

# **FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS**

**TRABAJO DE DIPLOMA EN OPCIÓN DEL  
TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO**

**TÍTULO: “Aproximación a la intervención  
punitiva adelantada en el Código Penal  
vigente.”**

**NOMBRE: Rosabel Francisca Medina  
Sarmiento**

**TUTOR: Manuel Alberto Leyva Estupiñán**

**Holguín**

**Curso 2015-2016**

Cap.	ÍNDICE GENERAL	Pág.
	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>8</b>
<b>I</b>	<b>CAPITULO I. GENERALIDADES</b>	<b>13</b>
1.1	Antecedentes históricos de la intervención punitiva adelantada.	13
1.2	Principios vs Expansión.	21
1.3	Derecho Penal de Riesgo y adelanto de la tutela penal.	31
<b>II</b>	<b>CAPITULO II. Intervención punitiva adelantada en la Ley 62/87</b>	<b>46</b>
2.1	Antecedentes legislativos de la antelación de la tutela penal.	46
2.2	Técnicas de intervención punitiva adelantada presentes en la Ley 62/87.	54
2.2.1	Consecuencias de la anticipación de la tutela penal en el Código Penal vigente.	69
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>76</b>
	<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>78</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>79</b>
	<b>ANEXOS</b>	<b>82</b>

***“El poder punitivo puede resolver muy pocas cosas, no sé si puede alguna cosa. Tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más.”***

***Eugenio Raúl Zaffaroni***

***“El legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo y ha creado diferentes amenazas penales (...). Pero para que el Derecho Penal siga manteniendo una posición social importante, debe mantener en su avance firme y claro las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica. Es nuestro deber detectar estos errores político-criminales y señalarlos claramente. Nuestra crítica no sea quizá escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas.”***

***Roland Hefendehl***

## **Dedicatoria**

*“A un ser extraordinario en el que se conjugaron de forma perfecta los atributos de sabiduría y sencillez. Al investigador Dr. Héctor Pupo Cintras.”*

## **Agradecimientos**

A Dios en primer orden por darme la fuerza necesaria en los momentos más difíciles y permitirme llegar a este momento.

A mis padres por estar siempre y a los demás familiares por el cariño.

A mi tutor el Msc. Manuel Alberto Estupiñán Leyva por guiarme durante estos cuatro años de investigación.

A todas las instituciones y personas que colaboraron con esta investigación, en especial a la coordinadora de la Especialidad de Derecho Penal: Msc. Filadelfa Vidal.

A todos los profesores que han contribuido a mi formación desde enseñanza primaria hasta hoy.

A mis amigos, por honrarme con su amistad.

A los que no están en cuerpo pero me acompañan en espíritu.

A la Revolución y a su líder histórico Fidel Castro Ruz.

A la Vida por haberme dado tanto.

## **Resumen**

La anticipación de la tutela penal es la característica principal del “Derecho Penal de Riesgo”, tendencia actual que evidencia la expansión penal y cuyo surgimiento se asocia a la aparición en las sociedades modernas de nuevas fuentes de peligro relacionadas con los avances científicos. La intervención punitiva adelantada se ha reflejado en el movimiento legislativo mundial mediante las técnicas de adelanto de la tutela penal. El presente trabajo investigativo responde a la necesidad en la sociedad cubana actual de replantearnos su pertinencia en la Ley 62/87 pues su presencia en este cuerpo legal reduce las garantías de los ciudadanos. ¿Cómo se manifiesta en la actualidad la anticipación de la tutela penal y sus principales técnicas en el Código Penal cubano?, constituye el problema científico identificado, con el objetivo general de fundamentar la necesidad de reducir el adelantamiento de la tutela penal, cuyas técnicas, presentes en la Ley 62/87 son contrarias a principios esenciales del Derecho Penal. Los métodos generales de la investigación jurídica utilizados fueron: histórico-lógico, sistémico-estructural-funcional, dialéctico y hermenéutico. Mientras que el análisis de documentos, la observación, la consulta a expertos y el muestreo probabilístico fueron los métodos generales de la investigación empírica utilizados.

**Palabras claves:** anticipación de la tutela penal, Derecho Penal de Riesgo, expansión penal, bienes jurídicos, técnicas de anticipación de la tutela penal y principios.

## **Abstract**

The anticipation of the penal tutelage is the principal characteristic of Risk's Criminal Law, present-day tendency that evidences the penal expansion and whose surging associates itself to the appearing in the modern societies of new sources of danger related with the scientific advances. The punitive advanced intervention has reflected in the legislative worldwide movement, the techniques of advance of the penal tutelage intervene each time with more frequency on the previous space. The present research responds to the need in the Cuban society of to redefine his pertinence in our Penal Code, Law 62/87 because his presence reduces the citizen's assurances. How does the manifest the anticipation of the penal tutelage and his principal techniques in the Cuban Penal Code himself at present day?, it is the scientist problem identified. The general objective is to support the need to reduce the advancement of the penal tutelage, whose techniques, presents in the Law goes against essential juridical penal principles. The general methods of the juridical investigation utilized were: Historic logician, systemic structural functional, dialectic and hermeneutical. While the documentary analysis, the observation, the consultation with experts and the probability structured sampling were the general methods of the empiric investigation utilized.

**Key words:** Anticipation of the penal tutelage, Risk's Criminal Law, penal expansion, juridical goods, anticipation of the penal tutelage's techniques and principles.

## **Introducción**

Las actuales sociedades modernas están saturadas de excesivos riesgos que tienen su origen en la industrialización química, nuclear y atómica. Asimismo en los actos de terrorismo que se han venido sucediendo y en la aparición de nuevas formas de criminalidad. Las tragedias como el accidente de la central nuclear de Chernóbil en 1986, el derrumbe de las Torres Gemelas en 2001 y por otro lado la aparición de los delitos informáticos han generado temor e inquietud ciudadana. En el ámbito de esta nueva sociedad, denominada “sociedad de riesgo” el Derecho Penal es utilizado para frenar el caos, sin avizorar que su uso indiscriminado contribuye a multiplicarlo. La cruzada en busca de la presumible seguridad que ofrece la tutela penal a estos nuevos bienes jurídicos es a su vez generadora de inseguridad real respecto a las garantías penales ofrecidas hasta el momento pues para realizar una tutela efectiva el nuevo Derecho Penal amplía su esfera de intervención haciendo por lo general caso omiso de los principios que lo han cimentado desde sus tiempos de mayor esplendor.

La preocupación sobre el papel que le corresponde desempeñar al “Derecho Penal de la sociedad de riesgo” o “Derecho Penal de riesgo”, aparece cada vez con más frecuencia entre los juristas de diversas latitudes. La expansión apreciable en la magnitud de los marcos sancionadores de los delitos ya existentes así como en el surgimiento de nuevos tipos delictivos, provoca alarma. Entre las características esenciales del “Derecho Penal de riesgo” se encuentra el progresivo aumento en la anticipación de la tutela penal, que es una ampliación hacia esferas sociales que antes no constituían objeto de su intervención. Los medios no parecen ser lo más importante mientras se logre el fin por lo que fundamentalmente las técnicas más utilizadas son los delitos de peligro, de tentativa y de emprendimiento, la punición como delitos independientes de actos preparatorios, los delitos de intención sin lesión a un bien jurídico y la creación de bienes jurídicos colectivos.

La anticipación de la tutela penal, característica esencial de la nueva tendencia expansionista se ha convertido en una práctica cotidiana de la que dan fe los Códigos Penales actuales. La adelantada intervención se refleja en la ampliación de los límites punibles, podríamos apuntar que tiene un carácter preventivo, que parece constituir su principal finalidad, pudiendo interpretarse que se realiza de acuerdo a una nueva máxima jurídico-penal “es mejor precaver que tener que castigar”, cuando lo que resulta verdaderamente lamentable es ver cómo se reducen las garantías individuales. La prevención general mediante la pena alerta a los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas delictivas,

pretendiéndose acaso que el Derecho ejercite su función educativa, valiéndose para ello de la coacción psicológica.

La autora considera oportuno tratar en este trabajo investigativo las cuestiones mencionadas que ciertamente nos hacen reflexionar sobre la necesidad de recurrir al Derecho Penal como vía de solución ante los nuevos conflictos en tiempos en los que se realizan nuevas transformaciones legislativas en nuestro país de las que no se encuentra exenta la normativa penal, es importante orientar el rumbo de nuestro Derecho Penal, lejos del expansionismo desmedido de las tendencias modernas que replantean los principios de este.

Es necesario para lograr que prime la justicia como valor imprescindible del Derecho Penal estudiar los antecedentes de la institución de forma general en el Derecho Comparado y particular en nuestro ordenamiento jurídico así como su expresión legislativa para lograr que las garantías ofrecidas a las personas por el Derecho Penal no mermen con la aparición de nuevas tendencias expansionistas. Resultaría demasiado ambicioso decir que en estas páginas se encuentran las soluciones para reducir la intervención penal, aunque en ellas se valoran las consecuencias del adelanto de la intervención y se exponen oportunos criterios respecto a la anticipación de la tutela penal.

El tema de esta investigación, debido a su importancia ha sido tratado tanto por autores extranjeros como el Profesor de la Universidad de Jaén Juan Fuentes Osorio en el artículo “Formas de anticipación de la tutela penal”, la catedrática española de la Universidad Complutense de Madrid, María Isabel Sánchez de Paz, en su obra “El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela”, y cubanos como es el caso “Los delitos de peligro ¿Desafío o necesidad para el Derecho Penal contemporáneo?” de Idalmis López Celeiro. La presente investigación científica coincide con algunos de los puntos de vista de los autores mencionados, pero tiene sus propias particularidades que no dejan de hacerlo menos novedoso al realizar un acercamiento más profundo al objeto en el Código penal cubano, analizar sus antecedentes legislativos y sus consecuencias.

El **Problema científico** de la presente investigación es:

¿Cómo se manifiesta en la actualidad la anticipación de la tutela penal y sus principales técnicas en el Código Penal cubano?

**Idea a defender:** La intervención punitiva adelantada es contraria a la intervención mínima y a importantes principios jurídico-penales, lo que hace necesario reducir su presencia en la Ley 62/ 87.

Motivo por el cual este trabajo investigativo tiene como **Objetivo general:** Fundamentar la necesidad de reducir el adelantamiento de la tutela penal, cuyas técnicas, presentes en la Ley 62/87 son contrarias a principios esenciales del Derecho Penal.

La investigación se sitúa en la categoría anticipación de la tutela penal y sus técnicas como **objeto**, y a su vez define el **campo** de acción en su expresión en el Código Penal cubano vigente.

Los **Objetivos Específicos** trazados son:

1. Analizar los antecedentes históricos de la intervención punitiva adelantada.
2. Valorar el adelanto de la tutela penal en el marco del expansionismo penal.
3. Explicar en qué consiste la anticipación de la tutela penal y las principales técnicas de intervención punitiva.
4. Analizar los antecedentes legislativos del adelantamiento de la tutela penal en códigos penales cubanos anteriores al vigente.
5. Distinguir las principales técnicas de tutela penal anticipada presentes en el Código Penal cubano.
6. Evaluar el conocimiento por parte de los operadores del Derecho de las técnicas de anticipación de la tutela penal y las consecuencias de su inclusión en la norma.

Los **métodos utilizados** han sido los siguientes:

En cuanto a los métodos generales de las investigaciones empíricas, considerados técnicas por algunos autores, la autora utilizó la revisión de documentos pues la novedad del tema y la dispersión bibliográfica hizo necesaria la consulta de varios textos entre los que se incluyen libros, revistas, artículos y ensayos relacionados con la materia. La observación, la consulta a especialistas y el muestreo no probabilístico fueron utilizados para evaluar el conocimiento del tema de estudio por los profesionales del Derecho.

En cuanto a los métodos teóricos de aplicación a las investigaciones jurídicas, que posibilitan profundizar en las dimensiones del objeto no observables directamente, utilizados por la autora se encuentran:

- Método dialéctico: Proporciona el análisis del objeto de investigación bajo consideraciones en que los fenómenos históricos y sociales se encuentran en continuo movimiento, lo que permite entender sus causales, determinantes y condicionantes por fenómenos objetivos y subjetivos.
- Método de análisis-síntesis: Permite la descomposición del objeto de investigación en sus elementos y cualidades a fin de analizar cada una; para luego integrarlas nuevamente y destacar el sistema de relaciones que existe entre las partes y de éstas con el todo.
- Método de abstracción-concreción: Posibilita destacar las características singulares y propiedades necesarias y estables del objeto de investigación; distinguiéndolas de lo general, lo casual, lo secundario y lo mutable.
- Método de inducción-deducción: Facilita partir de casos concretos u objetos particulares para luego ir a un nivel de generalización en el que destaca lo que hay de común en las individualidades analizadas. A partir de aquí, se degrada y particulariza de nuevo ese conocimiento en niveles de menor totalidad.
- Método sistémico-estructural-funcional: Propicia el estudio de un objeto que integra una estructura compleja y sistémica conformada por diferentes partes y eslabones que tienen funciones específicas, pero que interactúan como una realidad integral.
- Método causal: Posibilita estudiar objetos que integran una estructura, determinar la conectividad y sistema de relaciones que existe entre los mismos y descubrir cuáles de éstas son conexiones necesarias, esenciales y estables, el nivel de regularidad y secuencia con se efectúan y la relación causa-efecto que se produce.

Método histórico-lógico: Permite enfocar el objeto de estudio en su decurso evolutivo, destacando los aspectos generales del desarrollo de éste, las tendencias de su progreso, las etapas de su desenvolvimiento, sus conexiones fundamentales y su sentido de causalidad. Esto posibilita entender el comportamiento histórico de un objeto o fenómeno determinado y explicar la fisonomía actual del mismo.

Igualmente, se propone la utilización como método particular de la investigación cualitativa de aplicación en las Ciencias Jurídicas:

- Método hermenéutico: Posibilita entender y comprender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: la del fenómeno en sí mismo, la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor y

la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve.

Asimismo, se hace necesaria la presencia como método específico de las ciencias jurídicas Ciencias Jurídicas:

- **Método jurídico comparado:** Permite cotejar o contrastar dos o más objetos jurídicos ya sean sistemas de derecho, normas, instituciones, o procedimientos con el propósito de descubrir sus relaciones, estimar sus diferencias y resaltar sus semejanzas; lo cual posibilita percibir los rasgos esenciales, hallar explicaciones y llegar a la esencia de las variables que se han determinado.

La estructura empleada en este trabajo para tratar la idea a defender está organizada en dos Capítulos. En el primero que consta a su vez de tres epígrafes en los que se desarrolla de forma general la anticipación de la tutela penal. En el primer epígrafe recoge los antecedentes históricos de la intervención punitiva adelantada. En el segundo se tratan los principios jurídico-penales fundamentales que son vulnerados por la intervención punitiva adelantada. En el tercer epígrafe se abordan algunas de las causas que propician la anticipación en el marco de la Sociedad de Riesgo así como diferentes conceptos y consideraciones de distintos autores respecto a este particular y las características de las técnicas de tutela penal anticipada. El segundo capítulo enmarca el estudio anterior en la Ley 62/87 y con esta finalidad en el primer epígrafe se exponen los antecedentes legislativos de la intervención punitiva adelantada, en el segundo se tratan las técnicas de anticipación de la tutela penal y se analiza su pertinencia en el Código Penal cubano y en el tercer epígrafe se tratan las consecuencias de las técnicas de anticipación de la tutela penal en el Código Penal vigente.

## **Capítulo I: Generalidades**

### **1.1 Antecedentes históricos de la intervención punitiva adelantada**

La anticipación de la tutela penal, como hemos referido desde los inicios de esta investigación, se manifiesta en la actualidad de forma alarmante, empero no es un fenómeno nuevo en la historia del Derecho Penal pues es el resultado de una evolución que se ha gestado de forma discontinua. Se considera que el tránsito de un modelo de Derecho Penal basado en el hecho al modelo de Derecho Penal de la peligrosidad ha estado marcado por momentos culminantes de expansión de la tutela penal. Es necesario referir las tendencias que han propugnado la anticipación de la tutela penal y el impacto de estas en el Derecho Positivo.

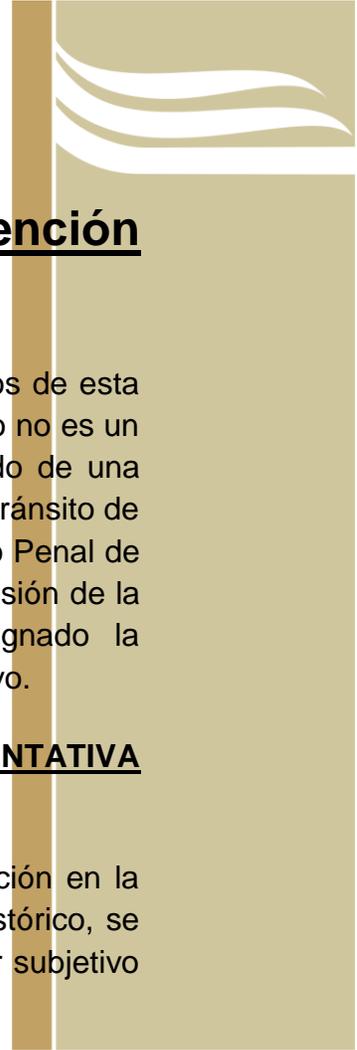
#### **TEORÍA SUBJETIVA DE LA TENTATIVA Y PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA**

La teoría subjetiva de la tentativa que ubica el fundamento de la punición en la voluntad manifestada contraria a Derecho y constituye el primer hito histórico, se corresponde con el momento en que se le otorga relevancia al desvalor subjetivo de la acción.

