

# Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal

DR. MIGUEL BUSTOS RUBIO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad Internacional de La Rioja

## RESUMEN

*El proceso de expansión del Derecho Penal en las últimas décadas ha sumido a los Códigos Penales en un reconocido proceso de administrativización de sus normas. Al albur de tal proceso se ha consolidado la protección de estados de seguridad y de bienes jurídicos colectivos, se ha tendido a la despersonalización, y se ha adelantado paulatinamente la barrera de intervención punitiva. Es precisamente respecto de esta última cuestión donde se encuentran dos figuras de interés cuyos aspectos esenciales, su interrelación y divergencias, analizamos en este trabajo: los delitos de peligro abstracto y los delitos acumulativos. ¿Puede un sujeto ser penalmente sancionado cuando lleva a cabo un comportamiento que el legislador presume como abstractamente peligroso, aún no existiendo, en el caso concreto, un efectivo riesgo para el interés jurídicopenalmente tutelado? ¿Puede el Estado responsabilizar penalmente al sujeto por la realización de comportamientos inocuos respecto del bien jurídico, apoyándose en la probabilidad de realización a futuro de ese mismo comportamiento por otros sujetos? ¿Las penas, en tales casos, devienen desproporcionadas? Estas y otras cuestiones son las que se analizan en esta investigación, centrando el foco de atención en la similitud y en las diferencias que, pensamos, existen entre los delitos de peligro abstracto y los injustos por acumulación.*

*Palabras clave: delitos de peligro, delitos de peligro abstracto, delitos acumulativos, expansión penal, Derecho Penal, Derecho Administrativo.*

## ABSTRACT

*In the last decades, the Criminal Law expansion's process has plunged the Penal Codes into a recognized process of administering their norms. The protection of secu-*

*rity states and collective interests has been consolidated; the tendency has been towards depersonalization; and the punitive intervention barrier has been gradually advanced. It is precisely in this last idea where two figures of interest are found, whose essential aspects, their interrelation and divergences, we analyze in this work: abstract danger crimes and cumulative harms. Can a subject be criminally punished when carries out a behavior that the legislator presumes to be abstractly dangerous, even if there is not an effective risk for the legally protected interest? Can the State hold the subject criminally responsible for carrying out innocuous behavior with respect to the interest protected, relying on the likelihood of future performance of that same behavior by other subjects? Do penalties, in such cases, become disproportionate? These and other questions are the ones analyzed in this investigation, focusing the attention on the similarity and differences that, in our opinion, exist between the abstract danger crimes and the cumulative harms.*

Key words: *danger crimes, abstract danger crimes, cumulative harms, criminal expansion, criminal law, administrative law.*

SUMARIO: I. La expansión del Derecho Penal actual: delitos de peligro abstracto y delitos por acumulación.–II. Definición, contenido y límites de los delitos de peligro abstracto.–III. Definición, contenido y límites de los delitos acumulativos.–IV. Tensiones de los delitos acumulativos con los principios garantistas del modelo de imputación penal personal.–V. Delitos de peligro abstracto y delitos acumulativos: coincidencias y divergencias.

## I. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL ACTUAL: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y DELITOS POR ACUMULACIÓN

Existe hoy un claro consenso (mayoritario cuanto menos) a la hora de afirmar que el Derecho Penal ha tendido a endurecerse y ampliar sus fronteras mucho más allá de lo inicialmente imaginado. Se habla así de la existencia de un *Derecho penal moderno*, de un *Derecho penal de la sociedad del riesgo*, o de una *administrativización del Derecho penal*, ya casi sin tapujos, lamentándonos del rumbo adoptado en las últimas décadas por nuestros legisladores, pero aceptando, implícitamente (aún de manera crítica), esta nueva realidad. Este Derecho penal que pudiéramos denominar *moderno* posee hoy una

serie de características que pueden ser sintetizadas del siguiente modo (1):

– Tiende a la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo, que a veces consiste, simplemente en la tutela de funciones desarrolladas por la Administración.

– Por la difuminación de las líneas que separaban al Derecho penal del administrativo sancionador, se produce lo que se ha venido a llamar *administrativización* del Derecho penal.

– Se amplía el recurso a leyes sectoriales muy técnicas y se prioriza el empleo de normas penales en blanco. A su vez, se tienden a disminuir las garantías procesales.

– Se produce una anticipación generalizada de la intervención penal, un excesivo adelanto de las barreras punitivas, consecuencia, primordialmente, de un agotamiento de exigencias preventivas.

Precisamente de esta última característica, la que se refiere al adelanto de la barrera de punibilidad y a la anticipación generalizada del empleo del Derecho penal, se deriva una utilización, cada vez más desenfadada, de técnicas como la de los delitos de peligro abstracto, o la del delito acumulativo (*kumulationsdelikte* o *kumulationstabes-tänden* en el sistema germano; *acumulative harms* en el sistema anglosajón).

Algunos autores han considerado que este género de delitos (los acumulativos) vendrían a conformar un subtipo o subespecie de los ya más que asentados delitos de *peligro abstracto* (*abstrakte gefähr-dungsdelikte*). Entiende así Mendoza Buergo que los delitos de acumulación suponen «un supuesto especial de tipos de peligro abstracto en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de delitos de peligro abstracto»; y añade la autora: «la particularidad estriba en que si habitualmente, según la interpretación mayoritaria, no se considera necesario en los delitos de peligro abstracto la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico, en el caso de los delitos acumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar a afectar al bien jurídico» (2).

(1) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 194.

(2) MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 61. Continúa la autora: «ello es así, no porque el autor u otro hayan tomado medidas de precaución para evi-

En este trabajo queremos centrarnos en realizar un análisis comparativo para comprobar si realmente esta premisa es cierta, es decir, si los denominados «delitos acumulativos» son por sí mismos «delitos de peligro abstracto» caracterizados por una fundamentación apoyada en la reiteración o acumulación de conductas a futuro, o si se trata de categorías distintas, aún compatibles entre sí. Para ello partiremos del estudio de la definición y características de (1) los injustos de peligro abstracto, y (2) los delitos acumulativos, así como de las principales críticas que se han producido contra los mismos, para realizar un *tertium comparationis* que nos permita arribar a conclusiones sólidas sobre esta cuestión.

## II. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Sobre los delitos de peligro, en general, y peligro abstracto, en particular, se ha pronunciado la doctrina desde antiguo (3). Ello, segu-

tar el peligro, sino por la nula carga lesiva de la acción aislada o, al menos, por la escasísima entidad de la peligrosidad que puede implicar, irrelevante en sí misma para el bien jurídico. Solo en consideración a la acumulación de múltiples acciones individuales repetidas puede apreciarse una afectación del bien jurídico protegido. Se plantea así respecto de algunas conductas, una desproporción entre el ataque o el menoscabo que pueden representar aisladamente para el bien tutelado y la entidad de éste, de modo que resulta necesaria la repetición en serie de la conducta para llegar a afectar realmente al bien jurídico protegido». Sobre la definición, *in extenso*, de este género de delitos, nos remitimos a nuestra obra: BUSTOS RUBIO, M.: *Delitos acumulativos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. En adelante, en este trabajo, profundizaremos algo más en esta categoría.

(3) Entre muchos otros, y por citar trabajos de mayor proximidad en el tiempo, *vid.*: RODRÍGUEZ MEDINA, M. M.: «Problemática de los delitos de peligro abstracto. Especial consideración de los delitos contra el medio ambiente», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 38, 2015, pp. 109 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, C.: «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», en *Revista Penal México*, n.º 4, 2013, pp. 107 y ss.; DONNA, E. A.: «La sociedad del riesgo y los delitos de peligro abstracto», en VV. AA.: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pp.863 y ss.; CRUZ BOTTINI, P.: «Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, 2007; FUENTES OSORIO, J. L.: «Formas de anticipación de la tutela penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, 2006; GÓMEZ TOMILLO, M.: «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», en *Revista de Derecho*, Vol. 6, n.º 6, 2005, pp. 11 y ss.; CEREZO MIR, J.: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2002, pp. 47 y ss.; MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración del injusto

ramente, ha propiciado que esta modalidad sea más extendida en su conocimiento (después comprobaremos si también lo ha sido en lo referente a su *empleo* en nuestro Código Penal) que la que hoy denominamos *delito acumulativo*. Pero precisamente en aras a delimitar ambas (objetivo prioritario de este trabajo, como advertimos), para conocer sus coincidencias y divergencias, se hace necesario, siquiera sea brevemente, apuntar una definición de lo que entendemos por delito de peligro abstracto, así como sus razones de ser o fundamentos en el seno del actual Derecho Penal.

Los delitos de peligro se consuman, como es sabido, sin necesidad de constatar una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico tutelado por el delito que se trate. Es la puesta en peligro de ese bien jurídico la que fundamenta el tipo de injusto, suponiendo pues, siempre y en todo caso, un adelanto de la barrera de intervención del *ius puniendi*, en términos preventivos, pues el legislador no espera para intervenir a ese menoscabo de bien jurídico, sancionando una conducta que considera peligrosa. Como también es sabido, en los delitos de peligro *concreto* se exige, ya desde el propio tipo penal, la creación de una situación de peligro concreto y real para un determinado bien jurídico (véase, por ejemplo, el delito de conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, del artículo 380.1 CP (4)). En estos delitos el peligro concreto forma parte del tipo, por lo que, en cada caso, será necesaria siempre su comprobación como elemento típico. Por su parte, los delitos de peligro *abstracto* abarcan conductas que de un modo presunto se consideran ya *abstractamente* peligrosas para un determinado interés jurídico-penal, sin necesidad de que el tipo exprese que la conducta deba generar un determinado peligro para ese o esos intereses (véase, como ejemplo, el artículo 379.1 CP (5), delito de conducción bajo la

---

(objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, pp. 39 y ss.; o La Misma: *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*

(4) «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y *pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas* será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años» [cursivas añadidas].

