GRAUL, Eva, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
- GRISPIGNI, Filippo, *Diritto penale italiano*, vol. II, Giuffrè Ed., Milano, 1950.

- GRÜN, Ernesto - FARRELL, Martín Diego, “Problemas de verificación en el derecho”, en AA.W., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976.
- GUILLEN, Raymond - VINCENT, Jean, *Lexique de termes juridiques*, 9. Ed., Dalloz, Paris, 1993.
- HABA MÜLLER, Enrique Pedro, “Sobre el derecho como <técnica> o <tecnología>. Apostillas a una polémica entre dos visiones científicas sobre las posibilidades del discurso jurídico”, en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995, págs. 491-498.
- HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, T. II, Verlag von Adolph Marcus, Bonn, 1887.
- HÄLSCHNER, Hugo, *Das preussische Strafrecht, Teil 2, System des preussischen Strafrechts, AT*, Neudruck der Ausgabe Bonn 1858, Scientia Verlag Aalen, 1975.
- HASSEMER, Winfried, “Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici”, traducción de Paolo Becchi, en *Dei delitti e delle pene*, 1984.
- HASSEMER, Winfried - MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HENCKEL, Hans, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 270, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1930.

- HERRMANN, Helmut, *Zum Begriff der Gefhr, insbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht*, Dissertations-Verlag G.H. Nolte, Dusseldorf, 1939.
- HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeine Lehren des Strafrecht*, T. I, Hoffmann & Co., Hamburg, 1880.
- HERZOG, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, R.v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1991.
- HERZOG, Felix, "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)", traducción al castellano de Elena Larrauri Pijoan y Fernando Pérez Álvarez, en *Poder Judicial*, nº 32, 1993, págs. 79-88.
- HIRSCH, Hans Joachim, "Gefahr und Gefährlichkeit", en *Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, págs. 545 y ss.
- HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Presentación de José Ramón Cossío Díaz, traducción de Irene Mariana Cuéllar Araiza, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Koln, 1973.

HORN, Hans-Rudolf, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1962.

HOYER, Andreas, “Zum Begriff der <abstrakten Gefahr>”, en *Juristische Arbeitsblätter* 22, 1990, págs. 183 y ss.

JANKA, Karl, *Das österreichische Strafrecht*, 3. Aufl., F. Tempsky, Prag, Wien, 1894.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, PG, traducción al castellano de José Luis Manzanares Samaniego, 4. ed., Ed. Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 3. ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.

KALINOWSKI, Georges, *Lógica del discurso normativo*, traducción española de Juan Ramón Capella, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

KAUFMANN, Armin, “Tipicidad y causación en el procedimiento Contergán”, traducción al castellano de Conrado A. Finzi, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973.

KELSEN, Hans, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces, con notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Editorial Porrúa, México, 1987.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción española de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción del original alemán de la edición de 1960 de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

KELSEN, Hans, *Teoría Generale delle Norme*, traduzione di Mirella Torre, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1983.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1989.

KLEE, Karl, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berliner Juristische Beiträge, Heft 10, R. v. Decker's Verlag, Berlín, 1906.

KLUG, Ulrich, *Problemas de filosofía del derecho*, traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Sur, Buenos Aires, 1966.

KÖHLER, August, *Deutsches Strafrecht*, AT, Verlag von Veit & Co. Leipzig, 1917.

LACKNER, Karl, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstratrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967.

LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. neubearbeitete Aufl. des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maassen begründeten Werkes, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993.

LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, Alfred Hölder, Wien, 1879.

LAMMASCH, Heinrich, *Grundriss des Strafrecht*, 4. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1911.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción al castellano de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

LERNELL, Leszek, “Les délits de mise en danger”, Rapport national, presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, IV, 15, 2, traducción directa de Edmundo O’Gorman, Fondo de Cultura Económica, México. 1956.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Cuestiones concursales”, en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Ed. Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho penal español”, en *Poder Judicial* 23, 1991, págs. 87-96.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Voz “Imputación objetiva”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 3465 y ss.

- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale*, 3. ed., Cedam, Padova, 1992.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 5. ed., puesta al día por P. Nuvolone y G. D. Pisapia, UTET, Torino, 1981.
- MARCHAL, André, “Le délit de mise en péril et son objet”, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1968-1969, págs. 299-307.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Derecho Penal y protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1992.
- MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2. Aufl., Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1915.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones U.C.M., Facultad de Derecho, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997.
- MERKEL, Adolf, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1912.
- MEYER, Andreas H., *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährdungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Vertassungsrechts*, Lit. Verlag, Münster, Hamburg, 1992.
- MEYER, Hugo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., A. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung Nachf (Georg Böhme), Leipzig, 1895.

MEZGER, Edmund - BLEI, Hermann, *Strafrecht I, AT, Ein Studienbuch*, 15. Aufl., c. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973.

MILITELLO, Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè Ed., Milano, 1988.