En Alemania el StGB imperial de 1871 y el StGB prusiano de 1851 excluían la punibilidad de los actos preparatorios y de la tentativa absolutamente inidónea. Influenciado por Von Buri, el Tribunal imperial alemán (Reichsgericht), cambia de orientación a partir de 1880 al abandonar una concepción objetiva de la tentativa y reconocer, de acuerdo con la teoría subjetiva de la tentativa, la punibilidad de la tentativa inidónea, además de extender la tentativa a ciertos actos preparatorios. Ocurre entonces el rechazo de la hasta entonces dominante teoría objetiva de la tentativa, que, partiendo de que toda tentativa exige un peligro para el bien jurídico protegido, afirma la impunidad del delito imposible.

Posteriormente la teoría subjetiva de la tentativa es reivindicada en el seno de la teoría jurídica del delito finalista a partir de la obra de Welzel quien entiende el accionar humano como ejercicio de una actividad finalista<sup>1</sup>, postura que alcanzó un amplio desarrollo en la literatura. Siguiendo esta línea doctrinal lo determinante es la resolución criminal contraria al Derecho, que demuestra la discordancia con

<sup>1</sup> Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Editorial Roque De Palma, Argentina, 1956, p.39



el ordenamiento jurídico; los actos externos tienen una función simplemente informativa. El resultado de lo expuesto es la asimilación de la tentativa propia y de la imposible pues si la decisión de delinquir constituye el centro básico de la tentativa, entonces tentativa imposible y tentativa propia presentan un elemento fundamentador unitario, la equiparación del elemento subjetivo se extiende a la razón del castigo. Se excluye de punibilidad únicamente la tentativa irreal empero desde esta óptica también el castigo de la tentativa imposible forma parte del núcleo del Derecho Penal, cuestión que se contrapone a la fragmentariedad del Derecho Penal.

Inicialmente la teoría subjetiva pura de la tentativa emerge amparada por quienes sostienen la concepción subjetiva pura del injusto. Si bien esta doctrina fue desplazada en el siglo XIX por la doctrina objetiva; reaparece en el siglo XX aunque de forma minoritaria al no encontrar buena acogida en el seno de la doctrina alemana, española o italiana; en la obra de Zielinski y otros autores. Esencialmente plantea que el injusto se constituye únicamente por la presencia del desvalor subjetivo de acción y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico como resultado en sentido jurídico se convierte en simple condición objetiva de punibilidad. Partiendo de lo anterior no sólo procede el castigo de la tentativa inidónea -incluyendo la irreal-, sino que ésta se convierte en el prototipo del injusto. En este caso la anticipación de la tutela penal se trasmuta en regla y deja de ser excepción.

La denominada *teoría de la alarma o impresión*, es hoy dominante en la doctrina alemana, su punto de partida es la definición de tentativa del Artículo 22 del vigente StGB y presenta un carácter básicamente subjetivo. Parte originalmente de la teoría subjetiva de la tentativa, al sostener como fundamento del castigo de la tentativa la voluntad antijurídica pero la combina o limita con elementos objetivos. En este particular, para el merecimiento de pena se exige que la resolución de cometer el delito se materialice en actos exteriores que produzcan una conmoción o alarma en la colectividad para el merecimiento de pena. Castiga también la tentativa imposible y en el caso de la tentativa irreal o supersticiosa al no desestabilizar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico, establece su impunidad. Esta teoría se relaciona con la atribución al Derecho Penal de una función evidentemente preventivo-general.

La teoría subjetiva de la tentativa tiene entre sus consecuencias político-criminales la ampliación del ámbito de la tentativa punible a costa del propio de los actos

preparatorios, la equiparación de pena entre tentativa y consumación, así como la punibilidad de la tentativa imposible.

## **LAS NUEVAS TEORÍAS OBJETIVAS DE LA TENTATIVA**

En lo relativo a la punibilidad de la tentativa imposible no se llega a conclusiones diferentes desde postulados objetivos en lo que respecta a la punibilidad de la tentativa imposible desde la denominada nueva teoría objetiva de la tentativa, fundamentada por v. Hippel y a la que esencialmente se adhieren en la literatura penal española MIR PUIG<sup>2</sup> y Farré Trepas.

Según esta perspectiva, la tentativa exige la peligrosidad objetiva de la acción, en la medida que dicha peligrosidad se manifieste ex ante, aunque ex post se revele que el resultado no podía producirse. El peligro es enjuiciado desde la visión de un espectador objetivo ubicado en el lugar del autor (ex ante), con todos los conocimientos y posibilidades de que éste dispone, así como el conocimiento medio de la sociedad. Este requisito es momento constitutivo de toda acción de tentativa, no sólo de aquella idónea, sino también de la inidónea o imposible, que resulta igualmente punible. En conclusión, se termina en la práctica por equiparar el peligro real para el bien jurídico propio de la tentativa idónea con el peligro puramente formal o aparente de las acciones de tentativa imposible.

La teoría objetiva de la tentativa sostenida por autores como CEREZO MIR<sup>3</sup>, GRACIA MARTÍN<sup>4</sup> y Sola Reche se aleja de la anterior en el sentido de que estos autores defienden la impunidad de toda tentativa imposible, empero sostienen un concepto de tentativa posible que incluye todas aquellas que representan un peligro sólo potencial, aunque no real para el bien jurídico al exigir una acción peligrosa (ex ante), pero no un resultado de peligro, similitud que posee respecto a la teoría subjetiva de la tentativa características del finalismo.

Sola Reche concluye que las hipótesis de idoneidad del medio y de ausencia del objeto material serían de tentativa propia. Asimismo considera que en los delitos

---

<sup>2</sup> Para el catedrático español únicamente que daría excluida la tentativa irreal pues el grado tan elevado que en ella alcanza la inidoneidad elimina cualquier posibilidad de alcanzar la consumación para un espectador objetivo situado en la posición del autor Cfr. en MIR PUIG, S.; *Derecho Penal. Parte General*, 4ta ed, Barcelona, 1996, pp. 347-349 asimismo en MIR PUIG, S.; *Función de la pena y Teoría del Delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

<sup>3</sup> CEREZO MIR, J.; "La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español", en *RDPC*, 2da época, n° 1, 1998, p.p 13-20

<sup>4</sup> GRACIA MARTIN, L.; "Política criminal y dogmática jurídico penal del Proceso de Reforma en España" I, en *AP*, n° 1, 1998, p. 350

de resultado lo injusto queda ya constituido con el desvalor de acción, cuyo elemento determinante es la peligrosidad para el bien jurídico, entendida ésta como potencialidad lesiva de un comportamiento y valorada mediante un juicio ex ante conforme a los datos cognoscibles por un hipotético observador objetivo medio. Fundamenta este razonamiento a partir "de la perspectiva ex ante como el procedimiento adecuado para un Derecho penal preventivo", que "impone contar solamente con las circunstancias cognoscibles en el momento de dar comienzo a la acción", prescindiendo de cualquier dato determinable ex post. Sola Reche<sup>5</sup> entiende que la tentativa inidónea, a la que considera tentativa ex ante no peligrosa, carece de relevancia jurídico-penal.

El punto de partida de las diversas posturas respecto a la naturaleza de la tentativa se encuentra en la letra del vigente Código Penal que establece en el Artículo 16.1:

*“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.*

La punición de la tentativa inidónea es dominante en el Derecho Comparado según las regulaciones vigentes y el proceder de la jurisprudencia en Francia, Suiza (art. 23. I StGB), Inglaterra y Estados Unidos- o, al menos, de aquella relativamente inidónea -como en Austria (art. 15. 3 StGB)-, si bien generalmente la pena es atenuada. En Italia prevalece por el contrario una concepción objetiva de la tentativa, apoyada en los arts. 56. I y 49. II del Código Penal italiano; el primero requiere la idoneidad de la conducta para producir el resultado, mientras el segundo declara no punible el delito imposible por inidoneidad de la acción o por inexistencia del objeto de la misma. En el ordenamiento jurídico-penal portugués se exige igualmente la idoneidad de los actos de ejecución para producir el resultado típico (art. 22. 2. a) CPe), pero el art. 23. 3 CPe declara no punibles sólo aquellos casos de tentativa en que fuera manifiesta la inaptitud del medio empleado por el agente o la inexistencia del objeto esencial para la consumación del crimen.

En el Derecho Penal español, el Código Penal de 1995 optó por prescindir de la punición expresa de la tentativa imposible o inidónea que, en relación al anterior texto, se introdujo a partir de 1944 en el Artículo 52. Párrafo 2 del entonces

<sup>5</sup> SOLA RECHE, E.; *La llamada "tentativa inidónea" de delito. (Aspectos básicos)*, Granada, 1996, p.p. 245 - 249

vigente Código Penal. Considera Sánchez García de Paz que este dato, unido a la mención en el Artículo 62 del Código Penal, del grado de peligro inherente al intento como criterio de medida de la pena de la tentativa, apunta a una concepción objetiva de la tentativa en la nueva regulación. Sostiene que el elemento nuclear de la tentativa es la ocurrencia de una acción peligrosa para el bien jurídico y no la resolución delictiva. Desde su postura asume que el peligro no debe ser solamente potencial o posible sino real para que se corresponda con la concepción del *ius puniendi* y del injusto. La probabilidad de la lesión del bien jurídico se hace depender de su entrada en el radio de acción de comportamiento del sujeto, razón por la que no entiende comprendida la tentativa imposible en el Artículo 15.1 del Código Penal, conforme al cual son punibles el delito consumado y la tentativa de delito aunque estima necesario por razones de prevención general castigar algunas formas de tentativa imposible, particularmente en relación a delitos graves, como los delitos contra la vida, y siempre con pena inferior a la tentativa real.

Otro sector de la doctrina, considera en cambio, que el nuevo Código Penal supone la impunidad de toda tentativa imposible, si bien estiman que la tentativa idónea comprende todas aquellas que representan un peligro sólo potencial, pero no real para el bien jurídico: se precisa únicamente una acción peligrosa *ex ante*, pero no un resultado de peligro. Ello supone incluir en el concepto de tentativa propia incluso aquellas hipótesis de falta de objeto. Esta es la posición que acoge recientemente Cerezo Mir, luego de abandonar su anterior afiliación a la teoría subjetiva, para el catedrático español, conforme al nuevo Código, la tentativa exige "únicamente la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, pero no la producción de un resultado de peligro, que un bien jurídico haya corrido realmente peligro".

Las diferentes posiciones asumidas en la doctrina española evidencian que el texto legal no cierra la discusión acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea, pues no descarta la formulación de interpretaciones disímiles en la doctrina, pese a que en ella predomina una concepción objetiva de la tentativa. *A grosso modo* ,la posiciones asumidas indican que es dominante la perspectiva que se inclina por la punibilidad de las conductas de tentativa que implican un peligro no sólo real o concreto, sino también únicamente posible o potencial para el bien jurídico, calificándose éstas últimas, según los conceptos manejados por los diferentes autores antes reconocidos, bien de tentativa idónea, bien de tentativa

relativamente inidónea, o bien finalmente de tentativa inidónea pero apreciando éstas últimas comprendidas en la definición de tentativa que hace el Código Penal.

La lectura por la autora de las posiciones antes expuestas la conducen a considerar la separación existente entre las teorías objetivas iniciales de la tentativa y las nuevas teorías de la tentativa en las que se existe presencia de elementos subjetivos teniendo en cuenta que la introducción de la figura del observador objetivo trae consigo la duda de cuál es el nivel de objetividad de este al ponerse en la posición del autor en el momento de determinar si realmente existe peligro por otro lado la valoración solo de las circunstancias ex ante y no de las ex post impide llegar a conocer si el peligro es verdadero. Asimismo es apreciable que seguir las líneas de razonamiento de las nuevas teorías objetivas conduce a la punición de la tentativa imposible y a su equiparación con la idónea.

Si bien desde los inicios de la concepción de tentativa esta fue reprimida sustentándose en el comienzo de la ejecución en el modelo de su evolución según el Código Penal francés de 1810, el Código Penal alemán de 1871 y el Código Penal español de 1970 esta posición fue rebatida generando un debate doctrinal en el que no ha existido coincidencia. El auge de las nuevas tendencias expansionistas permite que la punición en la mayoría de las legislaciones actuales tanto de la tentativa idónea como de la inidónea se convierta en un denominador común para las teorías objetivas y subjetivas de la tentativa hoy imperantes.

La búsqueda de un punto de equilibrio entre las dos posiciones es a consideración de la autora lo que sería más beneficioso para las legislaciones actuales para lo cual aunque el fundamento de la sanción parta de postulados subjetivos para imponerla se analice objetivamente el peligro que ha corrido el bien jurídico y no sólo la conmoción social que pueda tener el hecho.

### **EL DERECHO PENAL NACIONAL SOCIALISTA: DERECHO PENAL DEL PELIGRO ("GEFÄHRDUNGSSTRAFRECHT") Y DERECHO PENAL DE LA VOLUNTAD ("WILLENSSTRAFRECHT")**

En la década del 30 del siglo XX, varios países europeos, entre ellos España, Italia y Alemania se constituyen como regímenes autoritarios, que pronto tratarán de transformar en esta línea el Derecho Penal. Es, sin embargo, únicamente el régimen nacional socialista alemán, donde se utiliza reiterativamente como técnica represiva la anticipación de la tutela penal respecto de la que el Derecho Penal liberal hasta entonces vigente había considerado legítima. En otros como el español o el italiano esta técnica es utilizada con la introducción o transformación de algunos tipos penales pero no como una directriz absolutamente general del ordenamiento jurídico-penal.

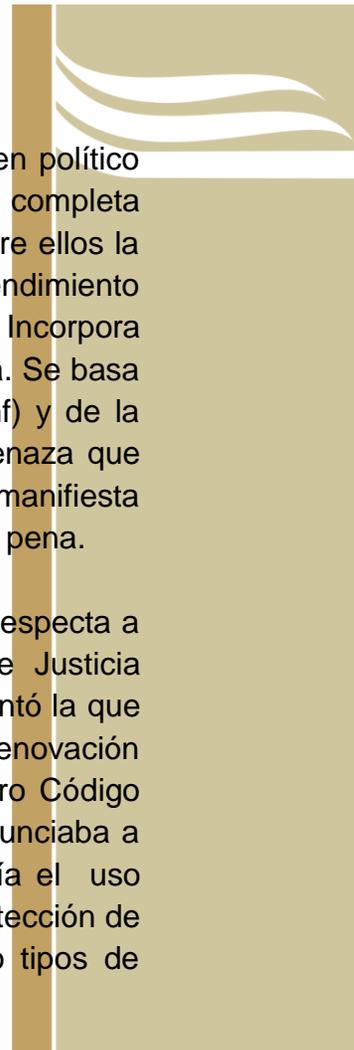
Representa un hito en la anticipación de la intervención penal el régimen político de la Alemania nacionalsocialista que diseña en su programa una completa revisión del Derecho Penal liberal, que afecta a sus pilares básicos, entre ellos la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho Penal, el entendimiento predominantemente objetivo del injusto y el principio de culpabilidad. Incorpora algunos de los postulados de la teoría subjetiva del injusto antes descrita. Se basa en la creación de un Derecho Penal del peligro (Gefährdungstrafrecht) y de la voluntad (Willensstrafrecht) por lo que la valoración del peligro o amenaza que presentaran las conductas para el régimen imperante así como la manifiesta voluntad de realizarlas se convierten en los elementos que determinan la pena.

Gran connotación adquirió en este contexto, en particular en lo que se respecta a su repercusión en la literatura penal, la "Memoria del Ministerio de Justicia Prusiano" de 1933. La publicación del referido documento oficial representó la que expone desde un punto de vista sistemático y de concepción la renovación jurídico-penal nacionalsocialista que se proyectaba plasmar en un futuro Código Penal, esta reforma que pretendía alcanzar un carácter sistemático renunciaba a los principios básicos del Derecho Penal liberal a la vez que propendía el uso anticipado del Derecho Penal. Sus autores propusieron optimizar la protección de bienes jurídicos mediante la creación de "tipos penales (...) no como tipos de lesión sino de peligro".

La "Memoria del Ministerio de Justicia Prusiano"<sup>6</sup> trata de transformar el hasta ahora Derecho Penal de lesión (Verletzungstrafrecht) en un Derecho Penal del peligro (Gefährdungsstrafrecht), tomando como punto de partida el comportamiento peligroso del autor. A la vez, se trata de un Derecho Penal de la voluntad (Willensstrafrecht), en cuanto el objeto central de reproche es la puesta en marcha de la voluntad criminal del autor, el peligro de producción del resultado y no el resultado "ocasionalmente" producido; y de un "Derecho Penal de la intención" (Absichtstrafrecht), en cuanto tiene en cuenta la intención para la imposición de la pena. De modo que "no es la producción de un resultado lesivo la que debe desatar la plena reacción del Derecho Penal, sino ya la causación culpable del peligro de ese resultado".

Según este texto el delito era admitido como infracción de un deber de fidelidad del individuo frente a la comunidad. Estos postulados básicos se concretan en propuestas legislativas de configuración de delitos de emprendimiento

<sup>6</sup> Este documento original fue publicado en 1933 en Berlín como "Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preussischen Justizministerium."



(Urwemehmensdikté), en los que para la penalización de un comportamiento resulta suficiente que sea idóneo para originar un resultado lesivo de un bien jurídico, haciendo superflua la distinción entre tentativa y consumación. Freisler, entonces Secretario de Estado del Ministerio de Justicia prusiano, sintetiza así esta tendencia: "el Derecho Penal traslada su campo de lucha hacia adelante", tiene la tarea de "proceder tan pronto como sea posible y ya con toda su fuerza". La terminación de la Segunda Guerra Mundial puso también punto final al régimen imperante imposibilitando que llegaran a convertirse en Derecho positivo muchos de los proyectos legislativos de entonces.