(5) «El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

influencia del alcohol o las drogas, donde la conducta ya se presume peligrosa *per se*). En definitiva, en este género de delitos se presume que la situación es peligrosa en sí misma, sin que sea por tanto necesaria la demostración de tal estado de peligro en cada caso concreto. Como expresa Gómez Pavón «en ellos, el legislador, partiendo de datos empíricos y estadísticos, incrimina la conducta, que se ha demostrado experimentalmente que en la mayoría de los casos resulta peligrosa, con independencia de que haya sido [así] en el caso concreto. El peligro es la *ratio essendi* del precepto, que no se halla incorporado al tipo legal; es la razón que ha movido al legislador para declarar punible la conducta» (6).

Siguiendo a Mendoza Buergo podemos encontrar dos grandes grupos de teorías fundamentadoras en los delitos de *peligro abstracto*: por un lado, la teoría del peligro abstracto o de la relevancia lesiva abstracta (presunción de peligro), y por otro, la teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general (peligrosidad como «motivo del legislador»). A pesar de las diferencias existentes entre una y otra, en realidad la conclusión a la que llegan ambas es similar, pues se apoya en una consideración *general* y no *particular* del hecho que se imputa al autor, por lo que es habitual encontrar fundamentaciones mixtas, que intercalan ingredientes de una y otra teoría (7).

La primera de estas tesis, la llamada *teoría de la presunción del peligro*, considerada prácticamente superada en Alemania (mantenida, si acaso, de forma minoritaria) y tradicionalmente predominante en España e Italia, defiende que a través de una presunción de carácter general establecida por el legislador, es posible afirmar que el comportamiento típico implica en todo caso un peligro. En ocasiones, y dependiendo del autor al que se acuda, tal presunción puede venir referida a la producción de un peligro a través de la realización de la acción típica, o por el contrario referirse exclusivamente a la peligrosidad de la propia acción típica. En su construcción original se trataría, además, de una presunción *iuris et de iure*, toda vez que no es posible hacer prueba en contrario de tal presunción cuando el legislador ha configurado así el tipo penal. Como explica Mendoza Buergo «esta teoría [...] parte de la necesidad de atribuir al hecho concreto una relevancia lesiva manifestada en la producción de un peligro o en la peligrosidad no meramente estadística de una conducta, de modo

---

(6) GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Ed. Bosch, 5.ª edic., Barcelona, 2015, pp. 115-116.

(7) Vid.: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 67.

que ante las dificultades de prueba que surgen en los procesos implicados se recurre a la presunción de que siempre que se dan unas condiciones mínimas descritas en el tipo correspondiente, se considera producido el peligro» (8). De esta forma, la explicación del porqué del castigo en estos supuestos no se apoya en una relación de frecuencia estadística entre dos sucesos, sino en la concurrencia en el supuesto de las condiciones que hacen que una conducta sea considerada peligrosa para el bien jurídico, de tal manera que *en todo caso* cuando se comprueba la concurrencia de tales condiciones se puede afirmar (*iuris et de iure*) la existencia de peligro. Esta teoría, por tanto, no acepta que en un caso particular pueda estar ausente la peligrosidad de la conducta o el peligro que ello supone para el bien jurídico que se trate, pues precisamente el tipo está describiendo las condiciones *necesarias* para que nazca tal peligro, sin exigir, en el caso concreto, la puesta en peligro efectiva de un determinado bien jurídico. En palabras de la autora «en los delitos de peligro abstracto la ley parte de que se produce siempre un peligro, sin tomar en cuenta si en el caso individual se da la presencia de las personas u objetos que puedan ser puestos en peligro» (9). Dado que el énfasis, en esta teoría, está puesto en la idea de *presunción*, no es de extrañar que varios autores prefieran la denominación de «peligro presunto» antes que «peligro abstracto», si bien la opción por una u otra denominación no implica aceptar de *lege ferenda* el establecimiento de presunciones en Derecho penal, sino que en todo caso se limita a explicar una realidad legislativa existente (10). En los últimos tiempos se ha observado un particular interés doctrinal en demostrar que esta presunción legislativa tiene carácter *iuris tantum*, y por tanto permite probar que, en un determinado caso particular, no existió peligro (con las dificultades que ello conlleva, toda vez que tengamos en cuenta que la formulación típica de estos delitos no alude a dicho peligro, siendo éste meramente una consideración tomada en cuenta por el legislador de turno). En esta línea (que compartimos) señala la autora últimamente citada lo siguiente: «la peligrosidad de la conducta se entiende, pues, elemento imprescindible del injusto y solo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, solo cabe adelantar la tutela penal de

---

(8) *Ibidem.*, p. 69.

(9) *Ibidem.*, p. 70.

(10) *Ibidem.*, p. 71.

forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta» (11). Resulta obvio, a nuestro juicio, que los delitos de peligro abstracto demostrarán una mejor adhesión y respeto por el principio de lesividad en sede penal si comprobamos que en el supuesto de hecho *realmente* se ha producido una afectación al bien jurídico que protege la norma, sin que tal afectación deba presumirse *iuris et de iure*. En todo caso, coincidimos plenamente con Mendoza Buergo cuando señala que, pese a que esta tesis pueda ser una posible interpretación del modo de operar en este modelo delictivo, en ningún caso constituye una fórmula que, *per se*, sirva de base para justificar la punición de los delitos de peligro abstracto.

En este sentido, verbigracia, se ha manifestado Luzón Peña en relación con el ejemplo del delito de conducción bajo los efectos del alcohol o sustancias psicotrópicas: no es posible establecer una presunción *iuris et de iure* de peligro en estas situaciones, pues de hacerlo se estaría menoscabando el principio de ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. En efecto, pueden acontecer casos en los que, a pesar de existir en el sujeto tasas de alcohol superiores a las permitidas, sin embargo no se ponga en peligro el bien jurídico tutelado (la seguridad del tráfico). Aunque los delitos de peligro abstracto, como lo es el que está siendo analizado, precisamente se caracterizan por eso, por la abstracción e inconcreción del peligro, entendemos, no obstante, que deberían suponer un *mínimo de peligrosidad real* de la conducta (12). El hecho de superar unas concretas tasas de alcohol bien puede acreditar que el sujeto se encontraba bajo la influencia de las mismas, como hace el tipo. Pero no puede suponer, sin más, que lo anterior de lugar en el caso concreto a una situación de peligro, aún siendo el tipo de peligro abstracto. Si esto no es así, y se entiende que en todo caso lo anterior presume *iuris et de iure* el peligro, pueden existir supuestos en los que se esté violando uno de los principios básicos de nuestro sistema penal: el principio de ofensividad, lesivi-

---

(11) MENDOZA BUERGO, *La configuración del injusto... cit.*, pp. 70-71. En el mismo sentido, cfr.: GIMBERNAT, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, p. 35

(12) LUZÓN PEÑA, D. M.: «Posibles reformas de los delitos de circulación», en De Vicente Martínez (dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, Ed. CGPJ, Navarra, 2007, p. 32.

dad, o exclusiva protección de bienes jurídicos. Como también alerta Muñoz Conde, a pesar de que del texto de la ley se infiere que la intención es sancionar a quien conduce superando las tasas permitidas, «si no queremos caer en lo absurdo de castigar conductas como la del beodo que a las tres de la madrugada circula por una playa desierta unos metros, habría que exigir un mínimo de peligro para los bienes jurídicos» (13).

Según alcanzamos a ver, además de tener en cuenta siempre el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho Penal (principio que, además, legitima la intervención punitiva del Estado), también habrá de acogerse, como criterio de solución ante estos casos, las categorías de «riesgo desaprobado» y de «riesgo permitido», dimanantes de la teoría de la imputación objetiva, que racionalmente ponderados y aplicados al supuesto concreto podrían conducir a la solución de que en estos casos la conducta finalmente debe ser declarada atípica. A nuestro parecer, los supuestos de riesgo permitido desplazan directamente la tipicidad de la conducta, no la antijuridicidad, como reclama algún sector (14). Y ello porque no debe caerse en el error de confundir los supuestos de «riesgo permitido» y los supuestos de «riesgo apoyado en el equilibrio de intereses»: el primero se mueve en el plano de la tipicidad mientras que el segundo es propio del estado de necesidad. Por tanto, en el primer caso se excluye el tipo; en el segundo, se desplaza la antijuridicidad de la conducta.

Desde la teoría de la imputación objetiva es perfectamente posible considerar que aquellos supuestos como el expuesto por Muñoz Conde y similares, en los que no puede decirse que acontezca un *real peligro* (abstracto) emanado de la conducta del sujeto, no suponen creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (15), pues no se ha superado el límite del riesgo permitido, en atención al bien jurídico protegido (16). Para que estas conductas resulten imputables al sujeto

---

(13) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición, Valencia, 2010, p. 705.

(14) Como señala LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, citando a Jakobs, «lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo». Vid.: LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal parte general*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 437.

(15) Vid. ampliamente: PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995; y VARGAS PINTO, T.: *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

(16) Resulta de aplicación la teoría del riesgo jurídicamente desaprobado y el riesgo permitido también en delitos de peligro, sin necesidad de resultado. Y ello

será necesario que las mismas puedan calificarse como un riesgo jurídicamente desaprobado. Y no está jurídicamente desaprobado el riesgo que todavía se mueve dentro de los límites de lo permitido (17). Clarificar, en cualquier caso, que no se trata de convertir estos delitos en delitos de peligro *concreto*, sino de exigir que el peligro *abstracto* sea *real*.