MIR PUIG, Santiago, "Presentación general y motivación de los párrafos 1 y 2", en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Ed. Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

MIR PUIG, Santiago, "Sobre el principio de culpabilidad", en AA.VV., *El poder penal del Estado*, Homenaje a Hilde Kaufmann, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria", en *Comentarios a la legislación penal*, T. XIV, vol. 12, 1992.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Delitos contra la seguridad del tráfico", en *Poder Judicial*, nº especial XII, 1990, págs. 165-191.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La responsabilidad penal del que conduce vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas", en *III Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico*, Dirección General de Tráfico y Facultad de Derecho de Granada, Granada, 1988, págs. 59 y ss.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1989.

NAGEL, Stuart S., *Causation, Prediction and Legal Analysis*, Quorum Books, New York, 1986.

NAVARRETE URIETA, José María, “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1959, págs. 419-431.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974.

NOVOA MONREAL, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 3, Buenos Aires, 2012, págs. 291-300.

OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO, Emilio - HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal, PG, Teoría Jurídica del Delito*, 2. ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OLIVECRONA, Karl, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, traducción al castellano de Luis López Guerra, Ed. Labor, Barcelona, 1980.

OLLERO TASSARA, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1996.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1982.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

PADOVANI, Tullio, “La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1984.

PARODI GIUSINO, Manfredi, *I reati di pericolo tra dommatica e politica criminale*, Giuffré Ed., Milano, 1990.

PATALANO, Vincenzo, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Jovene, Napoli, 1975.

PECES BARBA, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1983.

PENSO, Girolamo, *Il pericolo nella teoría generale del reato*, Giuffré Ed., Milano, 1976.

PÉREZ ALVÁREZ, Fernando, *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Ed. Praxis, Barcelona, 1991.

PETROCELLI, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Cedam, Padova, 1940.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

POPPER, Karl, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, traducción española de Carmen García Trevijano, Editorial Tecnos, Madrid. 1993.

POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, traducción española de Víctor Sánchez Zavala, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción al español de Néstor Míguez, con adaptación de la cuarta edición inglesa y traducción de las secciones nuevas de Rafael Grasa, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1989.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 39, 1989, págs. 723-748.

PRATS CANUT, José Miguel, “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales”, en Jerónimo Betegón Carrillo, Marina Gascón Abellán, Juan Ramón de Páramo Argüelles, Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Me Graw-Hill, Madrid, 1997, págs. 3-30.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

PRITTWITZ, Cornelius, *Stratrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.

PRITTWITZ, Cornelius, *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, Edition Sigma, Bonn, Berlín, 1990.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio – HEILPERN DE QUINTANO, Johanna, *Diccionario de Derecho Comparado, I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal, PG*, 2. Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989.

RABL, Kurt O., *Der Gefährdungsvorsatz*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 312, Alfred Kurtze, Breslau-Neukirch, 1933.

RANIERI, Silvio, *Manuale di Diritto Penale, PG*, vol. I, 4. ed., Cedam, Padova, 1968.

RATIGLIA, Giuseppe, *Il reato di pericolo nella doctrina e nella legislazione*, Libreria Scientifica Giappichelli, 1932.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1990.

ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Fratelli Bocea Editori, Torino, 1913.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María - SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español, PG*, 17. ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de Publicaciones U.C.M., Facultad de Derecho, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, Voz “Delitos de peligro”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 2078-2082.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal*, PG, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966.
- ROTERING, “Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuch”, en GA 31, 1883.
- ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción al castellano de Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- RUELLE, David, *Azar y caos*, traducción española de Javier García Sanz, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho Penal*, PG, 3. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- SANTAMARÍA, Darío, “Les délits de mise en danger”, Rapport national presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, nº 1-2.

SANTANIELLO, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, 3. ed., Giuffré Ed., Milano, 1967.

SANTORO, Arturo, *Manuale di Diritto Penale I*, UTET, Torino, 1958.

SAUER, Guillermo, *Derecho Penal, PG*, traducción al castellano de Juan del Rosal y José Cerezo, 3. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1956.

SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Giuffré Ed., Milano, 1965.

SCHIAVELLO, Aldo, "Algunos argumentos a favor de una ciencia jurídica interpretativa", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2014, pág. 193-217.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, AT, Lehrbuch*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

SCHRÖDER, Horst, "Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?", en *JuristenZeitung*, 1967, págs. 522 y ss.

SCHRÖDER, Horst, "Les délits de mise en danger", Rapport national presentado al Coloquio preparatorio del X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Roma, 1968, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1969, n° 1-2.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, "Die Gefährdungsdelikte", en *Deutsche strafrechtliche Landesreterate zum XI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Caracas 1982, Beihett zur *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, hrsg. von Hans-Heinrich Jescheck, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1982, págs. 1 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, págs. 715 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Shortcomings of the classic concept of criminal liability for negligence in the contemporary society: new tendencies and prospects”, en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), *Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales*, XXIIº Coloquio de Derecho Europeo organizado por el Consejo de Europa y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna del 17 al 19 de noviembre de 1992, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993.

SCHWANDER, Vital, “Les délits de mise en danger”, Comentario previo a las cuestiones debatidas en el X Congreso Internacional de Derecho Penal (1969), en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1966.