Escasos son los autores que entonces alzaron su voz crítica contra la Memoria citada, entre ellos destacan Edmund Mezger ("Wülensstrafrecht, Gefóhrámgsstrafrecht und Erfolgsstrajrecht" y Lobe ('Nocbmals Gefabrdurs- ockr Verletzimngs-trafreckt"), a través de dos trabajos publicados en la Deutsche Junsten-Zeitungen en 1934. Lobe formula además algunas contrapropuestas que no dan solución a la difícil cuestión, derivadas de una concepción del Derecho Penal como orientado a la represión de la lesión de bienes jurídicos {Verletzungsstrafrecht frente a Gefáhrdunsstrafrechí). Entre ellas, la punibilidad excepcional de los actos preparatorios -admite sólo excepciones particulares, como respecto de delitos dirigidos a la protección del orden estatal-, propone la punición restringida de la tentativa y del emprendimiento de un hecho delictivo únicamente respecto de delitos graves (Verfovchen) y cuando es especialmente significativa, la adopción de la teoría objetiva de la tentativa y el castigo de la misma con menor pena que la lesión del bien jurídico.

Después de 1945, esa reforma masiva del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal no fue hecha retroceder; así como los tipos indeterminados del periodo nacionalsocialista no han sido generalmente revisados (& & 211,249, 323 c StGB). Sólo leyes específicamente nacionalsocialistas fueron derogadas mediante el Derecho de ocupación, que no incluyen la mayoría de las regulaciones construidas sobre suposiciones de peligrosidad, según denuncia la doctrina. Si bien en los años 50 y 60 tiene lugar una depuración mediante la ley de reforma del procedimiento penal de 1964 y la primera y segunda ley de reforma penal. La doctrina alemana experimentó el resurgir vestigios de esa época especialmente en materia de legislación antiterrorista a partir de los años 70 del pasado siglo. En este punto a decir del catedrático alemán Hefendehl<sup>7</sup> "(...) debemos recordar el papel fundamental que el Derecho Penal juega en nuestra sociedad".

<sup>7</sup> Hefendehl, R.; *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*, ponencia ofrecida en el marco del "Seminario de Derecho Penal sobre

En España, la instauración del régimen franquista (1936-1939) período durante el cual ejerció el poder el general Francisco Franco Bahamonde (1936-1975), estableciendo un régimen político calificado indistintamente como dictatorial o autoritario, da paso a un Derecho Penal autoritario, que no alcanzó las dimensiones de los programas nacionalsocialistas en la materia. La instauración de un "Derecho Penal de la voluntad" en España no llega a consolidarse sin embargo es posible rastrear algunas muestras del mismo en el Código Penal español de 1944.

Antón Oneca<sup>8</sup>, destaca en este ámbito, el castigo generalizado de la proposición, conspiración y provocación para delinquir (Artículo 3 Código Penal ) (actos preparatorios y no ejecutivos de un delito), la punición de la tentativa imposible, imponiendo a esta la misma pena que a la tentativa posible o real (Artículo 52 Código Penal), y la configuración de delitos de emprendimiento (por ejemplo, los Artículos. 163 y 260 Código Penal), particularmente entre los delitos contra la seguridad del Estado, que aparecen en este Código destacados al comienzo de la Parte Especial.

El Derecho Penal italiano del período fascista tampoco pasó de ser un Derecho autoritario, hasta convertirse en un Derecho de la voluntad.

## **1.2 Principios del Derecho vs Expansión**

Mayoritariamente es asociada la mención del Derecho Penal con la sanción y es que desde sus comienzos esta rama del Derecho ha tenido la tarea de castigar de la manera más dura las violaciones de la ley penal, que es expresión del poder coercitivo del Estado mediante el ius puniendi, imponiendo como consecuencia jurídica penal la sanción al Individuo. La evolución del hombre se ha reflejado en sus leyes penales en las que progresivamente se introdujeron garantías en beneficio de quienes las infringían a la par que para su implementación se consideraban principios esenciales, límites de la potestad sancionadora del Estado, orientados a que el Derecho Penal discurra por los cauces de la justicia y atente en la menor medida contra las garantías individuales de los ciudadanos en un Estado Garantista.

---

construcciones dogmáticas y su aplicación práctica” por la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Mayo de 2001.

<sup>8</sup> ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal español. Parte General*, 2da ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino), Madrid 1986, p.64

Cuál es la brújula que nos guía en los tiempos actuales, en los que cada vez es más frecuente la intervención penal y las legislaciones evidencian la reducción de garantías y el olvido de los principios que fueron en su día la esencia del sistema penal. El futuro amenaza con asemejarse al pasado y con el retorno al “ojo por ojo...” ante las dimensiones que adquiere la expansión del derecho penal. Me aventuro a decir sin temor de ser apocalíptica que la pugna entre los principios y la expansión puede definir el retroceso o el avance de la humanidad.

Los **principios** han sido tema de arduas discusiones científicas, es inexistente hasta el momento una concepción unitaria al respecto. Se consideran normas incluidas en el derecho positivo que precisan reconocimiento constitucional a *contrario censo* son admitidos como juicios de valor anteriores a la creación de la norma positiva. En el Derecho Penal se entienden como límites<sup>9</sup> a la potestad sancionadora del Estado, son la esencia del sistema penal por lo que usuarios o investigadores los asumen por ser indispensables para trabajar, comprender o usar dicho sistema.

### **Intervención mínima**

El principio de intervención mínima nace con el Liberalismo, la máxima expresión de los ideales de esta doctrina en el Derecho Penal se manifiestan en la obra de Cesare Beccaria “De los delitos y de las penas” (1764), en el que expone los fundamentos de un sistema penal garantista, limitador del poder punitivo en el que se basan muchas de las posiciones doctrinales sostenidas en la actualidad. El sistema presentado por Beccaria estaba conformado por un grupo de garantías que limitaban la intervención punitiva del Estado, del cual formaba parte el principio de intervención mínima, su obra defendía la reducción de las leyes penales, basándose en que si lo más importante era la prevención de los delitos, aumentar el rol de delitos era, también, elevar la probabilidad de que se cometiesen, lo constituye la primera expresión de aludido principio.

Hasta la actualidad ha trascendido este importante principio como una garantía frente al poder punitivo del Estado, siendo el pilar en que generalmente se sustentan los ordenamientos jurídico-penales de los estados, lo cual implica que la intervención del Derecho Penal se realice solo en caso de ataques muy graves a bienes jurídicos de gran importancia, en virtud de los dos caracteres que lo

<sup>9</sup> MEDINA CUENCA, A.; *Los principios limitativos del derecho de castigar. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones Nacionales y en los Instrumentos Jurídicos adoptados por la comunidad Internacional*. Trabajo de investigación defendido en opción del título de Master en Derecho público, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, 2001, pp.15-20

conforman subsidiaridad y fragmentariedad, que le imponen límites al ius puniendi del Estado.

### **Subsidiariedad**

La subsidiariedad esencialmente consiste en recurrir al Derecho Penal como forma de control social solamente en los casos en que todas las otras formas de control son insuficientes, o sea, "cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho". Corresponde al Derecho Penal que de entre las demás ramas del ordenamiento jurídico la función de imponer las sanciones más fuertes como resultado de graves ataques a bienes jurídicos tutelados penalmente, es por ello que se le considera ultima ratio del sistema, en otras palabras "cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables".

No se puede utilizar al Derecho Penal como única solución ante los problemas sociales al cual se acude con inmediatez cuando se presenta un conflicto, sin haber utilizado antes los demás mecanismos, la norma penal debe intervenir solamente cuando hayan fracasado los demás controles, a través de medios desprovistos del carácter de sanción, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa, que de fallar plantearía la necesidad de acudir al Derecho Penal para sancionar el hecho.

Resulta natural la adaptación del Derecho a las nuevas realidades para dar respuestas a los problemas que surgen con las transformaciones sociales. El moderno Derecho Penal que de acuerdo con el criterio de Silva Sánchez<sup>10</sup> se distingue por dos características esenciales, "la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo 'delito de lesión de bienes individuales' al modelo 'delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales'".

Sin dudas se evidencian los síntomas del expansionismo penal, expansionismo que se ha manifestado por considerar la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinados comportamientos contrariando la concepción clásica de este principio que es la no penalización de determinadas conductas. El bien jurídico ha dejado de ser límite del poder punitivo y se ha convertido en una justificación para emplearlo, pareciera que la protección de

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p.p 121-122

estos bienes es tarea exclusiva del Derecho Penal, que solo debiera intervenir cuando se han agotado otros medios de protección, por lo que se revela una infracción del principio de intervención mínima pues el bien jurídico es protegido por la ultima ratio del Derecho Penal ignorando por completo su carácter subsidiario.

La técnica de creación de bienes jurídicos colectivos es opuesta directamente al principio de subsidiariedad, pues amplía las esferas de intervención penal en el sistema bursátil, los intereses de los consumidores o de los usuarios de internet de lo que dan muestra las leyes penales actuales, pues el Derecho Penal moderno no apuesta ya por intervenir en última instancia sino por hacerlo a veces de forma única en las más disímiles relaciones sociales. El criterio de la autora es que en su intento regulador que pretende abarcar más cada vez se muestra ineficaz porque no puede dar respuesta a todas las problemáticas sociales que se presentan. El resultado final puede ser una pérdida de credibilidad en el sistema penal, que está desde la postura de la autora necesitado de una descongestión como la que tuvo lugar en la década de los 70 del pasado siglo.

### **Fragmentariedad**

El carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho Penal a los ataques más graves contra bienes jurídicos más relevantes. La actuación del Derecho Penal tiene como fundamento la protección de la sociedad, protección que se materializa en la tutela penal de bienes jurídicos, es decir, principio de protección de bienes jurídicos, que son los intereses sociales que por su especial importancia merecen la protección penal, lo que no quiere decir que toda lesión a un bien jurídico deba ser sancionada por el Derecho Penal, para ello se tiene en cuenta dos elementos que el bien jurídico posea importancia y que la lesión sea violenta. La intervención penal se justifica a partir de la existencia tanto de desvalor de acción como de resultado, con relación a esto Roxin afirma que "(...) la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado". El desvalor de la acción es el límite entra una conducta delictiva y otra que no lo es atendiendo la especial peligrosidad social para los bienes jurídicos, mientras que el desvalor del resultado guarda relación con el bien jurídico y de la irreparabilidad del ataque a él dirigido depende la sanción.

El análisis de este principio a luz del expansionismo que ha experimentado el Derecho Penal nos demuestra que resulta contradictorio con su contenido si se tiene en cuenta que entre los rasgos del moderno Derecho Penal preventivo se encuentra la creación de los delitos de peligro abstracto, en los cuales se le otorga

más relevancia al desvalor de la acción que al desvalor del resultado que no es una concreta puesta en peligro del bien jurídico, por lo que urge determinar la necesidad de que estos delitos protejan bienes de trascendental importancia, cuya protección es indispensable para garantizar que no se efectúe su lesión.

### **Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad se fue introduciendo progresivamente, como tal, en las legislaciones penales a partir de la Revolución Francesa de 1789. Podemos encontrar sus antecedentes en lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito. En la obra cumbre de Beccaria, a la que nos referimos con anterioridad, encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe existir una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

De las concepciones de Beccaria sobre la proporcionalidad se aprecian dos vertientes: que la pena ha de ser necesaria, que se materializa en la idea de que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin, y por otra parte, la pena ha de ser infalible, referida a la necesidad de que en la fase de ejecución hay que garantizar su cumplimiento efectivo.

Entre las diferentes técnicas de anticipación de la tutela, usadas por el Derecho Penal en los tiempos actuales, se encuentran los delitos de tentativa, específicamente de una de sus modalidades los delitos de emprendimiento o de empresa, en estas figuras delictivas la tentativa recibirá la misma pena que el delito consumado pues la tentativa se configura de forma autónoma. El expansionismo penal actual ha conducido a que en la mayoría de las legislaciones penales se realice una equiparación en cuanto a la punibilidad de la tentativa idónea y la inidónea.

La penalización de forma autónoma de los actos preparatorios en los llamados delitos de preparación, es otra de las caras del fenómeno expansivo. El empleo de las técnicas mencionadas permite a la autora inferir un cierto desapego al principio de proporcionalidad o prohibición del exceso pues tanto la realización de los actos delictivos como el intento de realizarlos se penan con la misma sanción, mientras

por otro lado la preparación de un comportamiento delictivo se castiga aún sin comenzar su ejecución, no es entonces momento de que nos preguntemos si está yendo la pena más allá de lo necesario para cumplir su fin.

## **Lesividad**

El principio de lesividad tiene hoy diferentes denominaciones<sup>11</sup> pero remonta sus orígenes a la Filosofía griega en el pensamiento de Aristóteles y Epicuro, posteriormente con la influencia de la Ilustración en el Derecho Penal Hommel; Bentham; Pagano; Romagnosi; Hobbes; Pufendorf; Locke y Beccaria se hacen eco del referido principio, para ellos el daño causado a terceros es la medida de las prohibiciones y las penalidades es la idea que representa una especie de denominador común.

Según Zaffaroni “Implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.” De lo anterior se entiende que la pena se hace depender de la lesión al bien jurídico, la sanción demanda que las secuelas y repercusiones del hecho se proyecten a la sociedad, postura que se opone a la expansión de la tutela penal; en ambas posiciones el bien jurídico es centro del debate.

Desde la perspectiva del principio de lesividad el bien jurídico tiene una doble función, actúa como fundamento y como límite al poder punitivo del Estado. Los bienes jurídicos protegen los derechos individuales y colectivos necesarios para la pacífica convivencia de los miembros de la sociedad y el ejercicio de sus derechos y libertades, por lo que son instituidos en el contexto político-social. Al restringir la selección por parte del legislador de los comportamientos que poseen verdadera potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma, y hacer necesario que el juez verifique en cada caso si la conducta lesionó efectivamente o puso en riesgo el mismo bien jurídico, funciona como límite.

La expansión de la tutela penal es contraria al principio de lesividad en muchas de sus manifestaciones. La técnica de creación de bienes jurídicos colectivos sirve para amparar bajo esos títulos en su mayoría a figuras delictivas que son delitos

---

<sup>11</sup> Es conocido en la actualidad en el ámbito jurídico como principio del bien jurídico, de protección exclusiva de bienes jurídicos, de objetividad jurídica o antijuricidad material.

de peligro abstracto, la técnica más usada por el legislador, inhiben la función de límite del bien jurídico. La potencialidad de riesgo es relativa en muchas ocasiones y es innecesario que el juez verifique que la conducta puso en riesgo el bien jurídico en cada caso, el legislador le facilitó el trabajo presumiendo el peligro por la sola realización del hecho.

El reconocimiento del principio de lesividad ofrece garantías a los ciudadanos pues aunque se encuentra estrechamente vinculado a la moral, el Derecho Penal solo regulará los comportamientos que tengan una repercusión social negativa dejando entera libertad a la autonomía moral, por lo que de dos conductas moralmente reprochables solo será castigada aquella cuyas consecuencias se extiendan a la colectividad, por ejemplo el alcoholismo es una conducta moralmente reprochable pero el Derecho Penal no la regula cuando sus consecuencias solo implican un daño para el que la realiza, pero cuando esta pone en peligro la colectividad como en el caso de la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol es cuando el Derecho Penal interviene.

La lesividad puede entenderse entonces como delimitadora del ámbito de intervención del Derecho Penal dentro de la regulación de las relaciones sociales. Expresa Zaffaroni con toda razón en su *Manual de Derecho Penal: Parte General*:

“La legislación contemporánea tiende también a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado peligro abstracto y, además, en la sociedad de riesgo de la revolución tecnológica, mediante la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios. Todo debilitamiento del bien jurídico importa un paralelo deterioro de su objetividad”, lo que se agrava hasta el extremo de que, no conforme con la confiscación de la víctima, se la suprime”, mediante el uso perverso de los intereses difusos y de los delitos de peligro común. De allí que para preservar el principio del alterum non laedere de Aristóteles y Ulpiano, sea necesario precisar -quizá un poco exageradamente- que bienes jurídicos son sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona de carne y hueso.”<sup>12</sup>

Por otro lado en los últimos años el principio de lesividad se ha hecho patente en algunos ordenamientos jurídicos que le confieren incluso rango constitucional, en el año 2004 en El Salvador la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la decisión del conflicto al que precedió la aparición de la Ley Antimaras, que violentaba los bienes jurídicos protegidos en la Constitución de la República, resolvió que los artículos 1 inc. 2º, 18, 19, 22, 23

<sup>12</sup> ZAFFARONI, E.R.; “Manual de Derecho Penal : Parte General”, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2002, p. 129

y 29 inc. 1º de la Ley Antimaras violentaban a la Constitución, declaró la inconstitucionalidad, por violar el Principio de Lesividad consagrado en el art. 2 inc. 1º de la Constitución de la República al penalizar conductas que no dañan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales”<sup>13</sup>

### **Máxima taxatividad legal interpretativa**

El principio de máxima taxatividad legal interpretativa, se encuentra en estrecha relación con el principio de legalidad<sup>14</sup> por lo que algunos autores lo ubican dentro de su contenido en relación con una de las exigencias que establece el mencionado principio para la imposición de la sanción penal que es la descripción de un supuesto de hecho estrictamente determinado por la ley, entendiéndolo como el subprincipio de taxatividad, tipicidad o *lex certa*<sup>15</sup>.

Concuerda con lo anterior lo establecido por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 097/2009 del 27 de abril de 2009 al referir que el principio de legalidad contiene una garantía material:

“aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”

Más que adentrarnos en una disquisición acerca de la naturaleza autónoma de este principio, respecto a la cual la autora asume la posición doctrinal que

<sup>13</sup> CORTÉS FIGUEROA, L.E.; QUIJANO LÓPEZ, H.R.; SÓLORZANO SÓLORZANO A.G.; *Principio de lesividad del bien jurídico*, Monografía en opción al título de Licenciado en Derecho Penal, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2004, p.38

<sup>14</sup> MEDINA CUENCA, A.; *Los principios limitativos del derecho de castigar. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las Constituciones Nacionales y en los Instrumentos Jurídicos adoptados por la comunidad Internacional*. Trabajo de investigación defendido en opción del título de Master en Derecho público, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, 2001, pp.9-15

<sup>15</sup> Es preciso distinguir el término *lex certa* como efecto del principio de legalidad considerado por algunos autores. Véase Jakobs Günter: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. S.A Madrid. 1995., p. 88, del uso con el que se emplea en esta investigación para hacer referencia al principio de taxatividad.

considera la taxatividad como un principio derivado del megaprincipio de legalidad, es necesario precisar el alcance y contenido del principio de *lex certa*.