La segunda de las teorías construidas para fundamentar el delito de peligro abstracto recibe el nombre de *teoría del peligro general*, y entiende que la razón de ser de estos delitos estriba en que el legislador quiere prohibir aquellos tipos de comportamientos que, de un modo genérico, conducen a un menoscabo de un determinado bien jurídico, por lo que son desvalorados de manera general. El legislador parte aquí de la peligrosidad típica de cierta clase de conductas, formulando finalmente preceptos que solo van a describir el comportamiento desvalorado, sin incluir en ellos el carácter del «peligro» como resultado. En esta segunda teoría, la peligrosidad sería la *ratio legis* que conduce al legislador a incriminar aquellas acciones que, de modo general, típicamente, pueden lesionar bienes jurídicos. El comportamiento típico, según este entendimiento, no está prohibido porque *de hecho* venga a lesionar o a poner en efectivo peligro un bien jurídico, sino por pertenecer a una clase de comportamientos que *generalmente* (con una frecuencia relevante) tienen como consecuencia determinadas lesiones de bienes jurídicos (18). La peligrosidad aquí sería una característica de un grupo de acciones, no de la acción individual. La acción no se castiga por ser peligrosa, sino porque regularmente muestra propiedades típicas que la caracterizan como peligrosa *in genere*. De nuevo en palabras de Mendoza Buergo, «lo decisivo es la experiencia —que el legislador toma como base para la tipificación— acerca de la regularidad con la que determinadas acciones conllevan un peligro y no la configuración de tal máxima de experiencia» (19). Y añade la autora: «con esta fundamentación queda abierto el camino a la consideración, bastante extendida, de que al ser la peligrosidad general de la acción mero *motivo* del legislador para la tipificación, la tipicidad y

---

porque, más allá de cómo se califique el delito concreto que se trate, todo ilícito penal lo es porque ha de suponer una ofensa o ataque a un determinado bien jurídico (sea un delito de peligro o no). Es en relación con este principio de ofensividad con el que debe ponerse en conexión la teoría del riesgo permitido: no se ofende ni se pone en peligro un bien jurídico cuando nos encontramos ante supuestos de riesgo permitido (entre los que es posible encuadrar los casos que estamos analizando), por lo que no podrá afirmarse la tipicidad.

(17) LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Tratado... cit.*, p. 436.

(18) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...cit.*, p. 75.

(19) *Ibidem*, p. 77.

el propio injusto del hecho en el caso concreto van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que tal conducta no sea en absoluto peligrosa, pues se trata de tipos que no necesariamente en el caso individual, sino más bien como fenómeno en serie, o en masa (*'Massenerscheinung'*) significan peligro y por ello no pueden ser permitidos» (20). Debemos advertir que esta línea de fundamentación se aproxima, en mucho, a las características que conforman los delitos acumulativos, a los que de inmediato nos referiremos, pues se está aludiendo a la existencia de fenómenos en serie o en masa, que serían los que traerían como consecuencia un efectivo peligro (en el caso del delito acumulativo: la repetición, a futuro, del comportamiento por un cúmulo de personas), más allá de que la conducta individual pueda resultar o no ciertamente peligrosa para el bien jurídico que se pretenda proteger. En definitiva, esta segunda teoría pretende establecer una relación de implicación necesaria entre la consideración de la peligrosidad como simple razón de la incriminación de la conducta (que no se integra, por tanto, como elemento típico en la figura delictiva que se trate), y la afirmación de que por ello aquélla no debe ser nunca comprobada por el juez (21).

Expuestos (muy en síntesis) los postulados básicos de los delitos de peligro abstracto, a continuación nos detenemos a analizar el contenido y fundamento (en su caso) de los delitos acumulativos, que, como vimos *supra*, según ciertos sectores de la doctrina vendrían a ser una subespecie o subtipo de delitos de peligro abstracto.

### III. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DELITOS ACUMULATIVOS

Por razones de economía de espacio, en adelante nos referiremos someramente a la definición del delito acumulativo, sin adentrarnos en consideraciones de mayor calado, pues el objeto directo de la investigación es comparar esta modalidad de delito con los de peligro abstracto. Para un estudio en profundidad sobre la materia, nos remitimos expresamente a un trabajo anterior de nuestra autoría (22).

La figura de la acumulación, a diferencia de los delitos de peligro abstracto, nos presenta a un nuevo protagonista, el *actor colec-*

---

(20) *Idem.*

(21) *Ídem.*

(22) BUSTOS RUBIO, M.: *Delitos acumulativos, ob. cit.*

tivo (23), ya no meramente individual, pues se establece como potencial destructor de un bien jurídico valioso para la vida en sociedad a un conjunto de esa misma sociedad, o a la sociedad en su conjunto, lo que proyecta una responsabilidad colectiva o vicarial, en que se pretende atribuir la responsabilidad por los grandes riesgos globales reorientados a acciones que podríamos denominar «mínimas» (en principio), dado que tales daños de conjunto se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales (*per se* de dudosa capacidad lesiva) (24). Partimos, pues, de una idea básica: la tendencia a lo global, dejando a un lado la estricta lesividad individual a que nos tiene acostumbrado el Derecho penal tradicional (sea como injusto efectivamente lesivo o de peligro), sosteniéndose que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial más allá de la imputabilidad personal de un sujeto por su actuación individual.

Los partidarios de los delitos por acumulación sostienen que es posible (y admisible) tipificar comportamientos individuales que no pueden considerarse por sí mismos lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una *posibilidad*, más o menos amplia, pero siempre hipotética, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación (ahora sí) peligrosa para dicho bien jurídico. Se trata, en puridad, de un adelanto extremo de las barreras punitivas: se conmina al agente individual con una sanción penal que responde ya no solo a su actuación individual, por sí no lesiva ni efectivamente peligrosa respecto a un determinado bien jurídico, teniendo en cuenta la posibilidad futura (y en gran medida dependiente del azar: *Zufallsbeherrschung*) de que otras personas repitan dicha conducta, lo que (ahora sí) conduciría a una efectiva puesta en peligro o total destrucción de dicho bien jurídico protegido. O, como se preguntaba Feinberg, «*What if everybody did it?*», ¿qué pasaría si todos lo hicieran? (25). Ejemplo claro de esta situación sería el de los delitos medioambientales [vid., v. gr., art. 325, I CP (26)]. Haciéndonos con el ilustrativo ejemplo pro-

---

(23) TRUCCONE BORGOGNO, S.: «Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo», en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, noviembre de 2013, p. 62.

(24) ALCÁCER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002, p. 8.

(25) FEINBERG, J.: *Harm to others. The moral limits of the criminal law*, Vol. I, Ed. Oxford University Press, New York, 1987, pp. 225-226.

(26) «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emi-

puesto por Silva Sánchez, «los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales» (27). O como añade Ochoa Figueroa analizando el ejemplo anterior, «un solo vertido resultaría inocuo tanto para el medioambiente, como para la salud de las personas. Por lo tanto, es posible que no se llegue a producir el riesgo grave que el tipo del artículo 325 CP exige, solo llegando a ese nivel mediante la repetición de las acciones contaminadoras» (28). En igual sentido se pronuncia Hefendehl cuando apunta que «el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos [...]. Si desde una industria situada en la costa se arrojan un día determinado los vertidos generados al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo momento del vertido puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causar un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores, omisiones o catástrofes del presente» (29). Como fácilmente puede colegirse, el recurso al ejemplo del delito medioambiental es el más repetido en la

---

siones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

(27) SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Edisofer, 3.ª edición, Madrid, 2011, p. 141.

(28) OCHOA FIGUEROA, A.: *La tutela del agua mediante el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, pp. 75-76.

(29) HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Anales de Derecho; Universidad de Murcia*, n.º 19, 2001, p. 151.

doctrina a la hora de aproximarse al contenido de los delitos acumulativos. Sin embargo no es el único: también se configuran como acumulativos los delitos contra la Hacienda Pública [art. 305 CP. (30)], los delitos de fraude contra los presupuestos de la Unión Europea [art. 306 CP. (31)] y de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP. (32)), el delito de tráfico de drogas [art. 368 CP. (33)], el delito de blanqueo de capitales [art. 301 CP. (34)], o las diferentes modalidades de insolvencias punibles, si consideramos que lo realmente protegido es el correcto funcionamiento del sistema de crédito (35). Todos estos

---

(30) «El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

(31) «El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

(32) «El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo».

(33) «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al tripló del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos».

(34) Se castiga a quien «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos».

(35) *Vid.* artículos 259 y ss. CP.

delitos responden a la dinámica propia de la acumulación: la ejecución de uno solo de estos comportamientos resulta inocua para el bien jurídico supraindividual que pretende tutearse con la norma, más la repetición a futuro de dichos comportamientos por un conjunto de sujetos sí podría poner en peligro real tales intereses.

La figura de la acumulación es propia del Derecho penal de las sociedades postindustriales, y proviene de la idea, ampliamente asumida, de la posible lesividad global derivada de un cúmulo de conductas, o de acumulaciones o repeticiones, si bien este modo de proceder del legislador se ha desarrollado propiamente en el seno del Derecho administrativo (36). Es característica del ilícito acumulativo, por tanto, su natural acomodo en el seno del Derecho administrativo sancionador: como subraya Navarro Cardoso «en tanto en cuanto la conducta en sí misma considerada se entienda que no es susceptible de afectar de manera directa al contenido esencial de un derecho fundamental, debe proponerse su ubicación fuera del Derecho Penal; esto es, en el ámbito administrativo sancionador» (37).