SGUBBI, Filippo, “Tutela penale di <interessi diffusi>”, en *La Questione Criminale*, 1975, págs. 439-481.

SIEBENHAAR, Hugo, “Der Begriff der Gemeingefährlichkeit und die gemeingefährlichen Delikten nach dem Reichsstrafgesetzbuches”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4, 1884.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El sida en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal”, en Santiago Mir Puig (Ed.), *Problemas jurídico-penales del sida*, Ed. Bosch, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993.

SORIANO DÍAZ, Ramón L., *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.

STÜBEL, Christoph Carl, “Über gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen, zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der erstern”, en *Neues Archiv des Kriminalrechts*, T. VIII, 1826.

TARELLO, Giovanni, “Intervento”, en AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè Ed., Milano, 1967.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2 Ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.

TARUFFO, Michele, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 825-848.

VÁZQUEZ, Carmen, “La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2015, págs. 101-130.

VERNENGO, Roberto José, “Ciencia jurídica, técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?”. en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, págs. 289-295.

VERNENGO, Roberto José, “Réplica a la respuesta de M. Atienza”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, págs. 313-314.

- VERNENGO, Roberto J., *Investigación sobre la naturaleza del conocimiento jurídico*, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1973.
- VERSELE, Séverin-Carlos, “L’incrimination de la mise en danger”, en *Revue de Droit Pénal et Criminologie*, núm. 4, 1967-68, págs. 429-455.
- VOLZ, Manfred, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, Franz Frank, Göttingen, 1968.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *La Interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos. A la luz del nuevo título preliminar del Código Civil, desde una perspectiva teórica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, “La contradicción de normas y hechos, y la coherencia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 12, monográfico, Informática y Derecho, U.C.M., Facultad de Derecho, Madrid, septiembre 1986, págs. 81-104.
- Von BURI, Maximilian, “Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890”, en GS 44, 1891, págs. 321-356.
- Von BURI, Maximilian, “Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch”, en GS 40, 1888, págs. 503-540.
- Von HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, II, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1930.
- Von HIPPEL, Robert, *Lehrbuch des Strafrechts*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1932.

- Von KRIES, Johannes, "Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben", en *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12, Zweiter Artikel, 1888.
- Von KRIES, Johannes, "Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 9, 1889.
- Von LISZT, Franz, "Tötung und Lebensgefährdung", en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, BT, V. Band, Verlag v. Otto Liebmann, Berlín, 1905.
- Von LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, traducción al castellano de Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, 3. ed., Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1974.
- Von ROHLAND, Woldemar, *Die Gefahr im Strafrecht*, 2. Aufl., Druck v. c. Mattiesen, Dorpat, 1888.
- Von WANJECK, Ewald, "Ein Beitrag zur Lehre von der Brandstiftung und Überschwemmung nach heutigen deutschen Strafrecht", en GS 31, 1879.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, PG, traducción al castellano de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, II. ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

El fenómeno jurídico es en general ajeno a la idea de verificación empírica que rige en las ciencias naturales. En su dimensión de posibilidad cualificada, la probabilidad se erige como código fundamental al respecto. Su implicación ofrece matices diferentes en el triple ámbito que representa la determinación del derecho vigente, la determinación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes desde las perspectivas de la función promocional y la represiva, y la determinación de los hechos que se dan por jurídicamente ciertos, en que la probabilidad asume su vertiente específicamente lógica al referir las inferencias que pueden llevarse a cabo conforme a los medios de prueba disponibles.



Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Directora del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Directora durante ocho años del

Programa de Doctorado “La Decisión Jurídica: Hechos y Normas en la Argumentación del Derecho”.

Autora de cuatro monografías y numerosas publicaciones, artículos y trabajos de investigación publicados en revistas y libros colectivos de la especialidad.

Directora de cursos y seminarios en las Universidades en las que ha prestado sus servicios y en diversos centros nacionales y extranjeros.

Becaria de Formación de Personal Investigador del Ministerio de Educación y Ciencia. Becaria del Real Colegio Complutense en Harvard.

Ha realizado estancias largas de investigación en las Universidades de Harvard como Visiting Researcher, Hannover, Bolonia, Southampton, New York.

Investigadora Principal y miembro de varios proyectos de investigación

competitivos financiados por entidades públicas, y coordinadora científica y responsable académica de más de una veintena de contratos, convenios o proyectos de I+D+I no competitivos con Administraciones o entidades públicas o privadas.

Coordinadora de varios proyectos de innovación educativa aplicada al derecho. Coordinadora del Grupo de Investigación (GIR 261), La Decisión Judicial. Cuestiones migratorias. Derechos Humanos, nuevas tecnologías y Derecho, de la ULPGC. Coordinadora del Grupo de Innovación Educativa (GIE-25), Juristas ante el reto de la convergencia europea, de la ULPGC, que ha recibido en 2021 Mención de Excelencia.

Evaluadora y revisora de proyectos y artículos de I+D+I para diversas instituciones nacionales y extranjeras.

Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria desde el año judicial 1998/1999.

Tiene reconocidos tres sexenios de investigación y un sexenio de transferencia de conocimiento (CNEAI).

id 0000-0002-4397-4361