Entendemos por máxima taxatividad legal e interpretativa el principio definitorio de los límites en la redacción de la norma por el legislador, mediante la observancia de la mayor precisión técnica posible en evitación de conceptos imprecisos, valorativos o de notoria ambigüedad, por lo que dota de seguridad jurídica a los ciudadanos frente a la legitimación del poder punitivo que se configura con el tipo legal cuando este se determina de forma arbitraria.

El descuido de este principio en los casos en que no se respetan los límites legales por prescindir el legislador del verbo típico, por establecer una escala penal de insólita magnitud o por remisión a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión según Zaffaroni<sup>16</sup> el Derecho Penal tiene dos soluciones alternativas: (1) declarar la inconstitucionalidad de la ley o (2) aplicación por parte del juez de este principio que se manifiesta también mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*.

La analogía *in malam partem* es la que integra la ley extendiendo la punibilidad que se distingue de la analogía *in bonam partem* es la que restringe más allá de la letra de la ley considerándose admisible a diferencia de la primera. El principio de interpretación restrictiva se evidencia asimismo en un segundo momento que presenta una fuerte carga interpretativa partiendo de que al realizar la determinación del alcance semántico de las palabras a estas se les puede conferir un sentido más amplio o más limitado restrictivo para la criminalización. Zaffaroni en su *Manual de Derecho Penal, Parte General* se pronuncia en este sentido al expresar que:

“El criterio de interpretación semánticamente más restrictiva debe defenderse en la actualidad, donde parece ser uno de los principales instrumentos capaces de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable.”<sup>17</sup>

La expansión del Derecho Penal de forma sistemática utilizando como medio las diferentes tendencias penales, ha desencadenado la proliferación de cláusulas jurídicas indeterminadas que representan una vulneración del principio de *lex certa*. En ellas se realizan generalizaciones que van al extremo de la abstracción sin alcanzar la tipificación del comportamiento delictivo, con lo que se crean enunciados de referencia para ser llenados por el juez. Difieren completamente desde una perspectiva técnico-legislativa del casuismo codificado al no dejar el

<sup>16</sup> ZAFFARONI, E.R.; *Ibidem*, p. 117

<sup>17</sup> ZAFFARONI, E.R.; *Idem*, p. 119

mínimo margen a las lagunas de punibilidad, lo que resulta negativo pues el Derecho Penal es un Derecho casuístico y precisa para lograr su legitimación una correcta diferenciación de las conductas que son delitos y las que no lo son.

Iguales implicaciones representan los conceptos jurídicos indeterminados que son utilizados cada vez con más frecuencia en esta rama del Derecho con el objetivo de dotar al intérprete de mayor libertad de acción y discrecionalidad en la solución de los casos. Castillo Alba<sup>18</sup> los define como:

“ (...) aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas en que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compatibles con el principio de legalidad mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia.”

Ejemplo de ello son el interés social, la identidad cultural, la identidad étnica o el orden público al encontrarse referidos a una esfera de la realidad que no posee límites totalmente nítidos pero pudiera concretarse en cada caso en atención a las circunstancias objetivas.

Las normas penales en blanco son uno de los ejemplos más claros de vulneración del principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, al precisarse para la integración de la conducta típica que se realice una remisión a otra ley o reglamento y constituyen sin embargo una de las técnicas legislativas recurrentes en la normativa penal actual.

Al respecto podemos mencionar que en la práctica judicial del Tribunal constitucional de Perú han existido pronunciamientos respecto a la inconstitucionalidad de sanciones que constituyen violaciones del principio de taxatividad<sup>19</sup> pero el máximo intérprete de la Constitución peruana no considera que cuando existe remisión normativa interna a otras disposiciones legales si en esta se establecen con claridad las prohibiciones, se esté en presencia de una violación del principio de *lex certa*.

<sup>18</sup> CASTILLO ALBA, J.L.; “*El principio de taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador. Una lectura constitucional y convencional*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/alba26/html>. [Consultado el 10 de febrero del 2016]

<sup>19</sup> CASTILLO ALBA, J.L.; *Idem*, Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/alba26/html>. [Consultado el 10 de febrero del 2016]

El Derecho Penal de estos tiempos como conjunto de normas y disposiciones jurídicas reguladoras del ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado precisa del establecimiento de una correspondencia entre los principios que lo han orientado propiciando siempre que a pesar del carácter coercitivo que lo caracteriza no deje por ello de ser lo más humano y justo posible. La justicia es un valor inherente a cualquier rama del Derecho y si es el Derecho Penal el más coercitivo que priva al ciudadano de derechos humanos fundamentales como la vida y la libertad debe ser también el más justo. Lograr esta meta es difícil pero será un tanto menos compleja en la medida en que se reformulen las tendencias expansionistas<sup>20</sup> que acrecen la distancia entre la realidad y la quimera.

### **1.3 Derecho Penal de riesgo y adelanto de la tutela penal**

La expresión “sociedad de riesgo”, referida a las sociedades modernas llenas de nuevas fuentes de peligro, fue introducida por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986 en su libro “Risikogesellschaft”. Con posterioridad en la obra de Prittwitz “Derecho Penal y riesgo” (Straferecht und Risiko, 1993), es donde por vez primera se trata la cuestión de hasta qué punto el Derecho Penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumento liberal ajustado al Estado de Derecho a los modernos riesgos de la vida como pueden ser los de tipo atómico, químico, ecológico y de técnica genética. Actualmente se discute el modo en que este debe funcionar frente a los nuevos riesgos de la sociedad, que ha creado un Derecho Penal preventivo que interviene en momentos muy anteriores a la lesión del bien jurídico.

Lo que conocemos como “Derecho Penal de la sociedad de riesgo” o “Derecho Penal de riesgo” se entiende como:

(...) un Derecho Penal adaptado a las nuevas exigencias planteadas por la sociedad moderna caracterizada como una sociedad de riesgo, amenazada por nuevas fuentes de peligro dependientes de la manipulación humana, como la

<sup>20</sup> Ver al respecto Leyva Estupiñán, M.A y Lugo Arteaga.; “Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal”, (artículo inédito) Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Holguín, Holguín, 2014

explotación de la energía nuclear o la industria química, y para cuyo control resultarían insuficientes las categorías jurídico – penales tradicionales.<sup>21</sup>

En específico, el Derecho Penal del riesgo se manifiesta en un brusco cambio de los criterios de imputación propios del Derecho Penal liberal, la ruptura del principio de taxatividad de los tipos penales, y en la extensión desmedida del Derecho Penal, en gran medida a través de la creación de bienes jurídicos universales y con los delitos de peligro abstracto al frente de la cruzada contra los riesgos. Lo curioso del caso es que la propia tendencia entraña el riesgo de politización del Derecho Penal, su utilización en el debate político ante riesgos de grandes dimensiones como vía de solución que demuestra que se es consciente de un problema en lugar de realizar planes y poner el presupuesto en función de proyectos políticos a largo plazo, la hace bastante rentable.

Esta tendencia expansiva comenzó a manifestarse con nitidez a partir de los años setenta del pasado siglo, originándose por dos razones fundamentales:

- La primera fue el período de mayor elevación del terrorismo, ámbito en el cual el Derecho Penal interviene cada vez más adelantadamente ya sea mediante la punición de actos preparatorios, o la creación de delitos de tentativa.

-La segunda razón fue el incremento del desarrollo industrial y tecnológico y paralelamente los avances de la técnica en las diferentes ramas lo que representa una significativa mejoría para las condiciones de vida pero requieren la necesidad de afrontar los nuevos riesgos que estas traen consigo, y las consecuencias de determinadas conductas como pueden ser por ejemplo las desarrolladas durante el transporte de sustancias explosivas o radioactivas. El desarrollo con sus ventajas enormes, creo también fuentes de peligro de las mismas dimensiones y con un elevado potencial destructivo, de difícil manejo como es el caso de la energía nuclear.

Otra razón en los casos no relacionados con las mencionadas fuentes de peligro de gran potencia, es el otorgamiento de mayor protección a bienes jurídicos como la vida que requieren un adelantamiento de su protección penal para evitar las conductas que la han lesionado con efectividad.

---

<sup>21</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.; *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretario de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p.13

Es en estas condiciones que se produce la expansión del Derecho Penal mediante la anticipación de la tutela, la doctrina alemana se refiere a este fenómeno como *Vorfeldkriminalisierung* (criminalización en el ámbito previo). Según Fuentes Osorio “El término «anticipación penal» se refiere a un modo de actuación penal ilegítima porque no respeta los límites impuestos por el principio ofensividad: se prevé una intervención penal contra conductas que no representan un ataque con suficiente entidad objetiva al bien jurídico tutelado.”

La autora coincide con el criterio de Sánchez García de Paz “(...) cuándo podemos entender que ha tenido lugar una anticipación de la tutela penal. Tarea difícil, pues, como se adivina, la respuesta será diferente en el contexto de cada concepción del Derecho Penal. En el eje del debate se encuentra la cuestión de la legitimación misma del ius puniendi, de su fundamento y límites. Es por ello una cuestión ligada al contraste entre las diferentes orientaciones de la dogmática penal, a cada concepción del injusto y de la pena.”, pero pese a la variabilidad del término la entiende como la intervención punitiva adelantada que tiene clara expresión en el movimiento legislativo penal mediante el empleo por el legislador de diferentes técnicas y procedimientos que posibilitan la expansión de la tutela penal hacia nuevos ámbitos o ámbitos previos, lo que constituye un rasgo del Moderno Derecho Penal.

Es preciso aclarar cuál es el núcleo básico del Derecho Penal al que nos estamos anticipando, constituido por las conductas a cuya sanción está dirigido original y principalmente el poder punitivo. Inicialmente el Derecho Penal estuvo orientado a sancionar conductas que provocaran una lesión y luego se fue extendiendo a la protección de bienes jurídicos ante los comportamientos que lo pusieran en peligro concreto y finalmente en peligro abstracto, por tanto se entiende que el núcleo del Derecho Penal está conformado por aquellas conductas que lesionan el bien jurídico y cualquier otra conducta que esté próxima a dicha lesión forma parte de su ámbito previo, la intervención punitiva en él, es resultado del adelanto de la tutela penal.

En la actualidad las figuras delictivas van en aumento y al unísono se agrava la sanción de muchas de las ya existentes, el legislador recurre con mayor frecuencia a los delitos de peligro, mientras específicamente se evidencia el aumento de los delitos de peligro abstracto, resultan cada vez más extendidas por el Derecho Penal las áreas de punibilidad valiéndose para ello de diferentes técnicas.

### **1.3.1 Técnicas de anticipación de la tutela penal**

En los momentos actuales nos enfrentamos a la anticipación de la tutela penal, fenómeno que se manifiesta mediante la intervención de esta rama del Derecho en momentos anteriores a la puesta en peligro concreta o lesión del bien jurídico. Las más fuertes manifestaciones de la intervención punitiva adelantada comienzan a partir de los años 70 del siglo XX. En las décadas del 50 y 60 del pasado siglo como resultado de una tendencia liberalizadora se establece en varios países europeos, entre los que no se incluye España que se encontraba sometido a un sistema de gobierno autoritario, un movimiento partidario de la descriminalización en sectores en los que resultaba más acertada la intervención administrativa que penal.

La descongestión del sistema penal promovida ante la alarma originada por la tendencia de aumento de la represión jurídico-penal se ve opacada ante las demandas de criminalización que tuvieron clara evolución en la legislación de los años 70 y 80. Influyen en gran medida al respecto el incremento y aceptación de las teorías preventivas de la pena y el Derecho Penal al atribuirle a la pena y al Derecho Penal fines de prevención fundamentalmente generales. La expansión del Derecho Penal hacia sectores que antes no eran objeto de su intervención tuvo una clara trascendencia en el movimiento legislativo a través de las técnicas de anticipación de la punibilidad.

Fuentes<sup>22</sup> concibe que la anticipación de la tutela penal, desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva sino que también abarca la capacidad lesiva ex ante, equivale a la criminalización de conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del bien jurídico.

Mientras la técnica legislativa Castells<sup>23</sup> entiende la Técnica legislativa como el arte y la destreza necesarios para llegar a una correcta y eficaz elaboración de la ley. Por lo tanto, la Técnica Legislativa se conforma por los procedimientos, formulaciones, reglas, estilos ordenados y sistematizados, que tratan a la ley durante su proceso.

---

<sup>22</sup> FUENTES OSORIO. L.; "Formas de anticipación de la tutela penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recp08-08/pdf>. [Consultado el 12 de febrero del 2016]

<sup>23</sup> CASTELLS, A.; "Estudios de técnica legislativa: Panorama", conferencia dictada en el marco del Seminario Nacional de Técnica Legislativa organizado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Universidad de Buenos Aires, 7-11-97.

La autora sustentándose en los criterios expuestos por los mencionados catedráticos define las **técnicas de anticipación de la tutela penal** como el conjunto de procedimientos y recursos de los que se vale el legislador para ampliar las esferas de intervención del Derecho Penal, mediante la creación de tipos penales que otorgan tutela preventiva a los bienes jurídicos al penalizar conductas que no los lesionan o ponen en peligro concreto, obviando con ello principios jurídico-penales fundamentales.

Castells<sup>24</sup> entiende la Técnica legislativa como el arte y la destreza necesarios para llegar a una correcta y eficaz elaboración de la ley. Por lo tanto, la Técnica Legislativa se conforma por los procedimientos, formulaciones, reglas, estilos ordenados y sistematizados, que tratan a la ley durante su proceso.

Fuentes<sup>25</sup> concibe que la anticipación de la tutela penal, desde un enfoque que no reduce el injusto a la producción de una lesión efectiva sino que también abarca la capacidad lesiva ex ante, equivale a la criminalización de conductas que no lesionan o que no representan una puesta en peligro, materialmente relevante, del bien jurídico.

Detrás de un tipo penal cualquiera podemos encontrar algunas de las diferentes técnicas de anticipación de punibilidad que exhiben las legislaciones penales, para comprender cuando estamos en presencia de una de ellas a continuación las caracterizamos de forma particular.

### **Delitos de peligro**

Desde el punto de vista del resultado los delitos se clasifican en de *lesión y de peligro*. Los primeros poseen como característica esencial el daño a determinado bien jurídico, por ejemplo, el delito de homicidio, provoca un daño al bien jurídico. En cambio, en los segundos la sola realización de la conducta típica pone en riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico.

---

<sup>24</sup> CASTELLS, A.; "Estudios de técnica legislativa: Panorama", conferencia dictada en el marco del Seminario Nacional de Técnica Legislativa organizado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Universidad de Buenos Aires, 7-11-97.

<sup>25</sup> FUENTES OSORIO. L.; "Formas de anticipación de la tutela penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recp08-08/pdf>. [Consultado el 12 de febrero del 2016]

Antes de adentrarnos en una conceptualización acerca de los delitos de peligro, es ineludible precisar qué se entiende por peligro desde la óptica penal, asimismo la probabilidad y posibilidad de que tal amenaza o peligro se concrete. Para lograrlo acudiremos a los tres teorías formuladas respecto al concepto de peligro: la de carácter subjetivo, la de tipo objetivo y la doctrina mixta:

La teoría *subjetiva*, propugna el criterio de que el peligro no puede considerarse como hecho, como realidad concreta, solo como hipótesis o abstracción. En la realidad de los fenómenos el peligro no puede apreciarse objetivamente no hay cabida para la probabilidad y la posibilidad. Según sus principales exponentes afirman que el peligro en relación con los delitos está relacionado con una impresión subjetiva de temor, a una representación mental.

La teoría *objetiva* parte del peligro como acontecimiento real, como estado de hecho que contiene las condiciones inconclusamente determinantes de un resultado dañoso. La no concurrencia del hecho temido, no demuestra su inexistencia pues lo que imposibilita el acaecimiento del fenómeno son condiciones, surgidas después de las que tendían a producirlo, y que no invalidan que el peligro existiera, antes de que esas condiciones impeditivas se hayan presentado. Entre la necesaria verificación y la necesaria no verificación de un fenómeno, cabe la posibilidad y por ello para la probabilidad del fenómeno mismo, ambas tienen una naturaleza objetiva, representan un hecho, una realidad concreta, no una hipótesis.

La teoría *mixta* alega que el peligro como posibilidad de daño es una situación objetiva; pero esa posibilidad aunque tenga existencia objetiva, no se revela por sí misma, puesto que ha de ser juzgada. Es preciso un juicio de valuación, un cálculo: el "juicio de peligro", que es el resultado de un raciocinio silogístico, en que la premisa menor es el convencimiento de la presencia de determinadas circunstancias y la premisa mayor está constituida por las lecciones de experiencia respecto a circunstancias análogas.

La entrada del peligro en el Derecho Penal se debe hacer depender a juicio de Jiménez de Asúa de la probabilidad o posibilidad inmediata que ofrece el riesgo más alto al objeto de protección del Derecho Penal para calificar a una conducta humana como peligrosa, de lo contrario la libertad humana se restringiría de manera considerable.

*Los delitos de peligro* son aquellos en que la acción o el desvalor antijurídico ocasionan un perjuicio posible al bien jurídico protegido. En la doctrina existen diferentes clases de delitos de peligro, en atención al número de titulares del bien

jurídico y el riesgo que este corre son delitos de peligro general o común y delitos de peligro particular e individual y los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, en esta última clasificación profundizaremos más adelante.

Delitos de peligro *individual* son aquellos que se tipifican para proteger contra la amenaza a la vida o la salud de una persona, ejemplo, el abandono de menores. Son delitos de peligro *común o general* los que se refieren a situaciones en que se pone en riesgo, la vida, salud o propiedad de un número indeterminado de personas o cosas, como puede ser el delito de estragos.