Parece claro que entre el Derecho penal y el administrativo sancionador existen diferencias que no pueden obviarse (38). En este último sector de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible que la conducta individual de un sujeto no sea relevantemente perturbadora de un determinado bien jurídico, como tampoco es necesario, en tal ámbito, un análisis concreto de la *lesividad* del hecho específico en el caso particular; a ello hay que añadir que en esta rama de nuestro sistema es perfectamente posible que la sancio-

---

(36) SEELMAN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten», en ORSI/SEELMAN/SCHMID/STEINWORTH (hrsg.), *Gerechti-gkeit*, Frankfurt, 1993, pp. 109 y ss. Cfr. Igualmente: FERNÁNDEZ ILLANES, S.: «Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho internacional público», en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, n.º 2, 2010, pp. 17 y ss., señalando este autor cómo la idea de acumulación, extraña y de difícil encuadre en el Derecho penal tradicional, data de antiguo, sin problemas de peso, en el ámbito del Derecho internacional público.

(37) NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, p. 113. Posteriormente el autor ha explicado que uno de los posibles métodos que coadyuvarían en la delimitación entre «derecho penal» y «derecho administrativo» pasa por examinar si el riesgo a afrontar es coyuntural o estructural (de tal manera que el Derecho penal nunca podría enfrentarse a riesgos estructurales, sino solo a fenómenos coyunturales); cfr.: NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (edit.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014,

(38) De manera extensa y detallada, *vid.*: NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito... cit.*, pp. 13 y ss.

nabilidad de un hecho individual no se rija, exclusivamente, por criterios de legalidad en la persecución de un determinado ilícito, sino de manera más próxima a criterios de oportunidad, lo que no debería ocurrir en el Derecho penal. Como explica Silva Sánchez en referencia al ilícito administrativo, «lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado» (39). O, en palabras de Feijoo Sánchez, «se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistemáticos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente» (40). Esta dinámica, propia del administrativo sancionador, parece, como advertíamos al inicio en este mismo trabajo, haber superado los límites de aquél y haberse acomodado en el seno del Derecho penal, en aquello que se ha llamado *administrativización* de este último. Como ha sabido identificar magistralmente Silva Sánchez (41), «la modificación, de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales» es una de las más significativas expresiones de lo que el mismo autor denomina *expansión y administrativización* del Derecho penal contemporáneo. En efecto, hemos pasado de un modelo básico del delito de lesión de bienes individuales al modelo de delitos de peligro presunto para bienes jurídicos supraindividuales, con todas las escalas intermedias entre uno y otro. En palabras del autor, «esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de “intensidad baja”. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”».

Sentado lo anterior (y de nuevo sintéticamente) podemos concluir que el delito acumulativo es aquella conducta individual acompañada de sanción penal que, aún no poseyendo capacidad lesiva ni *per se*

(39) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión, cit.*, p. 138.

(40) FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 19, 2007, p. 130.

(41) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión, cit.*, pp. 132 y ss.

efectivamente peligrosa (real) respecto a un bien jurídico, se apoya en la *posibilidad* de que dicha conducta sea a su vez realizada, a futuro, por otros sujetos individuales, con lo que el conjunto de comportamientos, valorado en efecto sumativo, sí termina lesionando o menoscabando de forma efectiva el bien jurídico (42). Son, en definitiva, supuestos en que la conducta considerada desde una perspectiva meramente individual no muestra por sí misma un riesgo relevante (es *harmless*), mientras que, de otro lado, se admite que *general performance would be harmful*, con lo que la realización de ese mismo acto por un conjunto de sujetos no viene a constituir simplemente una hipótesis remota sino una realidad más o menos inminente (43).

#### IV. TENSIONES DE LOS DELITOS ACUMULATIVOS CON LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS DEL MODELO DE IMPUTACIÓN PENAL PERSONAL

Al momento de valorar el contenido de los delitos de peligro abstracto la doctrina se ha detenido a analizar las tensiones que presentan aquéllos con ciertos principios sustentadores del actual modelo penal de imputación personal heredado de la Ilustración. Obviamente, «cuanto mayor es el adelantamiento respecto a la efectiva lesión de un bien jurídico concreto, mayores problemas se presentan desde el punto de vista de los principios constitucionales que informan y configuran el Derecho penal, a la vez que se confronta al Juez con la difícil situación del eventual solapamiento con un ilícito administrativo» (44).

Los delitos acumulativos van a presentar, con mayor firmeza si cabe, semejante tensionamiento con tales principios. No en vano en esta última modalidad, y atendiendo a la formulación dada en el epígrafe anterior, estamos ante un verdadero *peligro del peligro*. Por ello, y porque en el caso de los delitos de peligro abstracto la cuestión ha sido ya muy estudiada y discutida, en adelante describimos los principales problemas que, a nuestro juicio, presentarían los injustos acumulativos con respecto a tales principios.

(42) KUHLEN, L.: «Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, n. 105, 1993, pp. 697 y ss.

(43) En estos términos: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 144.

(44) Así: DEMETRIO CRESPO, E.: «Tipicidad», en VV. AA., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ed. Experiencia, 3.ª edic., Barcelona, 2016, p. 214.

En primer lugar, queremos referirnos al principio de culpabilidad en Derecho Penal. Del mismo dimanar una serie de subprincipios o exigencias que no dejan de constituir férreas garantías de nuestro modelo de Estado (sintéticamente: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o imprudencia, y principio de culpabilidad en sentido estricto). De este principio se derivan restricciones tan importantes como la prohibición de la responsabilidad objetiva (45) o colectiva (46), la prohibición de sanción por el modo o conducción de vida (47), o la *prohibición de castigar a una persona por un hecho ajeno*. De esta última restricción, en concreto, es de la que se van a derivar dificultades con el delito acumulativo.

En efecto, el principio de personalidad de las penas impide sancionar a un sujeto por la comisión de hechos ajenos a él o por parte de terceras personas. De manera flagrante violaría este principio la tipificación de alguna conducta que hiciese responder penalmente a un sujeto que no hubiera intervenido en modo alguno en el hecho que se le imputa, pues la responsabilidad penal se circunscribe siempre al autor de un hecho delictivo y, en su caso, a los partícipes que contribuyen de manera accesoria (48). No es este el caso del injusto acumulativo: en este sí hay una contribución al hecho de parte del sujeto, por lo que existe una cierta intervención en el hecho que se le atribuye. Sin embargo, más allá de esa contribución individual, no puede olvidarse que según la estructura del delito acumulativo es determinante el efecto sumativo que se deriva de la ejecución, en el futuro, de la

---

(45) El principio *versari in re illicita*, de origen canónico, hacía responder al autor de un hecho delictivo por todos los resultados ulteriores que estuvieran conectados causalmente con el acto inicial, independientemente de si el sujeto los quería o no. Tras la reforma del Código Penal español de 1983 en estos delitos, conocidos como *delitos cualificados por el resultado*, se exige al menos que dicho resultado esté producido por imprudencia. *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coord.) / PÉREZ CEPEDA, A. I. / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Introducción al Derecho Penal (Tomo I)*, Ed. Iustel, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2015, p. 105.

(46) Antaño, por ejemplo, se permitía castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho individual cometido por uno de ellos. *Vid.*: MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 127.

(47) Lo que no deja de constituir aquello que se ha denominado *derecho penal de autor*. Del artículo 10 de nuestra Constitución se deriva la idea de que nadie puede ser castigado por su forma de ser o por la forma en que conduce su vida, sino que es preciso que se cometa algún hecho típico penado por la ley (derecho penal del hecho). *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 105.

(48) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, pp. 105-106.

misma conducta por parte de otros sujetos, y los peligros reales que de esa acumulación se producen, por lo que no puede negarse que el sujeto que contribuye con su actuación al «futuro –hipotético– efecto sumativo» está respondiendo, con la pena, además de por su propia contribución individual, por la actuación de terceras personas.

Esta situación innegablemente produce tensiones importantes con el principio de personalidad aducido, en tanto en cuanto, como hemos expuesto, esta exigencia impide responsabilizar penalmente a un sujeto por comportamientos delictivos ajenos (49). Del aludido principio de culpabilidad se deriva un claro presupuesto de la pena: que pueda «culpase» (o mejor: atribuirse responsabilidad penal) a quien la sufra, por el hecho concreto que la motiva (50). En el delito acumulativo, la razón última de la imposición de la sanción penal se identifica en el efecto acumulativo que se produciría (futurible) si todos lo hiciéramos, por lo que el sujeto, como sujeto culpable, se verá abocado a sufrir una pena no por el concreto hecho que debiera motivar su imposición (que sería exclusivamente el hecho individual del autor, o del partícipe), sino porque otros sujetos lleven a cabo el mismo hecho en un determinado *contexto*, de cuyo efecto sumativo o acumulativo sí se derivarían peligros reales e importantes para un determinado bien jurídico. Nótese el bárbaro adelanto de la intervención penal en estos casos: no se trata de una atribución *real* de responsabilidad penal por el hecho ajeno (como sí ocurre, por ejemplo, con el modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica, que hace responder a ésta por los delitos *cometidos* en su nombre o por cuenta de ellas): en el injusto acumulativo al sujeto individual se le atribuye *parte* de responsabilidad penal por hechos ajenos que resultan futuribles e hipotéticos. Solo puede imputarse como típica aquella conducta que represente la creación o el aumento de un riesgo *previsible* y jurídicamente desaprobado. Si el riesgo, en el caso concreto (por ejemplo, en conductas contra el medioambiente) se deriva propiamente del efecto acumulativo, y no de la acción individual de un sujeto, dicho riesgo no será *normalmente previsible* para cada uno de los agentes individuales que intervienen en el proceso acumulativo, entre otras cosas porque ese efecto peligroso derivado de contribuciones individuales dependerá, en la mayoría de los casos, de factores accidentales, futuribles e inciertos (verbigracia: cantidad de personas involucradas, dimensión cuantitativa y cualitativa de sus intervenciones individuales, etc.). Factores que, en fin, escapan a la previsibilidad de un hombre medio

(49) CARUSO FONTÁN, V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014, p. 206.

(50) MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, *cit.*, p. 125.

en el contexto que se trate. En definitiva: el concepto de imputación jurídico-penal de que parte la doctrina más actual, que conforma una teoría del sujeto penalmente responsable, no puede admitir que se le atribuya a un sujeto algo más allá de lo producido por su propia acción (51). Y eso es precisamente lo que acontece con el paradigma de la acumulación: asume una nueva orientación en la estructura de atribución de la responsabilidad penal, otorgando prioridad al poder causal de destrucción frente a la capacidad individual de previsión del agente en su obrar (52).

En segundo lugar, nos queremos centrar en tratar el principio de lesividad. Como es conocido, este principio implica que el Derecho penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o de peligro para un determinado bien jurídico. En un sentido negativo, con apoyo en este principio no estaría permitido elevar a la categoría de delito una mera desobediencia o infracción formal, ni intereses del funcionamiento del sistema que no incidan de algún modo en la vida en sociedad (53).

A pesar de las críticas que se han llevado a cabo contra este principio (54), así como de la discusión sobre su encuadramiento social o

(51) SILVA DÍAS, A.: «¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la “(in)capacidad de resonancia” del Derecho penal con la figura de la acumulación», en *ADPCP*, n.º 56, 2003, p. 465.

(52) ALCÁZER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *ADPCP*, Vol. LIV, 2001, p. 151. *Vid. tb.*: LÜBBE, W. (edit.): *Kausalität und Zurechnung: über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Ed. Walter de Gruyter, 1994.

(53) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 90.

(54) Así, por ejemplo, desde el funcionalismo sistémico de Luhmann. Recientemente Jakobs reduce la función del Derecho penal al simple restablecimiento de la vigencia de la norma, desde la teoría de la infracción del deber y la infidelidad del sujeto, o su insubordinación, al ordenamiento jurídico. Sin embargo, como bien ha expresado Gimbernat: «el Derecho penal pretende, naturalmente, confirmar la validez de la norma, pero esa confirmación de la validez de la norma como tal no nos dice nada sobre cuál es (o, al menos, debería ser) el contenido de ésta cuando de lo que se trata es de normas jurídico-penales: si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, es decir: algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado del Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)»; *vid.*: GIMBERNAT, E.: en, *prólogo a* Alcácer Guirao, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 12-13. Compartimos plenamente la reflexión de Gimbernat: la norma no es ni puede ser un fin en sí mismo, pues en el caso del Derecho penal son siempre un «mal necesario» al que acudir cuando no

constitucional (55), la mayoría de nuestra doctrina asume el mismo como base y fundamento de nuestro *ius puniendi*. Es cierto, sin embargo, que a la hora de decidir el legislador qué intereses pretende tutelar en el ámbito penal cuenta con cierto margen de libertad en virtud de la política criminal que considere más oportuna llevar a cabo (de ahí que en los últimos años la tendencia a la *expansión* del Derecho penal haya alumbrado nuevos tipos penales, o reconfigurado los ya existentes, dando a luz a bienes jurídicos de carácter colectivo o intereses difusos, que por otra parte, es donde va a tener su ámbito propio de operatividad el injusto acumulativo).

Del planteamiento anterior se deriva la idea de que la creación de un determinado tipo penal debe dirigirse siempre a lograr la tutela o intangibilidad de un bien jurídico, describiéndose en el tipo comportamientos que sean capaces de generar, al menos, un peligro para los mismos (56). Esto es lo que históricamente ha permitido destipificar de nuestros Códigos Penales los delitos de homosexualidad, adulterio o blasfemia, por ejemplo, o poner en tela de juicio los supuestos de tentativa irreal o de delitos de peligro configurados exclusivamente en torno a la desobediencia (v. gr., el delito de negativa al sometimiento a prueba alcoholimétrica).

Formalmente, podemos considerar que en los delitos acumulativos existe un bien jurídico que se pretende tutelar (véase, por ejemplo, el medioambiente, la salud pública, la función recaudatoria de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la institución del crédito o su buen funcionamiento...); bienes jurídicos dignos, susceptibles y necesitados de protección. Debemos precisar que a nuestro juicio no es negativo el recurso a la tutela de estos bienes jurídicos de carácter colectivo, siempre que tras los mismos subyazca una verdadera tutela o protección de intereses reconducibles a la esfera individual o ciudadana, o que al menos no caiga en un modelo de protección transpersonalista completamente desvinculado de los derechos de las personas. Sin embargo, la proximidad de estas conductas contempladas en el Código Penal y en la legislación administrativa hace que quede condicionado el *cómo* de la protección de tales intereses: en el ámbito del Derecho penal tal protección debe construirse siempre sobre la *lesivi-*

---

existe otro remedio menos lesivo, y cuando dicha protección resulta eficaz, necesaria y proporcionada.

(55) Vid. ampliamente: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 43, 1991, pp. 5 y ss. Siguiendo el pensamiento de este autor: CARUSO FONTÁN / PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 192 y ss.

(56) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 91.

*dad* del comportamiento (lesión o puesta en peligro), mientras que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, el criterio del interés jurídico, aún estando presente, no es esencial, pues su papel, aún pudiendo resultar efectivamente protegido, está subordinado a un elemento central, cual es la desobediencia a la ordenación sectorial que pretende hacer la Administración, basada en datos de índole muy variada (57). El Derecho penal, por tanto, puede y debe ser empleado para la tutela de bienes jurídicos de carácter colectivo, pero dicha utilización no puede tener un contenido que invierta el modelo social, acogiendo exigencias vinculadas a una concepción *transpersonalista*, y superando (cuando no conculcando frontalmente) los principios esenciales de nuestro Derecho penal (58).

Lo anterior, formalmente. Materialmente es más que discutible que los hechos contemplados en estos tipos penales sean aptos, por sí solos (esto es, de manera individual) para producir un daño u ofensa a tales intereses. Y todo hecho que no sea susceptible de lesionar o poner en peligro un bien jurídico no puede comulgar, sin tensionarse, con este principio de lesividad.

En el delito acumulativo los daños se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales de dudosa lesividad. El paradigma de la acumulación se apoya en la tipificación de comportamientos individuales que no pueden considerarse *per se* lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una posibilidad, más o menos amplia, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación que entonces sí resultaría peligrosa para dicho bien jurídico. Son supuestos en que la conducta considerada desde una perspectiva meramente individual no muestra por sí misma un riesgo relevante (es *harmless*) (59). Como ha expuesto Berdugo Gómez de la Torre, «aisladamente el potencial de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico de la conducta tipificada es mínimo o irrelevante, pero adquiere una gran lesividad si se acumulan a ella la realización de la misma conducta por otros miembros de la sociedad»; por lo tanto, en estos delitos, «la legitimación de la respuesta penal y su intensidad no se hace depender de la entidad de la conducta concreta sino de la agrega-

---

(57) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 221.

(58) *Idem.*, pp. 223-224.

(59) Sin embargo, sobre la distinción entre esta falta de capacidad lesiva (o peligrosa) y el criterio de la «insignificancia» en Derecho Penal, *vid.*: BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, cit., pp. 32 y ss.

ción a la misma de posibles daños producidos por comportamientos futuros de otras personas» (60).

Para Silva Sánchez, el criterio de la acumulación «es inadmisibile como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria terti*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor– peligro global» (61). O, en otros términos: realizados en una sola oportunidad estos comportamientos no afectan a ningún bien jurídico, pues carecen de todo poder ofensivo considerable (son *microlesiones*) (62).

Por último, los defensores de la estructura de la acumulación resultan deudores de algunas explicaciones cuando enfrentamos al injusto acumulativo con el principio de proporcionalidad. Fruto del aquél principio que se ha venido a llamar *proporcionalidad en sentido estricto*, el requerimiento de proporcionalidad de la pena opera fundamentalmente en la puesta en relación de la conducta típica (dimanantes del juicio de proporcionalidad en sentido amplio) con las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma. O, en palabras de Hassemer, el principio aludido se traduce en «la sanción equitativa y justa del delincuente» (63). Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de mecanismos menos lesivos para conseguir la protección buscada) de la conducta, es necesario constatar que la consecuencia jurídica que se deriva de la comisión del hecho delictivo resulte proporcionada a la gravedad del mismo (del ataque) (64).

Este principio puede operar en dos fases o momentos distintos: primero, en la fase de previsión y determinación legislativa de la pena; y segundo, en la fase de aplicación judicial. A nuestros efectos inte-

(60) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 222.

(61) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 139. En semejante sentido: SILVA DÍAS, *¿Y si todos lo hiciéramos?...*, cit., p. 457.

(62) RÍOS, L.: «Aproximación a los delitos acumulativos», en VV. AA., *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 45.

(63) Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 102.