### **Delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto:**

En los de **peligro concreto** se exige para la configuración de la figura delictiva la existencia de una situación específica de peligro para el bien jurídico, que debe ser probada pues es parte integrante de los elementos constitutivos del delito, constituyendo elementos relevantes de su estructura el nexo causal entre la conducta peligrosa y el bien jurídico protegido y el juicio acerca del peligro.

En estos delitos se manifiesta una doble tutela del bien jurídico pues al configurar determinado delito de peligro concreto, convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien jurídico, al vulnerarse la seguridad de ese bien jurídico se ha lesionado por tanto el bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro concreto. Ejemplo en las legislaciones penales actuales es delito de - Infracciones de las normas referentes al uso y conservación de las sustancias radiactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes. Al ponerse en riesgo la seguridad de ese bien jurídico (la vida, la salud de las personas o sus bienes) se ha producido la lesión del bien jurídico protegido específicamente en el delito concreto o sea la Seguridad colectiva. La ley ha creado un nuevo límite colocado en un momento anterior al daño efectivo, anticipa la protección de la vida, la salud de la persona y sus bienes, aunque como lo expresa el artículo explícitamente no se produzcan daños, se ha puesto en peligro el bien jurídico colectivo, que es lo realmente dañado.

En los de **peligro abstracto** no se exige que la conducta haya provocado un peligro efectivamente pues la sola realización del hecho pone en peligro el bien jurídico según lo entiende el legislador, la ley incrimina estas acciones con independencia de una lesión efectivamente destructiva del bien jurídico y sin que ocasionen la puesta en peligro concreto de ese bien jurídico, son sancionables porque generalmente poseen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños, quizás en este particular radica la clave de su reiterativa utilización por lo que al decir de algunos se ha convertido en “el hijo predilecto del legislador.”

El Código Penal suizo en los artículos del 127 a 136 tipifican conductas de puesta en peligro de la vida y la salud en el art.129 aparece un tipo general de peligro contra la vida. El Código Penal austríaco asume una posición similar en relación con la vida y la salud en los artículos 176 y 177. El Código Penal francés en el art.223. 1 castiga la puesta en peligro de muerte o lesiones graves de una persona por quien está situado en una posición de garantía respecto de la misma. En el Código Penal español solamente se tipifican comportamientos de estas características específicos de ámbitos como el del tráfico automovilístico (arts. 379 CPe), la producción y distribución de alimentos (arts. 363 ss. CPe), el despacho de medicamentos (arts. 361 ss.) etc. En relación a otros bienes jurídicos, como el patrimonio, se entiende que la incriminación de comportamientos de peligro ha de ser excepcional.

Sánchez García de Paz <sup>26</sup> considera al respecto que:

“No es casual que sea la figura utilizada a menudo para la protección de bienes jurídicos supraindividuales como la salud o la seguridad pública; así como para la criminalización de conductas que tienen que ver con la manipulación de fuentes de peligro. Por ejemplo, la energía nuclear, el tráfico rodado, el manejo de sustancias peligrosas etc. Cumplen, en este sentido, estas normas una función decididamente preventiva en relación con riesgos de carácter colectivo. La mayoría son de origen reciente, y éste, así como su desarrollo, están ligados a una sociedad fuertemente industrializada y teologizada como la nuestra, calificada en el ámbito de la sociología como una "sociedad de riesgo".”

Los delitos de peligro abstracto se han convertido en un importante recurso técnico si observamos el incremento de los tipos de esta naturaleza en las legislaciones penales actuales. En los sectores de desarrollo del Derecho Penal Moderno aparecen con profusión en los delitos económicos, los delitos medioambientales y los relacionados con el tráfico de estupefacientes.

La aludida técnica de intervención penal adelantada ha sido motivo de innumerables reparos doctrinales, es importante destacar entre ellos el que plantea KAUFMANN<sup>27</sup> en cuanto a la vulneración del principio de culpabilidad. La imposición o establecimiento de elevadas penas en correspondencia con la importancia de los bienes jurídicos que podrían resultar lesionados, como lo es la vida, aun cuando en la situación concreta el peligro se encuentre descartado por completo, concluye que el peligro es presumido en contra del reo.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ; M.I., *Ibidem* ,p.38

<sup>27</sup> KAUFMANN, A.; "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", *JZ*, 1963, p.p. 426 - 432

Existe coincidencia doctrinal en las obras de autores como MAIER<sup>28</sup>, GRASSO<sup>29</sup> y JAKOBS<sup>30</sup> en no rechazar de modo absoluto esta técnica siempre y cuando se utilice como recurso excepcional a la par que se trabaja en la búsqueda de criterios que permitan disminuir su empleo u orientarlo de forma razonable. Las observaciones más importantes en este ámbito se refieren a la necesaria referencia a un bien jurídico de la conducta incriminada y al mantenimiento de los criterios de imputación propios del Derecho Penal del Estado de Derecho.

La protección de bienes jurídicos como determinante de los tipos penales ha demostrado su falta de eficacia para impedir la creciente expansión del Derecho Penal, mediante esta técnica, por el contrario el principio de protección de bienes jurídicos ha devenido como resultado de las transformaciones del moderno Derecho Penal en un principio de criminalización. En definitiva, "el principio de protección de bienes jurídicos ha conducido a una demanda de criminalización".<sup>31</sup>

Los criterios restrictivos proponen la admisión de "prueba en contrario de la no peligrosidad" posición respaldada por Schroder; la exigencia de un "peligro de resultado" que sustituya al "resultado de peligro", semejante a la infracción del cuidado debido en los delitos imprudentes, respaldada por Horn y Brehm y que adquiere tras peculiaridades en Schünemann ; la sustitución en lo posible de los delitos de peligro abstracto por los denominados por FRISCH<sup>32</sup> delitos de aptitud, estos requieren la aptitud ex ante de la conducta para producir el resultado, cercana a las cuantiosas propuestas de transformación de los mismos en delitos de peligro abstracto-concreto, hipotético o potencial, que exigen la idoneidad de la conducta para poner en peligro el bien jurídico.

Es imprescindible mencionar en este contexto y en relación con la posición de Schroder, la propuesta del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, que introduce un nuevo tipo de delitos de peligro, delitos de peligro abstracto que

<sup>28</sup> MAIER, H.C.; *Arbeitssitzungder Fachgruppefiir StrafieobtsverglekhunganJasslich der Tagungder GessdlschaftfiirReohstvetgle*, Köln,1985,p.152

<sup>29</sup>GRASSO, G.; "L'anticipazione della tutela pénale. I reati di pericolo e i reati di attentato", *RIDPP*, 1986, p. 706

<sup>30</sup>JAKOBS, G.; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", Madrid,1997, p.p 308 - 323

<sup>31</sup> HASSEMER, W.; "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *ADPCP*, 1992, p. 239.

<sup>32</sup> FRISCH, W.; "*An den Grenzen des Strafrechts*", *Beiträge zur Rechtswisewhafi.. Festschiftfür W. StreeundJ.Wessds*, Heidelberg ,1993, p.p 69 -71

incluirían la cláusula negativa siguiente: "sin que al momento de la acción pueda excluirse un daño para la vida o la integridad de otro".

La autora asume una posición restrictiva en cuanto a los delitos de peligro, al entender que estos contribuyen a la criminalización en el ámbito previo y constituyen una parte importante de su contenido. No podemos empero vivir ajenos a la realidad de los peligros que nos amenazan de forma individual y colectiva pero solo para aquellos comportamientos con verdadera potencialidad lesiva debe reservarse el empleo de los delitos de peligro como técnica de tutela.

### **Delitos de tentativa**

Los conocidos como **delitos de tentativa** son aquellos en los que se sanciona de forma independiente ese grado de ejecución del delito, cuya producción equivale a la consumación del mismo, si consideramos en ellos únicamente su realización representan delitos de peligro, diferenciándolos de los delitos de peligro comunes el elemento subjetivo, pues en estos últimos el dolo se limita a la puesta en peligro del bien jurídico, mientras que en los de tentativa, entre los que se incluyen los de emprendimiento, el dolo se extiende a la lesión del bien jurídico, la persona intenta hacer algo que finalmente no consigue, con lo que ya se tipifica el delito pero su intención iba más allá del resultado obtenido.

Una modalidad especial de los delitos de tentativa la constituyen los **delitos de emprendimiento o de empresa** pues en ellos una tentativa es tipificada de forma autónoma, en una figura de la parte especial del Derecho Penal, imponiendo por ella la misma sanción que se aplicaría en el caso de un delito consumado. En estos delitos lo que se anticipa en sentido estricto, es la consumación de los mismos y no los límites de punibilidad, pues de no existir dichos comportamientos continuarían sancionándose, en principio como tentativa del delito, pero indiscutiblemente traen consigo una mayor sanción de las acciones ejecutivas que intentan la perpetración del delito, sobre todo en los delitos de emprendimiento donde la tentativa recibirá la misma pena que el delito consumado.

Las características expuestas son comunes a los delitos de tentativa y de emprendimiento en la legislación comparada, entre ellos su localización casi en exclusiva en el ámbito de los delitos políticos. El Derecho alemán presenta la particularidad de contemplar expresamente la figura del delito de emprendimiento en la Parte General de su Código Penal, en el Artículo 11. 1, n° 6, según el cual "Conforme al sentido de esta ley es: 6. Emprendimiento de un delito: su tentativa y su consumación". Esta constituiría, según Jescheck, otra forma de acción punible prevista en el Código Penal Alemán, junto al delito consumado, la tentativa y los

actos preparatorios castigados autónomamente. El sentido del mismo, precisa este autor, es agravar la reacción jurídico penal, equiparando tentativa y consumación e impidiendo así la atenuación de la pena en la tentativa prevista en el Artículo 23.

La doctrina alemana califica estas figuras de **delitos de emprendimiento propios** categoría que incluye todos aquellos tipos que comprenden, solamente como unidad técnico legislativa, el hecho punible consumado y el intentado. Ejemplo paradigmático sería el § 81 StGB (Alta traición), que castiga a quien emprende con violencia o amenaza con violencia el cambio de la Constitución del Estado o del territorio nacional. Los que la doctrina denomina a partir de Schröder **delitos de emprendimiento impropios** por algunos también denominados delitos de tentativa en los que se estima formalmente consumativa y se somete a pena no la causación de un resultado, sino simplemente la actuación dirigida a la producción del mismo.

La calificación de "impropios" de estos delitos de emprendimiento viene dada sencillamente por la no utilización expresa del término "emprendimiento". Ambos coinciden en su estructura pues la tentativa es valorada como hecho formalmente consumado. Un ejemplo clásico lo constituye la figura del Artículo 292 (caza furtiva) que castiga, junto al apresar o cazar y el matar (animales), el perseguir o acechar; o la del Artículo 113 (delito de resistencia), que castiga la conducta de prestar resistencia con violencia o amenaza, o de acometer a la autoridad.

*Reati di attentato* es la denominación que adquieren en el ámbito italiano, se entienden por tales aquellos delitos a través de los cuales el legislador tipifica autónomamente y como un delito consumado actividades dirigidas a la producción de un daño a un bien jurídico; se trata de conductas que, de otro modo, a lo sumo constituirían una tentativa de delito. Como tales se califican las figuras de los arts. 241 Código Penal (hechos dirigidos a atentar contra la integridad, independencia y unidad del Estado), y 283 CPe (hechos dirigidos a cambiar la Constitución del Estado o la forma de gobierno por medios ilegales), entre otros.

Los delitos de tentativa han sido estudiados exhaustivamente en la doctrina italiana. Los principales problemas que plantean los delitos de tentativa son la interpretación en clave objetiva o subjetiva del concepto de dirección (se castigan conductas dirigidas a la producción de un resultado) y la exigencia de idoneidad o no de los actos efectuados para la consecución del resultado. En correspondencia, algunos autores han declarado su preocupación por un posible alejamiento de los delitos de tentativa de la estructura de la tentativa de delito, en el sentido de dejar de exigir al menos la idoneidad de la conducta para producir el resultado, que

respecto de la tentativa reclama el art. 56 del Código Penal italiano (en consonancia con el art. 49. 2 del Código Penal, donde se excluye la punibilidad de la tentativa imposible y se entiende codificado el principio de ofensividad). Interpretándose así, los delitos de tentativa sí constituyen una auténtica anticipación de la tutela penal, similar a la operada a través de los delitos de peligro abstracto. Discusión esta, no planteada en la doctrina alemana o española.

En los finales de la década de los años 60, en Italia ocurre un momento de revalorización del principio de ofensividad, doctrina y jurisprudencia protegen la interpretación de la estructura del delato di attentato de modo similar a la de la tentativa, interpretando la fórmula "hecho dirigido a" como "hecho idóneo dirigido a". En el ámbito alemán se entiende, sin embargo, que también las conductas de emprendimiento inidóneas, esto es, que de ningún modo pueden conducir al resultado -por inidoneidad del medio o del objeto- son constitutivas de delito, en cuanto entendidas en la definición de tentativa del Artículo 22 del Código Penal alemán. La posición dominante favorable a la inclusión de la tentativa imposible dentro de la tentativa punible definida en el Artículo 22 del Código Penal alemán, ha traído esta consecuencia. La solución expuesta es aceptada respecto de los delitos de emprendimiento propios la doctrina se encuentra dividida, en cambio, respecto de aquellos de emprendimiento impropio. En el caso de España, también la respuesta a esta cuestión la determina la solución adoptada respecto a la punibilidad de la tentativa imposible.

En tal sentido el criterio de la autora es totalmente coincidente con la postura italiana pues la tipificación de forma autónoma de los delitos de tentativa es contraria al principio de ofensividad por lo tanto debe usarse de forma excepcional acudiendo para la interpretación del tipo penal a la mencionada fórmula en el caso de la tentativa idónea y en lo que a la inidónea se refiere si es examinada desde la óptica del principio de ofensividad o lesividad de el bien jurídico, su punibilidad carece de fundamento.

### **Delitos de preparación o actos preparatorios**

Los actos preparatorios son impunes solo en principio pues tradicionalmente el legislador no ha rechazado la exclusión de estas conductas siguiendo diferentes criterios político-criminales entre los que se encuentran la especial importancia del bien mediatamente amenazado, o la especial peligrosidad del comportamiento. Los **delitos de preparación** son comportamientos que exteriorizan la idea de cometer un delito, sin comenzar su ejecución mediante la preparación de actos idóneos para ello (actos preparatorios) que son penalizados de forma independiente.

Doctrinalmente los delitos de preparación se distinguen en dos grupos. El primero engloba a aquellos tipos en los que atendiendo a la importancia del bien mediatamente protegido se requiere una temprana intervención pues de lo contrario la pena sería ineficaz. Se encuentran en este grupo algunos delitos contra la seguridad del Estado, de los que constituyen ejemplos en el Código Penal alemán la preparación de un emprendimiento de alta traición (Artículo 83), el espionaje para revelar secretos de Estado (Artículo 96), la preparación de un ataque a aeronave (Artículo 316) o en el Código Penal español la preparación de un delito de rebelión mediante la recluta de tropa (Artículo 475).

En el segundo grupo se encuentran los actos preparatorios de típica fisonomía y especial peligrosidad, en los que no se precisa que el autor tenga proyectado un delito totalmente determinado al configurarse como delito formalmente independiente conductas que materialmente constituyen un paso previo a otro hecho penal. Dentro de los ejemplos comprendidos en este grupo se encuentran las conductas preparatorias de una falsificación de moneda, o de la tenencia ilícita de armas y explosivos que son reprimidas en muchos ordenamientos jurídicos. En el Código Penal español reprime la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (Artículo 563), igualmente esas conductas y otras semejantes cuando son cometidas por miembros o colaboradores de grupos terroristas (Artículo 573) así como la tenencia de precursores para la elaboración de drogas (Artículo 371). Figuras como la tenencia de ganzúas u otros instrumentos destinados a la comisión de un robo, los actos preparatorios de un delito de aborto y los actos preparatorios de un delito de detención ilegal han caído en desuso en el Derecho Penal español.

Resulta controvertida en la doctrina española la naturaleza de los delitos de preparación, los criterios se encuentran divididos entre un grupo numeroso que los consideran formas previas a la codelincuencia en el hecho consumado, otro para quienes constituyen actos preparatorios o formas imperfectas de ejecución de las formas de participación y por último aquellos que lo consideran formas de resolución manifestada debido a que no se exige la realización de actos materiales externos y no actos preparatorios.

Las posiciones asumidas en algunos de los ordenamientos jurídicos europeos se contraponen, pues por ejemplo en el portugués e italiano no se castigan de forma general los actos preparatorios, mientras que el austríaco reprime solo la inducción intentada de cualquier clase de delito. En el Artículo 111 del StGB alemán las conductas de provocación pública al delito, cualquiera que este fuese, poseen una configuración autónoma. El Artículo 30 de la referida legislación es una norma general de punición de actos preparatorios como paso previo a la

coautoría o la participación, es precisamente esta norma la que establece las excepciones a la impunidad de los actos preparatorios regulada en el Artículo 22. Las excepciones están vinculadas de forma específica a la inducción intentada a un delito grave por lo que tomando como sustento doctrinal la “especial peligrosidad que suponen las vinculaciones conspiracionales que surgen al implicar a otras personas en la resolución de delinquir” resultan sancionables el concierto, aceptación del ofrecimiento y manifestación de estar dispuesto a la comisión de un delito grave, conductas a las que según los Artículos 23.2 y 49 se les impone igual pena que la tentativa pero en este caso la atenuación de la pena no se deja a la valoración judicial sino que tiene un carácter imperativo.

La autora es partidaria de la reducción del número de conductas que en virtud de los criterios doctrinales imperantes son sancionables de forma general al igual que de la regulación de su punibilidad en forma autónoma en la Parte Especial se realice atendiendo la importancia de los bienes jurídicos que protegen esos determinados delitos.