(64) MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, cit., p. 121.

resa la primera de estas fases: aquella en la cual el legislador asigna una pena a un determinado hecho, requiriéndose una adecuación entre la gravedad de aquélla y la relevancia del ataque al bien jurídico protegido por la norma, lo que se resuelve con una valoración o ponderación de intereses, que debe encontrar apoyo en la escala de valores de contenido material recogida en nuestra Constitución. Esta exigencia de proporcionalidad evidentemente tiene relevancia en lo que se refiere a la eficacia preventiva de la norma, pues solo penas proporcionadas a la gravedad del delito estarán en condiciones de motivar a los ciudadanos a respetar la norma (65).

Como han identificado Caruso Fontán/Pedreira González, «parece posible convenir que la afirmación de que debe existir una proporción o correspondencia entre la entidad o gravedad del delito y la entidad o gravedad de la pena, aunque no es nada despreciable, resulta excesivamente genérica» (66). Por ello la doctrina ha centrado sus esfuerzos en dibujar de un modo más preciso los contornos de este principio de proporcionalidad de las penas; así, este se atiene a la importancia del bien jurídico en nuestro sistema (criterio fundamental de medición de esa proporcionalidad), el modo subjetivo del ataque (dolo o imprudencia), el grado de ejecución, las formas de participación delictiva y, en un plano muy destacable a los efectos de este trabajo, la gravedad del ataque o el grado de ofensa al bien jurídico protegido.

Muy directamente ligado con lo anterior se encuentra otro principio que ya hemos mencionado anteriormente y que vuelve a entrar en escena en este punto: el principio de culpabilidad. Del mismo se desprende una idea de función límite de las penas: en el caso de que la cantidad de la pena supere la medida de pena adecuada a la culpabilidad del autor, quebraría dicho principio. O lo que es lo mismo, la medida de la pena nunca podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor. El principio de culpabilidad se opone a que la pena vaya más allá del marco superior de la culpabilidad (67). Es obvio, pues, que excediéndonos de la proporcionalidad entre la gravedad del ataque y la medida de la pena a imponer, se puede conculcar también el

---

(65) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 103.

(66) CARUSO FONTÁN / PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 203.

(67) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 108.

principio de culpabilidad, que impide que la pena sobrepase la medida de la culpabilidad del autor (68).

Parece claro que en la dinámica de la acumulación se quiebra el principio de proporcionalidad de las penas y, consecuentemente, el principio de culpabilidad que exige un límite de la pena apoyado en la medida de la culpabilidad del autor. En el delito acumulativo, ante un hecho individual de carácter nimio o de desvalor tan reducido en relación con el bien jurídico que se pretende tutelar (como vimos) el legislador acompaña al hecho de penas que por lo general (basta con echar un vistazo a la regulación de los delitos que hemos indicado *supra* como ejemplo de ilícitos acumulativos en el Código Penal) serán privativas de libertad, y además muy elevadas; penas que no parecen a priori compatibles con la *entidad* del acto individual ejecutado. Si el peligro real para el interés jurídico se deriva del efecto sumativo y futuro derivado de la repetición de estos actos en sociedad, entonces nos encontramos con un sujeto que, pese a contribuir de manera individual a tal peligro, lo hace mediante la ejecución de un acto que por sí solo no es susceptible de poner en peligro ningún bien jurídico, y al que se le va a poder aplicar una pena a todas luces desproporcionada, por superarse la medida de la gravedad del ataque (principio de proporcionalidad en sentido estricto) y por superarse la medida de la culpabilidad del autor (principio de culpabilidad y límite de la pena) (69).

---

(68) Tradicionalmente se ha defendido que si la medida de la pena supera la culpabilidad del autor, entonces se está atentando contra la dignidad de éste, que devendría como mero instrumento a los fines preventivos de la pena. De ahí que ya ROXIN tomase un único aspecto de las teorías retribucionistas de la pena, en su teoría dialéctica de la unión: el límite según el cual la pena no puede nunca sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor. Como puede leerse a este autor «a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada [...] la mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre, de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena». *Vid.: ROXIN, C.: Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Thomsom Civitas, Madrid, 2003, pp. 99-100.

(69) En este sentido, *vid.: Ríos, Aproximación a los delitos acumulativos, cit.*, pp. 51-52.

## V. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y DELITOS ACUMULATIVOS: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS

Como expusimos en el epígrafe anterior, aún haciéndose patente la confrontación de los principios aludidos con la dinámica propia de los delitos acumulativos, también aquéllos tensionan (o pueden llegar a hacerlo) con la estructura de los delitos de peligro. Es esta la mayor de sus semejanzas, junto a su estructura (sobre todo si apoyamos el fundamento de estos injustos penales en la *presunción*, como ya adujimos supra).

La coincidencia principal deviene del hecho de que en los delitos de peligro abstracto (tanto desde el prisma de la teoría de la presunción del peligro, como desde el entendimiento de que es la *clase* de acción lo peligroso) la fundamentación del castigo de una conducta *individual* es muy diferente a la que tradicionalmente se emplea para explicar la razón de ser de los delitos de lesión (o de peligro concreto): en estos últimos no es necesario, en ningún caso, apelar a presunciones ni generalidades para explicar la punición del comportamiento individual, ni para fundamentar el contenido material del injusto. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto «la idea del peligro como motivo del legislador para incriminar ciertos comportamientos puede explicar la razón por la que una determinada clase de conductas, al estar estadísticamente relacionada con ciertos acontecimientos dañosos, resulta indeseable, pero no ofrece una explicación plausible sobre el *contenido de injusto* del *concreto comportamiento* del autor» (70). Exactamente igual que ocurre en los denominados «delitos acumulativos».

Obviamente los delitos de peligro abstracto van a suponer una fricción cuando no una completa confrontación con el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, pues el alejamiento de la lesión real de tal interés jurídico, o mejor, de su concreto peligro (al menos el tipo, como vimos, no lo exige), hace que podamos encontrarnos en situaciones en las que el bien jurídico no se va a ver puesto en peligro *real o efectivo*, aproximando la figura a las meras desobediencias o infracción de deberes, y consecuentemente alejando a esta figura del principio de lesividad aludido. De ahí que nos adhiriésemos expresamente a aquellas posturas que, en los últimos tiempos, vienen a considerar que la presunción del peligro en los delitos de peligro abstracto debe ser *iuris tantum*. No es menos cierto

---

(70) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 80.

que, como expresa Mendoza Buergo, «por hipótesis son imaginables supuestos en los que la *acción formalmente típica*, sin embargo, no sea una acción individualmente peligrosa, aunque pertenezca a una *clase* de acciones que, según una máxima de experiencia, son peligrosas en el sentido de que frecuentemente van seguidas de lesiones a bienes jurídicamente protegidos» (71). Lo anterior, en el caso de los delitos acumulativos, no es meramente una hipótesis: la acción *formalmente* típica en estos injustos no es nunca *per se* una acción individualmente peligrosa (en su caso, solo la reiteración a futuro de la misma puede generar un daño o peligro de lesión para un bien jurídico). Por lo tanto, se trata de un primer problema que no es solo compartido entre los delitos de peligro abstracto y los acumulativos, sino que, incluso, en el caso de estos últimos, es siempre ciertamente constatable la inexistencia de un peligro o lesión derivado de una acción individual (mientras que en aquellos primeros puede o no acontecer un peligro real). En cualquier caso, y siguiendo a la autora citada, esta pretendida fundamentación de la dañosidad general «ha llevado a un *descrédito* de estos delitos, en la medida en que las afirmaciones sobre una *peligrosidad general no permiten ninguna conclusión* –aplicable también con carácter general– *sobre la concreta peligrosidad de una determinada conducta* y, de hecho en muchos casos, la puesta en práctica de comportamientos incluidos en delitos de peligro abstracto resultan, en concreto, no peligrosos» (72) (en el caso de los acumulativos, más que «en muchos casos», en todos). Comparten, pues, los delitos acumulativos y la técnica del peligro abstracto, un primer y esencial problema (ya incluso de legitimidad): el de considerar típicos y antijurídicos ciertos comportamientos que no conllevan (o pueden no conllevar) peligrosidad real alguna para el bien jurídico que se pretende salvaguardar, lo que resulta evidente tanto desde el punto de vista del propio autor del hecho, como desde la óptica de la esfera del profano. La aplicación de la sanción penal, en ambos casos, deriva de la realización de una determinada acción que pertenece a una clase de acciones que general o normalmente (en el caso de los delitos de peligro abstracto), o bien reiteradas por otros sujetos en el futuro (en el caso de los delitos acumulativos), pueden resultar peligrosas o lesivas de un bien jurídico. Pero, como sabemos, «la imputación personal de injustos específicamente penales requiere [...] algo más que fundamentaciones basadas en generalizaciones y en relaciones estadísticas entre dos clases de acontecimientos, no necesariamente aplicables al comportamiento individual; requiere que el

---

(71) *Ibidem.*, pp. 80-81.

(72) *Ibidem.*, p. 81.

*contenido de injusto* propio del hecho realizado por el autor sea claro en cada caso concreto y, bajo este aspecto, lo sea también la *culpabilidad* por la comisión de ese injusto y, con ello, el *fundamento* de la *imposición* al autor de una *pena criminal*» (73).

Desde el primer momento en que surge la categoría de delitos de peligro abstracto en Alemania, la polémica giró en torno a la discusión sobre si la punición de este tipo de comportamientos (individualmente *no necesariamente peligrosos*) resultaba compatible, o por el contrario vulneraba, el principio de culpabilidad. Así pues, la doctrina se detuvo a discutir en profundidad si era posible, y en su caso cómo, hacer compatible en castigo de tales acciones con el principio de culpabilidad, legitimante y sostenedor del Derecho penal actual, ya desde el propio contenido material del injusto (74). Con lo anterior, además, se venía a infringir el principio de responsabilidad subjetiva en Derecho penal: «la imputación subjetiva de un hecho cuya peligrosidad no se constata en el caso concreto, sino que se da por supuesta a través de una presunción o de la existencia de una regla general de experiencia, viola el principio de culpabilidad entendido en el sentido de que solo puede hacerse responsable al autor de un injusto realizado de manera culpable» (75).

En definitiva, y siguiendo con palabras de Mendoza Buergo, «la cuestión finalmente implicada en las objeciones dogmáticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto es la referida a su posible conciliación con un Derecho Penal cuya función es la protección de bienes jurídicos y, por tanto, de represión de comportamientos que evidencien su lesividad para aquellos» (76). Y es esta una cuestión compartida, como hemos podido comprobar, entre los delitos de peligro abstracto y los delitos por acumulación.

En cuanto al principio de proporcionalidad, puede que también se produzcan ciertas tensiones en la estructura típica de los delitos de peligro abstracto, aunque lo más acertado en este punto seguramente sea analizar cada figura particular para valorar esa extralimitación (o no), lo que por razones ya aludidas de economía de espacio nos hace exhortar al lector a un contraste de la regulación, en el Código Penal, de los delitos de peligro abstracto con especial observancia de sus penalidades.

---

(73) *Ibidem.*, pp. 83-84.

(74) *Vid.* ampliamente: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*, p. 86.

(75) *Ibidem.*, p. 87.

(76) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*, p. 88.

Quizá la mayor de las diferencias entre los delitos de peligro abstracto y los acumulativos estriba en el principio de personalidad, derivado del principio de culpabilidad, pues como vimos, en los delitos de peligro abstracto se reprocha al sujeto por su propia actuación o contribución *peligrosa* individual, mientras que en los delitos acumulativos, la contribución individual era insuficiente, por sí misma, para ocasionar un auténtico peligro para el bien jurídico tutelado, y la razón de la incriminación provenía del posible o hipotético efecto sumativo o acumulativo de *otras conductas* de terceros (que en nada influyen en el supuesto del delito de peligro abstracto). Pero, pensamos, hay otras diferencias añadidas que no pueden pasarse por alto a la hora de delimitar los delitos de peligro abstracto de los acumulativos.

Como vimos, algunos autores han considerado a los delitos acumulativos como una *subespecie* o *supuesto especial* de delitos de peligro abstracto, con la particularidad de que en aquéllos primeros la acción individualmente considerada no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se considera motivo de punición en estos últimos. O, como aducía Mendoza Buergo, en los delitos por acumulación «la particularidad estriba en que si habitualmente, según la interpretación mayoritaria, no se considera necesario en los delitos de peligro abstracto la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico, en el caso de los delitos acumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar a afectar al bien jurídico» (77).

Nuestra interpretación difiere de la de la autora: delito de peligro abstracto y delito acumulativo no son lo mismo, ni éste último es, por tanto, un subtipo de aquellos primeros. A nuestro modo de ver, el delito acumulativo debe ser entendido como un concepto eminentemente *dogmático* y no como un *instrumento de técnica legislativa*. Esta característica, más que constituir un elemento caracterizador del ilícito acumulativo, es un mero dato o apunte previo al contenido de aquél, pero sumamente necesario para entender su dinámica y su ámbito de operatividad dentro del Derecho penal [que puede resultar-nos de utilidad crítica, sin que, por supuesto, venga a legitimar el empleo de estos ilícitos en nuestro Código Penal (78)]. En efecto, el delito acumulativo no es un tipo penal incriminatorio expreso, como tampoco es resultado de aplicar una regla específica de la Parte General del Código Penal a un tipo de la Parte Especial, que amplíe la tipicidad o la penalidad de éste, sino que, por el contrario, remite a la

---

(77) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 61.

(78) En este sentido, *vid.*: BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, cit., pp. 45 y ss.

calificación de ciertos comportamientos como típicos y punibles. En definitiva, la figura de la acumulación es un concepto de carácter y creación dogmática, de corte y configuración políticocriminal (*ex ante* a la tipificación del hecho), que puede servirnos para proceder a la interpretación de determinados tipos penales y, consecuentemente, para afirmar la imputación de un determinado comportamiento (79). Se trata, en puridad, de una categoría dogmática al servicio de la comprensión e interpretación (crítica) de la dinámica delictiva en determinados sectores de la vida en sociedad.

Silva Días ha querido ver la similitud del delito acumulativo con el concepto, más familiar aunque todavía difuso, de adecuación social (80) en Derecho Penal. Para este autor, el uso de la técnica de la acumulación «se asemeja al de la adecuación social y se aparta de nociones como la de peligro concreto –que es también y sobre todo una técnica legislativa– o la comisión por omisión –que es una regla de imputación presente en la Parte General del Código Penal–» (81).

No estando, por tanto, ante una técnica legislativa más, a nuestro juicio entonces puede extraerse una conclusión clara: la figura de la acumulación va a poder resultar, *a priori*, perfectamente compatible con el empleo de cualquier técnica legislativa que se precie (y que se encuentre hoy construida y fundamentada en nuestro sistema de Derecho penal); o, a la inversa, cualquier técnica legislativa que se adecue a los caracteres de la acumulación podrá ser utilizada para legislar sobre la base de este paradigma. Con ello estamos queriendo decir que, en principio y, reiteramos, siempre que no aparezcan obstáculos dados los caracteres propios de la figura del injusto por acumulación, será perfectamente posible que

---

(79) Ríos, *Aproximación a los delitos acumulativos*, cit., p. 50: «el diagnóstico y la crítica acerca de los delitos acumulativos se encuentran aún preservadas en el ámbito político-criminal o de criminalización [...] siendo necesario trasladar o descender la discusión a los plano analíticos de las estructuras de antijuricidad y sancionabilidad».

(80) Concepto aparecido, como categoría del sistema del hecho punible, por primera vez en WELZEL, H.: «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW*, n. 58, 1939, pp. 491 y ss.

(81) SILVA DÍAS, *¿Y si todos lo hiciéramos?... cit.*, p. 435. Añade el autor «del mismo modo que la (in) adecuación social, la figura de la acumulación se conforma a partir de la concepción existente en la comunidad jurídica acerca de los límites de la tipicidad y, por extensión, de la imputación jurídico-penal. En ambos casos se plantea la misma cuestión de fondo: hasta dónde está permitido llegar en la atribución de responsabilidad penal. En el primer caso, se trata de saber si un comportamiento es poseedor de significado social, en cuanto aparece como lesivo de un determinado bien jurídico; en el segundo caso, la cuestión a decidir es si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva, o sea, si pueden constituir un tipo de injustos los comportamientos cuya relevancia se asienta en una lógica de masas, en el hecho de ser practicados por un gran número de individuos».

un delito acumulativo sea calificado, a su vez, como delito de peligro abstracto, pero en ningún caso serán idéntica cosa. En tales supuestos nos encontraremos ante un comportamiento tipificado por el legislador como delito de peligro abstracto mediante esa técnica legislativa, pero a su vez dogmáticamente clasificado como delito acumulativo, si es que efectivamente en ese caso concreto nos encontramos ante el paradigma de la acumulación y su dinámica propia, y si el fundamento de tal figura delictiva proviene de la acumulación (82).

Ciertos sectores de la doctrina, aun reconociendo la proximidad entre el injusto acumulativo y los delitos de peligro abstracto (e incluso las críticas que ambas instituciones compartirían desde la óptica del actual modelo de imputación penal personal), consideran que el delito acumulativo no permite siquiera hablar de *peligro abstracto*, tal y como lo conocemos en Derecho penal, sino en su caso de un peligro que denominaban *global, estadístico o presunto* (83). Obviamente, parece claro que cuando hablamos de delito acumulativo hablamos de *algo más* que del tradicional delito de peligro abstracto: si las coincidencias entre una y otra institución fueran absolutas, no tendría sentido indagar en la problemática de aquéllos y en su posible fundamento, bastando con extrapolar mecánicamente la justificación de los delitos de peligro abstracto a estos últimos. Sin embargo, como hemos comprobado, las coincidencias son elevadas, como lo es la problemática que plantean ambas figuras cara al principio de lesividad u ofensividad y, en general, con el sistema de imputación penal. Ese «algo más» implicaría que un tipo acumulativo no exige, al contrario que el delito de peligro abstracto, que la acción individual conlleve una puesta en peligro, sino solamente que ésta pertenezca a una clase de acciones que, cuando se realizan un número muy elevado de ocasiones (por sujetos indeterminados), puede dar lugar a una efectiva puesta en peligro, de manera que incluso tal aportación individual ni siquiera es abstractamente peligrosa (84).

---

(82) En contra, considerando que los delitos por acumulación pueden constituir auténticas *técnicas de tipificación*, cfr.: RÍOS, *Aproximación a los delitos acumulativos*, cit., p. 45. En sentido similar, puede leerse a FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del derecho penal...*, cit., p. 132: «los denominados delitos cumulativos o por acumulación o, con la terminología que prefiero, la tipificación de daños acumulativos es una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supra individuales que debe pertenecer en exclusiva al Derecho administrativo, pero que resulta ilegítima en el Derecho penal en la medida en la que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas [...]».

(83) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 139.

(84) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 62.