La catedrática española Sánchez García de Paz<sup>33</sup> corrobora que:

“El tratamiento de estas actividades preparatorias, (...), constituye, como acertadamente y de modo expresivo pusiera de relieve Jiménez de Asúa, el termómetro que mide el calor de las convicciones liberales de un Código.”

### **Delitos de intención sin lesión del bien jurídico**

Estos delitos son aquellos cuyo elemento subjetivo trasciende al dolo, en cuanto el autor persigue un fin, determinado en el tipo que no requiere la realización del fin para configurar la figura delictiva. *Los delitos de resultado cortado* y *los delitos mutilados de dos actos* son las dos categorías que se encuentran comprendidas en esta clase de técnica. Los delitos de resultado cortado son aquellos en los que la acción típica se completa por la persecución de un resultado exterior que está más allá del tipo objetivo y que ha de producirse por sí solo, sin intervención del autor, con posterioridad al hecho; mientras que en los delitos mutilados de dos actos son aquellos en los que el autor ha de querer producir, por propia actuación, tras la realización del tipo, el resultado situado más allá del tipo objetivo.

Únicamente los delitos de intención cuya ejecución no lesiona un bien jurídico, constituyen técnicas de anticipación de la punibilidad en la que se encuentran incluidos aquellos delitos de intención que suponen el castigo de conductas para

<sup>33</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ; M.I., *Ibidem.*, p.60

las que las reglas de la tentativa son excluyentes por tanto no pueden ser incluidas siquiera por esta al encontrarse enmarcadas dentro de la preparación de un delito. Ejemplo ilustrativo de esta clase de ilícito en el Derecho Penal español es el delito de mera tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución previsto en el Artículo. 386 del Código Penal español.

Esta técnica es una expresión fehaciente de la extensión de la intervención punitiva a comportamientos anteriores a la lesión del bien jurídico, muestra de la nueva tendencia sobreprotectora de bienes jurídicos por lo que resulta totalmente acertado lo que se cuestionado por algunos autores<sup>34</sup> respecto a un Derecho Penal ya no de última sino de única ratio.

### **Creación de bienes jurídicos colectivos**

La creación de bienes jurídicos colectivos es una técnica dirigida a la protección de aquellos bienes en que se configuran delitos de peligro, generalmente del tipo que no requiere la concreción del mismo, facilitándose la prueba del delito, la expansión del Derecho Penal hacia la producción de dichos bienes y la anticipación de la tutela penal a la par.

La creación de bienes jurídicos colectivos responde a la tendencia político criminal actual de proteger los bienes jurídicos individuales de forma preventiva mediante delitos de peligro abstracto, que han sido objeto de muchas críticas por lo que se asumió la opción de crear un bien jurídico colectivo en el ámbito previo del bien jurídico individual, de manera que los delitos de peligro lesionen al bien colectivo, lo cual representa una estrategia para silenciar las críticas que suscitan los delitos de peligro abstracto, cuando realmente continúan siendo delitos que protegen el bien jurídico individual que ahora se ve doblemente protegido por otro bien jurídico y en ocasiones siguen siendo delitos de peligro en relación con el bien jurídico colectivo.

Podemos identificar los bienes jurídicos colectivos por ser intereses que necesitan de protección penal debido a su elevada importancia para la sociedad pero su titular no recae en el individuo, sino en la sociedad y el Estado, comunes ejemplos en las legislaciones penales actuales y específicamente en la nuestra son: la seguridad del tránsito, la salud pública, la integridad del patrimonio histórico y

<sup>34</sup> ZAFFARONI, E.R.; "La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)", Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I de MERCOSUR de Derecho Penal y Criminología, Brasil, 16-9-01 e igualmente en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Ibidem*, pp. 66-67

artístico, la seguridad en el trabajo y el medio ambiente, bienes que se ubican en el marco del Derecho Penal Socioeconómico, relacionados con el buen funcionamiento del sistema crediticio y del mercado, así como a los intereses del colectivo de los consumidores.

La protección de estos bienes tiene como objetivo mantener las condiciones de seguridad para que se desarrollen tanto los bienes macrosociales como los individuales entre los cuales existe una relación, pues quien contamina el medio ambiente pone en condiciones de peligro la vida y la salud de las personas. Es desde esta óptica que podemos decir que tienen una doble perspectiva, individual y colectiva, funcionando a modo de complemento de un bien jurídico individual de gran importancia en tanto anticipa su protección ante nuevas fuentes de riesgo por lo que se les conoce como “intereses funcionales e instrumentales” o “bienes jurídicos de ámbito previo”. Generalmente los delitos que protegen bienes jurídicos individuales representan un peligro concreto pues la puesta en peligro del bien jurídico debe ser comprobada conforme a la realidad objetiva, mientras lo común es que los delitos de peligro abstracto se refieran a bienes jurídicos colectivos que tienen como propósito prevenir el peligro general que puede afectar la seguridad colectiva e indirectamente a los bienes jurídicos individuales, pero sin que ese peligro deba materializarse para configurar la figura delictiva, lo que no representa la inexistencia de delitos de peligro concreto que protejan bienes colectivos.

## ***Capítulo II: Intervención punitiva adelantada en la Ley 62/87***

### **2.1 Antecedentes legislativos de la tutela punitiva adelantada en Cuba**

La evolución penal legislativa en Cuba ha transitado por diferentes etapas en las cuales las normas han expresado las concepciones doctrinales de una época determinada estando en estrecha relación con las ideas políticas imperantes. Las

páginas de la Historia del Derecho Penal cubano en etapas como la colonial se caracterizan por la recepción de influencias provenientes de España. Inicialmente constituyeron un conjunto de normas abundantes y dispersas distribuidas entre el Fuero Juzgo y Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, las leyes de Castilla y las de Indias. Luego de la extensión a Cuba del Código Penal español de 1870 se instauró una legislación calificada como progresista para su época. El liberalismo norteamericano constituyó asimismo una importante influencia como creador de un sistema de garantías que realizaba los derechos del justiciable y por último la entrada a la isla del positivismo<sup>35</sup> tuvo una notable influencia que se extiende hasta la actualidad<sup>36</sup>.

La autora no pretende exponer todo el desarrollo de la normativa penal hasta el momento sino indagar en los antecedentes de la tendencia penal que constituye su objeto de estudio a partir del Código de Defensa Social de 1938<sup>37</sup> por representar el fin de la regencia de las normas coloniales españoles al ser el primer Código Penal posterior a la etapa de dominio español, estudio que se extiende hasta sus sucesores el Código Penal de 1979 y el Código Penal de 1987.

### **2.1.1 Regulación jurídica de las formas imperfectas del delito en el Código de Defensa Social, el Código Penal de 1979 y el Código Penal de 1987.**

La tentativa y los actos preparatorios corresponden a formas imperfectas o incompletas del delito que en la actualidad son tipificados de forma autónoma pese a criterios<sup>38</sup> que rechazan su autonomía si bien la extensión de la punibilidad a estos comportamientos no es una práctica nueva en el Derecho Penal. Para determinar los antecedentes históricos de la intervención punitiva adelantada es necesario establecer un nexo entre los momentos culminantes de esta tendencia expansiva en la historia del Derecho Penal y su expresión en la norma sustantiva lo que obliga a realizar un análisis de la manera en que las leyes que constituyen objeto de estudio en este epígrafe han asimilado las tendencias expansivas respecto a la tutela en mayor o menor medida de bienes jurídicos y la punibilidad de la tentativa y los actos preparatorios.

<sup>35</sup> En León Iglesias, J.M.; *“Evolución de las ideas filosófico penales en Cuba. El Código de Defensa Social y otras normativas penales” (1938-1958)*, en Revista de Historia y Derecho, [online], Junio, 2014, No.45, ISSN 1853-1784. Disponible en [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842013000100004/](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842013000100004/). [Fecha de consulta: 24/1/2016].

<sup>36</sup> Cfr. Águila, Gutiérrez Y.; *“Influencia del positivismo en el Código de Defensa Social de 1936 y el vigente Código Penal cubano.”* Disponible en [monografias.umcc.cu/monos/2010/CIENCIAS%20SOCIALES/mo1024](http://monografias.umcc.cu/monos/2010/CIENCIAS%20SOCIALES/mo1024). [Fecha de consulta: 24/1/2016].

<sup>37</sup> TABIO E.; *“Comentarios al Código de Defensa Social”*, T. XIV, “Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y extranjeros”, Jesús Montero Editor; La Habana, 1956, pp.668-701.

El Decreto Ley No. 802, de 4 de abril de 1936, representó la entrada en vigor del Código de Defensa Social que derogó el Código Penal de 1870 un conjunto de órdenes militares, leyes, decretos-leyes, ordenanzas, decretos y reglamentos y de igual modo derogó tácitamente cualquier disposición que contraria a lo expresado en la letra del nuevo código. En esta ley encontramos claros antecedentes de la anticipación de la tutela penal en lo que influyó su marcado carácter positivista. Influenciado por las ideas de Ferri, Lombroso y Garófalo, principales exponentes de esta corriente de pensamiento, acerca de la importancia de la protección de la sociedad frente a la del individuo y a la significación que tiene este para el Derecho Penal no solo cuando ocasiona un daño social sino también cuando significa un peligro social. La peligrosidad es por ello un elemento determinante para la imposición de las sanciones y de las medidas de seguridad. El hecho y la personalidad del presunto delincuente eran los criterios fundamentales a tener en cuenta por los jueces al adecuar la sanción. En consonancia con el principio de defensa social contra el delito se encuentran la Sentencia 204 de 22 de julio de y la Sentencia 244 de 22 de septiembre de 1939, ambas son ejemplos del adelanto de la intervención punitiva pues en ellas la imposición de la sanción la determina la peligrosidad de la conducta y no su resultado<sup>39</sup>.

El empleo del término tentativa no es usado de forma expresa en esta ley, aunque aparece referencia a este principio de ejecución denominado en esta ley como delito imperfecto. Al respecto el Código establece en el Libro I de la Parte General, en el Título II, Capítulo III: Del delito consumado y del delito imperfecto: Art.25-A) "Son sancionables tanto el delito consumado como el delito imperfecto."<sup>40</sup>

El artículo 26 nos acerca de manera imprecisa a lo que se entiende el ordenamiento jurídico penal por delito imperfecto al establecer que: Art.26 b)"Se considerará delito imperfecto aquel que por cualquier causa no llegue a consumarse".<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Ver en JIMÉNEZ DE ASÚA, L; "Tratado de Derecho Penal", Tomo VII, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pp. 587-588

<sup>39</sup> DE LA CRUZ OCHOA, R.; "El delito, la Criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en: <http://www.criminet.ugr.es/recep/02/recpc02-02.html>. [Fecha de consulta: 4/2/2016].

<sup>40</sup> Cuba, Colección Legislativa Cubana, Vol. I, "Código de Defensa Social", Jesús Montero Editor, La Habana, 1938, p.13

<sup>41</sup> Cuba, Colección Legislativa Cubana, Vol. I, "Código de Defensa Social", Jesús Montero Editor, La Habana, 1938, p.13

Definición que es considerada por la autora como ambigua en su redacción partiendo del principio de *lex certa*, además de ser negativa al no ofrecer una explicación acerca de qué se entiende por delito imperfecto y remitir al consumado como negación de este. La generalidad de este artículo engloba a todas las formas de ejecución anteriores a la consumación como la tentativa, el desistimiento del delito y los actos preparatorios. El inciso c) del mismo artículo regula la forma de adecuación de la sanción impuesta por la tentativa de un delito ateniendo a la “demostrada peligrosidad” del autor y a la etapa de progresión del delito pero no precisa a diferencia de los códigos que le suceden los límites en que se reducirá la pena. En el inciso d) resulta una cláusula penal beneficiosa para el agente pues da pie a que cuando la comisión de las acciones de ejecución incompletas sean constituyentes de un delito de menor entidad o una contravención se apliquen las sanciones respectivas correspondientes, si lo favorecen, estableciendo como requisito para ello que el autor no hubiese revelado de forma clara su propósito delictivo<sup>42</sup>. La posibilidad de declarar impune el delito imposible es regulada en el inciso e), lo cual decidirá el órgano jurisdiccional de modo facultativo así como declarar al autor en estado de peligrosidad e imponerle alguna de las medidas que se establecían en el Libro VI “De las medidas de seguridad”. Evidentemente la redacción de este artículo responde igualmente a los criterios de peligrosidad predominantes en esta ley.

La autora es del criterio de considerar que la regulación de la tentativa por esta ley se hace atendiendo a una combinación de los criterios objetivo y subjetivo, al no igualarse la pena de la tentativa y la consumación se sigue la teoría objetiva que no lo es puramente al establecerse en la ley la adecuación de la sanción atendiendo a los requisitos que se mencionan en el artículo 26c) pero sin delimitarse los límites de reducción de la pena. En igual sentido se pronuncia el inciso que le sigue al permitir que esta forma imperfecta de ejecución del delito sea sancionada como un delito menos grave o una contravención si las constituye y por último en el inciso e) aunque permite la impunidad de la tentativa inidónea no impide su punición y establece la exigencia de declarar el estado peligroso de su autor e imponerle alguna de las medidas de seguridad.

En el Código Penal de 1979 se refiere expresamente a la tentativa en la Parte General, Título II “Del delito”, Capítulo IV “Del delito consumado, de la tentativa y

<sup>42</sup> Al respecto parece seguirse lo que plantea la *Teoría de la menor intensidad de la voluntad delictiva* como fundamento de la impunidad del desistimiento al establecerse en el artículo que “no se hubiera exteriorizado de manera clara la intención criminoso del agente” partiendo de que al no ser la manifestación de voluntad lo suficientemente enérgica para la realización del delito, hay desistimiento de este y tanto la acción debe quedar impune según la finalidad de la prevención y la retribución.

los actos preparatorios”. El artículo 12.1 establece la punibilidad de la tentativa y el delito consumado, pero es su apartado cinco si bien establece para la tentativa la misma sanción que para el delito consumado faculta al tribunal para rebajar hasta dos tercios el límite mínimo de la sanción. El artículo 14 del Capítulo V “Del delito imposible” permite al tribunal atenuar la sanción de la tentativa inidónea sin tener que atender los límites anteriores e igualmente a dejarla impune si careciera de peligrosidad. Las mencionadas regulaciones permiten ubicar el fundamento de la punibilidad como resultado de la filiación a la teoría subjetivo-objetivo en igual sentido que su antecesor el Código de Defensa Social al que derogó la Ley 21 de 1979. Es diferente este código al que lo antecede también en relación a lo que establece el artículo 12.4 acerca de considerar a la tentativa como tal siempre que no constituya un delito de mayor entidad, mientras que la proyección del Código de Defensa Social tiende a no considerar a la tentativa como tal en los supuestos que beneficie al infractor.

La Ley 62 de 1887 derogó el Código Penal de 1979 pero sus pronunciamientos en cuanto a la punibilidad de la tentativa no alcanzaron ninguna variación por el contrario fueron reproducidos literalmente, manteniéndose hasta la actualidad una concepción subjetivo-objetiva respecto a la punición de la tentativa.

Los actos preparatorios como forma de ejecución incompleta en el desarrollo del delito, no se encuentran definidos tácitamente en el Código de Defensa Social al no hacer referencia sino del término por lo menos de las acciones que los caracterizan como la organización de un plan, la adquisición y adaptación de medios e instrumentos y la reunión. No existe empero espacio en esta ley para su impunidad al encontrarse comprendidos dentro de las formas de ejecución imperfecta del delito en la Parte General e igualmente en la Parte Especial se tipifican de forma autónoma comportamientos que constituyen los actos preparatorios de una conducta delictiva . Ejemplos<sup>43</sup> encontramos en el artículo 158 a) sanciona los actos preparatorios para cometer los delitos contra la seguridad del Estado tipificados en los artículos 128, 147, 148 y 149. Los delitos regulados en los artículos 219-3), 227-3), 233 y 234 sancionan las reuniones que tienen como propósito preparar la comisión de un hecho delictivo, las asociaciones que tienen como finalidad delinquir, la formación de grupos armados con intención idéntica a la de las conductas anteriores y la formación de grupos armados que no tuviera por objeto la infracción del Código de Defensa Social u otras leyes especiales vigentes en aquel entonces.

<sup>43</sup> El artículo 158 a) preceptuaba lo siguiente: “Los que para cometer alguno de los delitos definido en los artículos 128, 147, 148 y 149, organizaren un cuerpo armado o ejercieran en este una función especial, y los que figuraren como caudillos principales del mismo, incurrirán en las sanciones señaladas en el artículo anterior agravadas en un tercio.”

Los criterios respecto a la punición de los actos preparatorios no tienen diferente acogida por el Código Penal de 1979 que en el artículo 12.1 establece la punibilidad de los actos preparatorios como regla general a la par que mantiene conductas preparatorias tipificadas como delitos independientes en la Parte Especial como la Asociación para delinquir regulada en los artículos 238.1 y 2. En cuanto a su concepción respecto a estos los considera como aquellos que “comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración de un delito.”

El Código Penal de 1987 reproduce textualmente la definición de actos preparatorios que ofrece la Ley 21/1979 pero ocurre nuevamente un cambio de postura en cuanto a la punibilidad de las conductas de preparación del delito. En tal sentido el artículo 12.1 de esta ley ya no establece el castigo de los actos preparatorios como generalidad, sino únicamente como excepción aplicable a los delitos que atentan contra la seguridad del Estado para los cuales se establezca de forma específica. No existen los mismos pronunciamientos respecto a la tipificación como delitos independientes en su Parte Especial de conductas de preparación.