Pero, como hemos dicho, cuando hablamos de «delitos acumulativos» no estamos hablando de una técnica legislativa más, sumativa, por ejemplo, a la técnica de los delitos de peligro. No es, por tanto, una técnica legal de tipificación, sino una concepción o construcción dogmática (que, por supuesto, tiene utilidad a la hora de comprender el sentido y fundamento de ciertas figuras delictivas). De ahí que hayamos concluido que la figura de la acumulación puede resultar *a priori* perfectamente compatible con el empleo de cualquier técnica legislativa que se precie. Desde la perspectiva anterior estamos en disposición de afirmar que la institución de la acumulación, en Derecho penal, no se sitúa tanto en el nivel del tipo (ya configurado), sino más bien en el nivel de la criminalización (*ex ante*), imbricada con las más variadas decisiones políticocriminales del legislador (85).

Siendo en principio compatible el delito acumulativo con cualquier técnica legislativa hemos de confirmar, no obstante, que un mero vistazo a los que hemos considerado como ilícitos penales acumulativos en nuestro Código Penal permite concluir que los mismos se han configurado en todo caso como *delitos de peligro abstracto* (al menos desde nuestra propia concepción), lo que no resulta de ningún modo extraño si tenemos en cuenta la proximidad y las semejanzas existentes entre uno y otros, como dijimos. Así ocurre, por ejemplo, con el fraude a la Hacienda Pública, la Seguridad Social y los presupuestos de la Unión Europea (86), el delito contra el medioambiente, el delito de tráfico de drogas, el delito de blanqueo de capitales (87), o los delitos de insolvencias punibles (88). Por lo tanto, mediante un silogismo básico (y partiendo siempre de los ejemplos expuestos por nosotros) podemos concluir que *todo delito acumulativo constituye un delito de peligro abstracto*, si bien hay que especificar que no todo delito de

---

(85) Ríos, *Aproximación a los delitos acumulativos*, cit. p. 57: «el “riesgo de sumación” como criterio de peligrosidad adicional debe ser demostrado estricta y acabadamente en el momento legisferante [...] la idea de acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino solo en el nivel de la criminalización».

(86) A nuestro juicio se trata de delitos de peligro abstracto, y no de lesión, porque para afirmar el tipo basta con la puesta en peligro del correcto funcionamiento del sistema recaudatorio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en ambos casos.

(87) Al menos en el primer párrafo, que a nuestro juicio constituye un tipo de mera actividad y de peligro abstracto, pues el núcleo de la conducta típica consiste en llevar a cabo actividades que puedan ocasionar o producir la introducción en el mercado de bienes procedentes de la comisión de un delito, sin ser preciso que esto se logre.

(88) Lo cierto es que un solo delito, por sí solo, no es susceptible de lesionar la institución del crédito o su correcto y normal funcionamiento (a nuestro juicio, bien jurídico tutelado en este delito).

peligro abstracto tiene que verse apoyado por fuerza en la dinámica propia de la acumulación.

Ejemplo claro (a nuestro juicio) de esta última idea lo sería el ya aludido delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas u otras sustancias estupefacientes. El artículo 379,2 CP. castiga al que «condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro». Estos límites establecidos por el legislador, que suponen la barrera entre la sanción administrativa y la penal, tienen pleno sentido desde perspectivas estadísticas en aras a la ordenación de un sector concreto: el correcto y seguro tráfico viario.

Para Silva Sánchez el delito de conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas sería un nuevo ejemplo de delito acumulativo, pues «una mayoría de personas representa un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol». El autor, avalando esta posibilidad en el plano administrativo («en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación –reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera– puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa»), entiende sin embargo que este criterio no debería ser, por sí solo, operativo en Derecho penal, pues en este no interesa el aspecto estadístico, sino si el sujeto puso en peligro un determinado bien jurídico o no (89). A juicio del autor, en el citado precepto el legislador realiza una presunción *iuris et de iure* basada en datos estadísticos que le permiten establecer un límite cuantitativo que, superado, conduce a la sanción penal. ¿Hasta qué punto una conducción superando estos límites de alcohol en aire espirado o en sangre es susceptible de poner en serio peligro la seguridad del tráfico? ¿Qué pasaría si todos lo hiciéramos? Lo realmente importante, a juicio de Silva Sánchez, sería aquí el peligroso efecto sumativo de proceder a la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor superando ciertas tasas de alcohol (o drogas) (90).

(89) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 140.

(90) Cabe advertir que, sin embargo, la razón del establecimiento de este concreto tipo penal puede variar. Así por ejemplo, Roxin entiende que «aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (...) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivogenerales (didácticas), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas»; *vid.*: ROXIN, C.: *Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del*

Por nuestra parte, y por el contrario, consideramos que el delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas, aun constituyendo un *delito de peligro abstracto*, no se apoya en la dinámica de la *acumulación*: la conducción de vehículos a motor o ciclomotor en tales circunstancias da lugar a un concreto tipo de conducción peligrosa, que de por sí ya genera un atentado (a modo de peligro abstracto) contra el bien jurídico *seguridad del tráfico*, sin que la razón (ni el verdadero peligro) deriven de una futura e hipotética conducción de terceros en semejantes circunstancias (91). Como alerta Hefendehl: «decidan ustedes mismos si estamos ante casos tan semejantes cuando hablamos de conducir bebidos sin provocar ninguna situación crítica, o de verter el aceite usado de nuestro coche en el lecho de un río [...]» (92). Indudablemente, a nuestro juicio, uno y otro ejemplo, aun constituyendo delitos de peligro abstracto, no responden por igual a la idea de «acumulación», como aducimos. Conducir bajo la influencia del alcohol o de las drogas constituye generalmente un aumento del riesgo; como ha señalado Gómez Pavón «la probabilidad de un resultado dañoso es mayor, ya que [...] el sujeto que conduce en tales circunstancias tiene aminoradas o alteradas una serie de aptitudes necesarias para realizarlo con seguridad» (93). Pero la conducta de conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas resulta ya *per se* abstractamente peligrosa para la seguridad del tráfico, sin que sea precisa una repetición o acumulación futura para afirmar esa peligrosidad intrínseca a tal comportamiento. Por lo tanto, como vemos, nos encontramos aquí con un delito de peligro abstracto que no puede por sí mismo ser calificado como delito acumulativo.

---

*Delito*, Ed. Thomsom Civitas, Madrid, 2003, p. 410. Sobre la peligrosidad de mantener razones preventivas para explicar la criminalización de ciertas conductas, sin respeto por los principios básicos del Derecho penal, ya se ha pronunciado ampliamente la doctrina. En este sentido Gómez Pavón, al hilo del delito en examen, señala lo siguiente: «posiblemente la denominada sociedad de riesgo obligue de una u otra forma a la adopción de determinadas medidas legislativas, pero ello no debería significar el abandono de principios básicos y sobretodo limitadores del *ius puniendi*, y sin que ello lleve al abandono de la prevención de estos hechos que posiblemente pueda conseguirse, al menos en algunos supuestos, por medios alternativos menos gravosos e igual de eficaces»; *vid.*: GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, *cit.*, p. 11.

(91) Y ello sin olvidar, como defedimos *supra*, la posibilidad real de que en ciertos supuestos la conducta se lleve a cabo por el sujeto activo sin suponer una puesta en peligro real del bien jurídico tutelado ni, en definitiva, un aumento o creación de riesgo prohibido, lo que nos hizo compartir, como expusimos, la visión de aquellos sectores que consideran *iuris tantum* la presunción legislativa del peligro.

(92) HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...*, *cit.*, p. 152.

(93) GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, *cit.*, p. 103.

El hecho de que un delito de peligro abstracto pueda apoyarse (o no) en la idea de acumulación no es en modo alguno incompatible si recordamos que son cosas distintas: lo uno es una construcción dogmática (o, si se quiere, una categoría dogmática) apoyada en un razonamiento concreto, y lo otro es una auténtica técnica legislativa. No se trata tanto, como parece extraerse del pensamiento de Mendoza Buergo, de que el delito acumulativo sea un tipo o una clase de delito de peligro abstracto. Se trata más bien de que dentro de los tradicionalmente conocidos como delitos de peligro abstracto la *ratio* de la tipificación o criminalización de la conducta peligrosa puede provenir de la razón de la acumulación (explicada por nosotros páginas atrás), lo que ya de por sí hace variar el fundamento y la razón de ser de estos últimos. En el mismo sentido que nosotros, Hefendehl insiste en que en los verdaderos delitos acumulativos no existe meramente un peligro abstracto, sino que hay (de nuevo se alude a ello) «algo más»; en concreto, alude el autor a la idea de la acumulación (94), y al planteamiento de que aquéllos serán siempre delitos en los que la sucesión de acciones de sujetos diversos es la que verdaderamente permite hablar de un *peligro*. Y esto, como señalamos, puede ocurrir en algunos delitos de peligro abstracto, y no en otros. En todo caso, lo que puede concluirse es que todo delito acumulativo será delito de peligro abstracto en lo que a la concreta técnica de tipificación se refiere (más no al revés, como explicamos). Por esta razón, seguramente, son coincidentes muchos de los problemas que presentan ambas categorías: porque la técnica legislativa o de tipificación que más se adapta a la estructura y características del ilícito acumulativo es la del delito de peligro abstracto. Pero entonces habrá de reconocerse que dicho delito de peligro abstracto no muta en su naturaleza, aún viniendo a ser, a su vez, un delito acumulativo, al responder el fundamento de su tipificación a la dinámica de la acumulación.

---

(94) HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...*, cit., p. 156. Para este autor, la clave determinante para conocer cuándo hay «algo más» en un delito de peligro abstracto pasa por analizar cada tipo penal, caso por caso, siempre que se trate de delitos contra bienes jurídicos colectivos: «se hace necesaria en todos los casos una explicación clara acerca de cómo acción típica y bien jurídico se conectan o relacionan».