La autora considera que la regulación de las formas imperfectas del delito en las leyes analizadas se ha ido desarrollando de manera que de ella resulta la agravación de la extensión de la punibilidad en el caso de la tentativa y los actos preparatorios. El criterio de punibilidad de la tentativa que implica consecuencias más severas, en cuanto a equiparar la tentativa a la consumación y establecer para ambos grados de desarrollo del delito igual sanción, es el subjetivo y no se ha seguido en las leyes referenciadas. El cambio de criterio subjetivo-objetivo sostenido en cuanto a la tentativa por el Código de Defensa Social y que no difiere de los posteriores puede considerarse como parte del proceso de intervención punitiva adelantada. En cuanto a los actos preparatorios es el Código Penal vigente el que expone un criterio más reduccionista en cuanto a su impunidad con respecto a sus predecesores, pero la tendencia a criminalizar las conductas de preparación autónomamente se ha venido manifestando hasta la actualidad.

### **2.1.1 Regulación de la tutela de bienes jurídicos en el Código de Defensa Social, el Código Penal de 1979 y el Código Penal de 1987.**

Antes de adentrarnos en el tema que nos ocupa es preciso aclarar que se ha tenido en cuenta las diferencias de época que existen entre las leyes estudiadas y se entiende que en un momento histórico-concreto determinado el Derecho Penal puede tener un objeto de tutela que más adelante por variar las condiciones o por la existencia de factores sociales, políticos o culturales deje de serlo y viceversa.

La alarma necesaria para el Derecho Penal es que la evolución doctrinal de tendencias maximalistas favorece el desarrollo de un movimiento legislativo y la incorporación de nuevas figuras delictivas, mientras las viejas siguen ahí, podrá encargarse entonces de tutelar efectivamente tantos bienes jurídicos.

En el Código de Defensa Social los diferentes títulos protegían diversos bienes jurídicos. Los delitos contra la integridad y la estabilidad de la nación se regulaban en el Título I, en el Título II Los delitos contra la paz internacional, el Derecho de Gentes y la libertad y seguridad de los mares. Corresponden al Título III Los delitos contra los derechos individuales, se establecen los Delitos contra la inviolabilidad parlamentaria el en el Título IV, mientras que en el Título V se encontraban los Delitos contra el Orden Público. En el Título VI se establecen los Delitos contra la administración de justicia, regulados en el Título VII se encontraban los Delitos contra la Fe Pública, por su parte los Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos se agrupaban en el Título VIII. Los delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud se establecían en el Título IX, seguidos de los Delitos contra la seguridad colectiva; los Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, los Delitos contra el honor y los Delitos contra la propiedad que fueron regulados en los Títulos X, XI, XII y XIII respectivamente.

La Ley 21 de 1979 se tutela igual cantidad de bienes jurídicos, los títulos referentes a la paz la paz internacional, el Derecho de Gentes y la libertad y seguridad de los mares y a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos no se encuentran en la nueva ley, aunque algunas de las figuras delictivas que en ellos eran regulados pasan a otros títulos. En el Título I se regulan conductas que atentan contra la estabilidad y la integridad de la nación pero ya no bajo esta denominación que es cambiada por la de Delitos contra la Seguridad del Estado. Los Títulos que regulan los delitos contra la economía nacional y el patrimonio cultural son de nueva creación en este código y se corresponden con la creación de bienes jurídicos colectivos.

En el Código Penal de 1987 al ser promulgado mantuvo los mismos Títulos bajo que se agrupaban las diferentes familias de delitos en la Ley 21 de 1979. Inicialmente fue reduccionista con respecto al código penal que lo antecedió en cuanto a las conductas relativas al uso de uniformes, distintivos, insignias y condecoraciones (artículo 168 de Ley 21/79) que en este sentido asemejaba a regulaciones similares establecidas en el Código de Defensa Social en los artículo 337 a y b; al eliminarlas de las regulaciones del Código. Los delitos de demanda indebida regulado en el artículo 174 de Ley 21/79 y en los artículos del 286-289 del Código de Defensa Social; el delito de contagio venéreo que se establecía en

el artículo 213 del Código Penal de 1979 e igualmente en el artículo 454 a y b y el delito de inhumaciones ilegales prevista en el artículo 214.1 a) en la Ley 21/79 y en los artículos 459 a y b del Código de Defensa social son ejemplos de figuras que fueron excluidas de la vía penal en la letra del Código Penal 1987.

El decurso legislativo ha hecho que Ley 62/87, objeto de no pocas modificaciones pierda su otrora carácter reduccionista con respecto a las analizadas en este epígrafe. Entre las modificaciones<sup>44</sup> introducidas es importante resaltar las que adicionan comportamientos punibles por ejemplo la Sección Tercera: Venta y tráfico de menores, en el Capítulo III del Título XI de los Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la infancia y la juventud fue adicionada por el artículo 19 de la Ley 87 de 16 de febrero de 1999, cuyo artículo 21 adicionó el Capítulo II: Lavado de dinero en el título 14 de los Delitos contra la Hacienda Pública e igualmente 22 adicionó el Título XV de los Delitos contra el normal tráfico migratorio. Los apartados 3 y 4 del delito de defraudaciones<sup>45</sup> fueron adicionados por el Decreto Ley No.175 de 17 de junio de 1997, el artículo 32 de este decreto ley adicionó la insolvencia punible que si bien no era constitutivo de delito en el Código Penal de 1979, era regulado en el Código de Defensa Social en el Título XII De los Delitos contra la propiedad, Capítulo IV en los artículos del 535 al 548. El Decreto Ley<sup>46</sup> 150 del 6 de junio de 1994 adicionó en su artículo 21 el Título XIV de los Delitos contra la Hacienda Pública. Más recientemente el Decreto Ley 316 de 10 de diciembre de 2013 en su artículo 3 le adicionó el apartado 3 al artículo 346 a la par que cambió la denominación de Lavado de dinero por Lavado de activos<sup>47</sup>.

La punibilidad de conductas que causan polémica en cuanto a su ubicación en el iter criminis como las conductas preparatorias de asociación para delinquir, nunca han sido impunes en las leyes analizadas. El delito de inhumaciones ilegales regulado en el Código de Defensa Social evidencia en su redacción la técnica legislativa de las leyes penales en blanco y pese a que la conducta no se reprime en el actual Código Penal, es la técnica utilizada en la redacción del delito de exhumaciones ilegales por solo citar un ejemplo. El delito de portación de armas fuera de los casos en que esta no es un elemento constitutivo de otro delito no resultaba punible en la parte especial del Código de Defensa Social, la respuesta del ordenamiento jurídico a esta conducta se encontraba regulada en el Libro III: De las contravenciones, en el Capítulo I en el que se establecían las

<sup>44</sup> Ver Gaceta Oficial Extraordinaria No.1 de 15 de marzo de 1999,p.1

<sup>45</sup> Ver Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de 26 de junio de 1997,p.37

<sup>46</sup> Ver Gaceta Oficial Extraordinaria No.44 de 19 de diciembre de 2013,p.1

<sup>47</sup> Ver Gaceta Oficial Extraordinaria No.44 de 19 de diciembre de 2013,p.1

Contravenciones del Orden Público <sup>48</sup> en el artículo 571.5 obviamente la penalización de esta conducta en las leyes que sucedieron al Código de Defensa Social responde a razones como el auge de actos de terrorismo que cuestan numerosas vidas, las cuales no existían en la época en que entró en vigor el Decreto Ley No. 802/1936.

Plantea el Dr. Medina Cuenca<sup>49</sup> respecto a la evolución histórico-legislativa de las leyes analizadas:

“(…)El Código Penal de 1978, constituyó un indiscutible avance con relación a su predecesor, el antiguo Código de Defensa Social de 1936, vigente desde 1938, pero muy pronto se vio superado por la realidad social ya que la tipificación como delitos de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social, que en su gran mayoría eran las antiguas faltas del su predecesor, y la existencia en sus regulaciones de la Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos demasiado elevados, en unos casos, o excesivamente rígidos en otros, entre otros aspectos, como el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que lo hicieron envejecer antes de su nacimiento, hicieron aconsejable someterlo a una transformación de tal naturaleza, que finalmente motivó que se adoptara con acierto la decisión de sustituirlo por uno nuevo.”

El juicio de la autora a partir del análisis de la tutela de bienes jurídicos y la regulación de la punibilidad de las formas incompletas del delito le permite afirmar que la intervención punitiva ha tenido claro reflejo en el Código de Defensa Social, el Código Penal de 1979 y el Código Penal de 1987 este proceso expansivo ha estado marcado por una evolución discontinua en cuanto a la punibilidad de la tentativa y los actos preparatorios al no resultar homogénea en las tres leyes. La protección de nuevos bienes jurídicos en las leyes referenciadas se corresponde también con la expansión del Derecho Penal hacia la protección de los llamados bienes jurídicos de ámbito previo por ser de tipo colectivo. La anticipación de la tutela penal no es nueva en nuestra latitud, como no lo es tampoco en la esfera internacional responde a un cambio de paradigma en cuanto a la protección de las conductas que representan peligro frente a la protección exclusiva de las que resultan lesivas, no obstante en la tendencia del Derecho Penal de Riesgo se intensifica la intervención penal y encontramos un cercano ejemplo en el Código

<sup>48</sup> Respecto a la portación de armas el Código de Defensa Social en el artículo 571.5 establecía lo siguiente:

Artículo 571-“ Serán sancionados con privación de libertad de uno a treinta días o multa de una a treinta cuotas o ambas”:

5) Los que usaren armas sin licencia expedida por la autoridad competente, de acuerdo con las disposiciones legales en vigor.

<sup>49</sup>MEDINA CUENCA, A. (Coordinador), “Comentarios a las leyes penales cubanas”, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, p.3

Penal vigente<sup>50</sup>, que si bien al ser promulgado estaba claramente impulsado por el principio de intervención mínima, la expansión del Derecho Penal lo ha conducido al camino de la intervención adelantada.

## **2.2 Técnicas de anticipación de la tutela penal presentes en la Ley 67/89.**

El expansionismo del Derecho Penal contemporáneo se ha caracterizado por el uso de diferentes técnicas que constituyen un conjunto de procedimientos y recursos que permiten anticipar la intervención punitiva y forman parte de lo que se conoce en la actualidad como “Derecho Penal de la sociedad de riesgo” o “Derecho Penal de riesgo”.

El Derecho Penal de riesgo es aquel creado para las sociedades post-industriales, que basándose en el modelo de protección preventiva realiza la regulación de los riesgos mediante una intervención penal anticipada para evitar la efectiva ocurrencia de los riesgos de gran escala que entrañan las nuevas fuentes de producción de riqueza, situación que ha servido para justificar las técnicas de anticipación de la tutela penal.

En consecuencia las esferas de la Parte Especial más afectados con esta tendencia de forma mundial son los delitos contra la seguridad del Estado, en particular los referidos al terrorismo, el Derecho Penal Económico, el relativo al Medio Ambiente y los delitos asociados al ejercicio de actividades peligrosas, entre otros. El Código Penal Cubano (Ley 67/89) no se encuentra exento de las manifestaciones de la intervención punitiva adelantada.

En el caso de nuestro país que ha sido amenazado y agredido desde que se declarara el carácter socialista de nuestra Revolución, por las diferentes administraciones de los Estados Unidos, la seguridad nacional constituye sin dudas una prioridad y la importancia de ese bien jurídico, esencial para que el Estado Cubano pueda proteger otros bienes, justifica la anticipación de la tutela penal en este ámbito. Hemos sido víctimas de actos de terrorismo que le han costado la vida a deportistas, jóvenes y niños, factor determinante de que la regulación de estas ilícitos se haga en un cuerpo legal independiente del Código Penal. La Ley 93/2001 se promulga en el año que el mundo conociera un acto de terrorismo sin precedentes, el atentado contra las torres gemelas en suelo norteamericano el 11 de septiembre de 2001.

<sup>50</sup> Cfr. MEDINA CUENCA, A.(Coordinador), *Idem*, pp.4-7

El medio ambiente es un bien jurídico colectivo que protegen algunos ordenamientos jurídico-penales, en los que se establecen además circunstancias específicas agravantes de la responsabilidad penal ambiental como por ejemplo:

- ✓ La generación de un daño en los delitos de riesgo, o la derivación como consecuencia del delito de la muerte de una persona o la generación de un daño o peligro para la salud de las personas.
- ✓ La comisión de delitos en ciertas circunstancias, entre las que podremos citar: la violación de licencias ambientales u otras autorizaciones, la realización clandestina de actividades, o la omisión o tergiversación de la información ambiental por la autoridad de control para autorizar la actividad.
- ✓ La contaminación del agua y el aire en zonas densamente pobladas o degradación de sistemas dentro de áreas protegidas.
- ✓ La reiteración y la reincidencia.

No sucede así en nuestro país, donde los delitos ambientales carecen de sistematicidad en el Código Penal, encontrándose dispersos en distintas familias de delitos. Si bien muchas de las figuras delictivas constituyen delitos de peligro las sanciones previstas son de multa y de privación de libertad que en su mayoría no son superiores a un año. La autora piensa que la intervención penal en este ámbito, debido a la importancia del bien jurídico es acertada, es inexistente la anticipación desmedida, lo que no impide que de realizarse transformaciones legislativas se estructure mejor lo relativo a los delitos ambientales.

Los últimos años han estado marcados por un período de auge del Derecho Penal Económico, que trasciende a los planes de estudio, cursándose de forma independiente. La Economía Nacional es un bien jurídico de colosal importancia que adquiere todavía más en un país subdesarrollado como el nuestro, el avance doctrinal de esta especialidad no se refleja en el movimiento legislativo. Pese a que podemos encontrar en el título de Delitos contra la Economía nacional, la utilizada técnica de delitos de peligro abstracto, no estamos en presencia de la desmedida expansión de la tutela penal que destaca en otros ordenamientos jurídicos penales.

Las transformaciones que se han estado produciendo en el modelo económico cubano, caracterizadas por el aumento de las actividades privadas o de índole particular del que resulta necesariamente mayor registro, intervención, diligencia y

control de los recursos económicos, financieros y materiales del Estado, requieren de una prioridad de los sujetos y agentes económicos y a la par una respuesta adecuada del ordenamiento jurídico – penal. La criminalidad surgida en este contexto demanda profundizar en el estudio del Derecho Penal económico.

Los delitos de peligro, de tentativa y de emprendimiento, la punición como delitos independientes de actos preparatorios, los delitos de intención sin lesión de un bien jurídico y la creación de bienes jurídicos colectivos son las principales técnicas presentes en el código penal vigente, ellas se corresponden con la tendencia penal legislativa de la Sociedad de riesgo. Ahora bien, ¿Es la sociedad cubana actual una sociedad de riesgo?

La necesidad de la pregunta radica en que la sociedad de riesgo tiene características diferentes a sus predecesoras y es esta la base de la legitimación de un Derecho Penal adaptado a esta nueva sociedad, pero pudiera existir un Derecho Penal de riesgo en una sociedad que no se denomina de igual modo. Adentrarnos en el tema requiere conocer las peculiaridades que caracterizan a las sociedades de riesgo. Estas son, según lo entienden los sociólogos<sup>51</sup>, la crisis de las instituciones sociales modernas; la quiebra de la cosmovisión de la modernidad; la aceptación del riesgo en el pacto social; la convivencia con la crisis ecológica, política y social; la dominación completa del capital en la sociedad, lo cual incide en áreas como la educación, instituciones científicas, discursos y derechos.

Los caracteres anteriores se manifiestan en el desarrollo del avance tecnológico y los riesgos de gran escala que entraña su manipulación. La aceptación de los riesgos por los ciudadanos se sustenta en su necesidad para la propia existencia de la sociedad o para el progreso continuo pero a la vez generan incertidumbre ante el futuro. Las consecuencias devastadoras que entrañan estos riesgos para la colectividad se convierten en el fundamento de su demanda protección por parte del Estado, quien a su vez acude al Derecho Penal como una especie de calmante para los nervios que parece no tener contraindicaciones por la frecuencia con que son tutelados los nuevos bienes jurídicos colectivos. La autora considera que no son las referidas características las que describen a la sociedad cubana actual, si bien se encuentra inmersa a un proceso de transformación y se encuentra abierta a la inversión de capital extranjero, el Estado desempeña un

<sup>51</sup> Ver en BECK, U.; *Teoría de la Modernidad Reflexiva*, extraído de *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt, Suhrkamp, en *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Jostein Beriaín (compilador). Barcelona: Editorial Anthropos., 1993, pp. 57 – 98 y en LUHMANN, N.; *“Sociología del riesgo”*. Triana Editores; Universidad Iberoamericana, México 1998. p.126.

fuerte rol que impide que se realice la completa dominación del capital en la sociedad, especialmente en esferas que no se encuentran abiertas a la inversión como la salud y la educación. El proceso de convivencia con la crisis política y económica se experimenta en países europeos como Grecia o España difiere de nuestra realidad social, la experiencia más cercana aunque bien diferente a la que nos hemos enfrentado como sociedad es el período especial como etapa de transición dentro del proceso de construcción del socialismo, ya superada. En materia medioambiental, nuestro país constituye un referente por lo que no hay convivencia con la crisis ecológica. El desarrollo tecnológico de nuestro país pese a los ingentes esfuerzos del gobierno revolucionario, dista mucho del alcanzado en países del primer mundo, por lo que no existe aceptación del riesgo en el pacto social pues para ello es necesario un enorme desarrollo tecnológico. Entonces podemos afirmar que el concepto de sociedad de riesgo no se aviene a la sociedad cubana y por tanto un Derecho Penal de riesgo no es el que le corresponde.

La autora considera que aun así no queda zanjada la cuestión pues el Derecho Penal de riesgo como tendencia penal expansionista no distingue en nuestros días entre códigos penales de países desarrollados o subdesarrollados sino que se puede encontrar en casi todos, lo que se debe a la globalización. Según Dahrendorf “la globalización amenaza a la sociedad civil de muchos modos diversos, pero todos revisten cierta gravedad”<sup>52</sup>. Curiosamente el Derecho Penal de Riesgo es expresión de esa “cierta gravedad” pues responde a la traslación de una situación fuera de las fronteras nacionales, gracias a la globalización de la información que hace posible el conocimiento por parte de los ciudadanos de cualquier latitud de los accidentes tecnológicos que ocurren en los lugares más distantes del planeta. La trasmisión rápida de las vicisitudes de otras naciones y comunidades a través de medios de comunicación como la televisión o Internet, propicia que el riesgo se perciba y asuma como propio aunque en las condiciones locales determinadas sea lejano o imposible. El sentimiento de inseguridad es compartido entonces por la colectividad.

La autora es del criterio de Aller<sup>53</sup> quien acertadamente expresa que:

<sup>52</sup> DAHRENDORF R.; “En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI”, trad. Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 91-92 y 95.

<sup>53</sup> ALLER G.; “La sociedad de riesgo”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/aller\\_14/html](http://criminet.ugr.es/recpc/aller_14/html). [Consultado el 20 de marzo del 2016]



Algunos ejemplos de tipos de peligro concreto en el Código Penal cubano vigente son los delitos de estragos, establecidos en los artículos 174.1 y 174.2; contaminación de las aguas y de la atmósfera, regulado en el artículo 194.1ch); contaminación de las aguas, preceptuado en el artículo 238.1a); abandono de menores incapacitados o desvalidos, regulado en el artículo 277.1 y el delito de amenaza que establecen los artículos 284.1 y 284.2. En los casos anteriores para que se configure el tipo penal es necesario que se demuestre la relación entre conducta peligrosa y el potencial lesivo que ha generado para el bien jurídico, mediante un juicio acerca del peligro a partir de un criterio objetivo subjetivo.

Especial referencia merece el delito de amenazas por constituir una verdadera intervención adelantada debido a que históricamente no fueron considerados delitos autónomos sino elementos constitutivos o circunstancias de agravación de la penalidad, pues su naturaleza instrumental facilita que sea utilizada como forma de conducta que permite alcanzar el fin delictivo del agente. En el desarrollo del iter criminis este comportamiento debido a su proyección material a través de diferentes medios entre los que se encuentran reconocidos doctrinalmente los escritos, los gestos, cualquier medio simbólico con especial referencia en nuestros días a Internet y las redes de comunicación. Su ubicación dentro de la fase intermedia que se corresponde con la etapa de revelación delictiva o manifestación de la voluntad criminal, le debería dar un carácter impune pero su tipificación por el legislador de forma autónoma y no como etapa del desarrollo de otro delito lo impide. El riesgo que entraña este comportamiento libertad personal es indudable además de que la punibilidad de esta exteriorización de la voluntad delictiva puede evitar la ocurrencia otros delitos más graves contra la vida y la integridad corporal en condiciones en las que se evidencie una gran probabilidad del comienzo de su ejecución.

Los ejemplos anteriores se corresponden a figuras que protegen la seguridad de bienes jurídicos de importancia como la salud, la vida o los derechos individuales, creando una barrera anterior a la lesión del bien jurídico se protege su seguridad castigando las conductas que lo ponen en peligro. La autora no duda de la necesidad de protección de los bienes jurídicos que por su importancia lo requieren, pero la utilización de los delitos de peligro concreto debe sustentarse en la fragmentariedad del Derecho Penal a través de la determinación de los bienes jurídicos más importantes y las conductas que mayores riesgos generan para estos. El avance de la humanidad propicia la aparición de conductas que pondrán en riesgo estos bienes jurídicos pero el Derecho Penal no puede asumir la punibilidad de todas ellas, lo que sin dudas atentaría contra más de uno de sus principios por lo tanto debe seguir atendiendo su carácter fragmentario.

En la Ley encontramos varios ejemplos de empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto entre los que podemos mencionar el **perjurio**, regulado en el artículo 155.1, el **conducir un vehículo encontrándose en estado de embriaguez alcohólica** preceptuado en el artículo 181.1; **la adulteración de medicinas** establecido en el artículo 189.1 y **la falsificación de exámenes clínicos**, previsto en el artículo 199.1. En los sin delitos anteriores se sanciona la conductas descritas sin que para ello deba concurrir otra circunstancia, por si solo el comportamientos de prestar declaración falsa, conducir en la vía pública bajo los efectos de las drogas que describe la figura delictiva, asimismo el despachar medicamentos deteriorados o en mal estado de conservación son punibles. Es indiferente para el ordenamiento jurídico penal si el perjurio cometido impidió el esclarecimiento o no de los hechos; o si la conducción bajo los efectos del alcohol alteró la circulación de otros vehículos o peatones por la vía pública; igualmente si el estado de deterioro de los medicamentos ocasionó reacciones adversas a quien lo consumió o no provocó los efectos esperados o si la adulteración de los exámenes tuvo repercusiones negativas pues la sola realización de todas estas conductas al ser consideradas peligrosas por su potencial causar daño y poner en peligro el bien jurídico protegido son castigadas, aunque en la realidad no se produzca daño ni peligro para la salud de las personas.

Estos delitos han sido blanco de abundantes críticas<sup>54</sup> primeramente por ser contrarios a lo que algunos autores llaman “principio de ofensividad o lesividad”, que está estrechamente ligado a la antijuricidad, rasgo del delito que exige que todos los comportamientos delictivos sean antijurídicos formalmente, entendiéndose como acciones contrarias al ordenamiento jurídico, (desvalor de la acción), desaprobadas por este y materialmente, estas acciones tienen que ofender al bien jurídico que la norma protege ya sea lesionándolo o poniéndolo en peligro (desvalor del resultado). La crítica no radica en que no exista en ellos un desvalor del resultado, lo censurable es que el moderno Derecho Penal tiende a conceder mayor importancia al desvalor de la acción o lo que es igual, a la peligrosidad social, al potencial lesivo que genera. Con anterioridad al tendiente adelante de la barrera punitiva, era indiscutible el vínculo indisoluble entre la protección de bienes jurídicos y la antijuricidad, siendo necesario que los delitos de peligro abstracto debieran proteger un bien jurídico e implicar la posibilidad de

<sup>54</sup> Ver en lo relativo a los problemas de constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto KAUFMANN, A; "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", en *JZ* 1963, pp. 426- 432; igualmente ver en HASSEMER, W.; "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", en *ADPCP* 1992, p. 239

su puesta en peligro, pero en la actualidad estos tipos penales constituyen la justificación ante la necesidad de anticipar la tutela y la urgencia de proteger un bien jurídico, legitimando los delitos de peligro.

Es también objeto de censura el hecho de sancionar a la persona por una conducta, aun cuando el peligro que fue presumido legalmente no se haya producido en el caso concreto. Los delitos de peligro han aumentado las posibilidades de que se produzcan conflictos entre los bienes jurídicos colectivos y los de carácter individual cuando en la realización del comportamiento socialmente peligroso, tipificado por el hecho de serlo como delito se produce además un resultado de daño. En situaciones similares es obligado preguntarse qué es lo que el Derecho Penal debe sancionar si el peligro realizado y también el resultado lesivo ocasionado, dependiendo la respuesta a esta interrogante de las posiciones que sean adoptadas en cuanto a la autonomía de los bienes jurídicos colectivos, respecto a los individuales.

Estamos en presencia de una situación de este tipo en el caso del delito de portación y tenencia ilegal de armas y el empleo de esa arma para cometer alguno de los delitos contra la vida y la integridad corporal, expuesto con mayor profundidad en el artículo: Los delitos de peligro: Desafío o necesidad para el Derecho Penal contemporáneo?<sup>55</sup>, según este, en relación con lo anterior, la Fiscalía se ha pronunciado por imputar ambos delitos, entendiendo que son dos acciones independientes aun cuando el Tribunal manifestó un cambio de opinión con respecto a esta doble imputación.

Hasta el año 2001 el Tribunal Supremo Popular sostuvo la opinión de que se trataba de un concurso real y no de uno aparente de normas, en una Comunicación **“Acerca de la imputación del delito de portación y tenencia ilegal de armas cuando concurre con otra tipicidad”**, emitida el 29 de octubre de 2002 la Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía General de la República, explica esta posición al expresar que la jurisprudencia había considerado que dicho delito existía y se consumaba con anterioridad a la ejecución del delito lesivo en el que se utilizaba el arma, lo que demostraba que el fin de la portación ilícita del arma era la comisión del acto delictivo, razón por la cual ambos delitos debían sancionarse de forma independiente, al no darse entre ellos una relación de medio a fin porque excepto un caso muy especial *“cualquier delito podría cometerse sin el uso de un arma o instrumento utilizado como tal”*, tal como se

<sup>55</sup> LÓPEZ CELEIRO, I.; “Los delitos de peligro: ¿Desafío o necesidad para el Derecho Penal contemporáneo?”, en *Boletín ONBC*, Ediciones ONBC, No.42, julio-diciembre 2011, p. 36.

aprecia en fragmentos de los Considerandos de las Sentencias No.1095 de 15 de octubre de 1988, No.5265 de 19 de septiembre del 2000, No .5281 de 19 de diciembre de 2000, todas del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Desde el 2001 comenzó a evidenciarse un cambio de opinión entre los jueces del mencionado órgano, quienes se muestran a favor de que el delito de portación y tenencia ilegal, de armas o explosivos, no se califique de forma independiente cuando se trate de cuchillos u otros instrumentos punzantes, cortantes o contundentes, que se encuentre en poder la persona porque esta tiene la intención de cometer un hecho delictivo. Las razones que motivan este cambio son primeramente que no debe sancionarse el delito de lesión y además sus actos preparatorios, que en estos casos sería la tenencia de los mencionados instrumentos y la segunda es que la conducta de conseguir un instrumento para emplearlo en la ejecución de otro delito, es absorbida por aquel que con el uso del mentado instrumento se cometía o se comenzaba a ejecutar (tentativa), entendiéndose que en estos supuestos estamos en presencia de un concurso aparente de normas penales. Empero este criterio no se hizo extensivo de acuerdo con lo expresado en la mencionada Comunicación de la Fiscalía General al hecho en que para los mismos fines se porte un arma de fuego sin licencia, admitiéndose en este particular la calificación y sanción independiente, por la propia ilicitud del arma. Este cambio de opinión se manifiesta en las siguientes sentencias del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, No.2965 del 4 de julio del 2005, No 4566 de 14 de octubre de 2005, No 2660 de 16 de junio de 2005 y No.4083 de 22 de noviembre de 2002.

La Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía, aun teniendo conocimiento del cambio que ha ocurrido en el criterio de los jueces de la Sala Penal del Tribunal Supremo, en la mencionada Comunicación manifiesta un criterio opuesto al disponer que los fiscales continúen imputando el delito de portación y tenencia ilegal de armas, siempre que la persona tenga en su poder cualquier instrumento cortante, punzante o contundente para utilizarlo en la comisión de cualquier acto antisocial o un arma de fuego sin tener licencia para ello, estableciendo una excepción en su actuar cuando disponen que no se recurra más a casación ni se apele en su caso, si el Tribunal de la instancia correspondiente absuelve por este cuando se refiere a instrumentos cortantes, punzantes o contundentes, por ser mínima la probabilidad de que esa impugnación tenga un resultado favorable a sus propósitos, a la vez que orienta que siempre se recurra en el caso de que la Sala de juicio no acepte la clasificación por la tenencia o portación de un arma de fuego sin licencia, con la que se cometa otro delito.

La posición de la Fiscalía parece explicarse en un material sobre el delito de portación y tenencia ilegal de armas emitido igualmente por la Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía General de República del año 2000 pues basándose en la separación temporal de ambos supuestos se manifiesta un concurso real de infracciones, lo que resulta cierto, lo contradictorio de este caso es que aun cuando el delito lesivo tenga como circunstancia agravante, el empleo de un arma deba imputarse también el de portación y tenencia ilegal de armas y explosivos, pues el delito se comete desde el momento de la adquisición del arma, ya sea antes o después de haberla utilizado para ejecutar el acto delictivo.

La posición de la Fiscalía parece explicarse en un material sobre el delito de portación y tenencia ilegal de armas emitido igualmente por la Dirección de Procesos Penales de la Fiscalía General de República del año 2000 pues basándose en la separación temporal de ambos supuestos se manifiesta un concurso real de infracciones, lo que resulta cierto, lo contradictorio de este caso es que aun cuando el delito lesivo tenga como circunstancia que agrava la calificación, el empleo de un arma deba imputarse también el de portación y tenencia ilegal de armas y explosivos, pues el delito se comete desde el momento de la adquisición del arma, ya sea antes o después de haberla utilizado para ejecutar el acto delictivo.

En la práctica el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias, fundamentalmente las referidas al robo con violencia cuando el arma se emplea en una figura agravada de un delito, el acusado la portaba precisamente para la comisión del delito, no debe sancionarse también por la portación y tenencia ilegal de armas.

### **Delitos de tentativa**

Los **delitos de tentativa** de nuestro Código Penal vigente se caracterizan por la tipificación autónoma del comienzo de ejecución del delito que vista de este modo resulta equivalente a la efectiva consumación del mismo por lo que se reprime la intención de conseguir un resultado no obtenido mediante el inicio de acciones tendentes a conseguir el propósito delictivo. La doctrina distingue entre los tipos delitos de tentativa<sup>56</sup> la modalidad presente en la Ley 62/87 constituye los

<sup>56</sup> La doctrina distingue los delitos de tentativa propios de los delitos de tentativa impropios clasificación a la que pertenecen los delitos de emprendimiento o de empresa que se regulan en el la Ley 62/87 al subordinar la pena no al resultado producido sino a la acción dirigida a su producción.

llamados **delitos de emprendimiento o de empresa** en estos tipos penales ocurre un cambio en cuanto a la punibilidad de la tentativa de la forma tradicional mediante el establecimiento en la Parte Especial del Código Penal de formulaciones genéricas relativas a la tentativa aplicables a las conductas antijurídicas en relación directa con alguno de los tipos penales que se establecen en la Parte Especial. Lo anterior trae consigo una diferenciación entre los grados de ejecución del delito y una relación de dependencia de la tentativa con respecto al delito principal mientras que en los delitos de emprendimiento los dos grados se produce una equivalencia entre los diferentes grados de ejecución del delito que se extiende a la pena, se elimina la relación de dependencia pues ambos comportamientos pertenecen a la Parte Especial y se constituyen según el modo de formularse sus características como figuras mixtas de tipo alternativo.

El delito de Salida ilegal del país (artículo 216.1) que sanciona igualmente al que “salga o realice actos tendentes a salir”; el delito de Contrabando que afecta la economía nacional (artículo 233 a) y b), se refiere indistintamente al que sin cumplir las disposiciones legales en el primer supuesto “introduzca o intente introducir en el país objetos o mercancías” y en el segundo “extraiga o intente extraer del país objetos o mercancías”; el delito de Lavado de dinero establece la misma sanción tanto para quien adquiera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos relativos a ellos como para quien intente realizar estas acciones, ellos constituyen ejemplos de la consabida técnica de adelanto de la intervención penal.

No se duda de la necesidad de penar la tentativa como alternativa para evitar que la consumación del delito impida su efectiva represión como es el caso del delito de extracción ilegal de bienes de patrimonio cultural del país regulado en el artículo del Código Penal pues en este particular existe la posibilidad de que no pueda ser sancionada la persona una vez que extraiga los bienes y se encuentre fuera del país, mientras que en otros, lo expuesto anteriormente no resulta un argumento sólido como es el caso de la evasión fiscal en el artículo 343.1, en los que si se consuma se puede castigar, de modo que la tentativa de su realización podría ser sancionada, aplicando lo regulado en la Parte Especial de nuestro Código Penal. Es aquí donde vale hacer un paréntesis, se manifiesta una desmedida intervención del Estado para adelantar la punibilidad cuando ante cualquier situación debiera tenerse en cuenta la particular relevancia de los bienes jurídicos que se protegen como condición para sancionar una tentativa como un delito independiente consumado.

En estos delitos lo que se anticipa en sentido estricto, es la consumación de los mismos y no los límites de punibilidad, pues de no existir dichos comportamientos continuarían sancionándose como, en principio como tentativa del delito, pero

indiscutiblemente traen consigo una mayor sanción de las acciones ejecutivas que intentan la perpetración del delito, sobre todo en los delitos de emprendimiento donde la tentativa recibirá la misma pena que el delito consumado, no siendo aplicable la rebaja que recoge el artículo 12.5 , ni la exclusión de la pena por desistimiento o el arrepentimiento en los casos de tentativa que regula el artículo 13.1.

### **Delitos de preparación o actos preparatorios**

Los **delitos de preparación** constituyen la punibilidad de forma independiente de comportamientos anteriores en cuanto a su realización en el tiempo a la ejecución del delito pero tendentes a lograrla mediante la preparación de las condiciones idóneas para ello.

Las conductas de conspiración, o sea la unión de voluntades en función de la ulterior ejecución del hecho delictivo, son sancionables en este ámbito. En nuestra legislación podemos encontrar varios ejemplos de delitos de preparación como la Asociación para delinquir (regulado en el artículo 207.1), el solo hecho de asociarse es sancionable aunque nunca se lleguen a realizar efectivamente los delitos. La portación y tenencia ilegal de armas y explosivos (comprendido en el artículo 214) se sanciona al que porte o tenga en su poder un puñal, punzón, navaja, cuchillo o cualquier instrumento cortante, punzante o contundente si las circunstancias en que se le ocupa dicha arma demuestra que va a ser usada con fines delictivos o antisociales, la Fabricación, introducción o tenencia de instrumentos destinados a falsificar (tratado en el artículo 259.1) se sanciona la fabricación o introducción en el país de instrumentos destinados a falsear, aunque no se haya realizado dicha falsificación y por último la Tenencia, fabricación y venta de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo ( previsto en el artículo 330.1) donde no se requiere que dichos instrumentos se empleen para ejecutar un robo la sola fabricación o tenencia de estos es castigada, estos últimos tres ejemplos pertenecen a la categoría de actos preparatorios de típica fisonomía y especial peligrosidad.

Estos delitos nos demuestran el giro que se ha efectuado de la tutela tradicional de bienes jurídicos a estas conductas preparatorias de otro comportamiento delictivo, han sido configuradas como delitos independientes, utilizando diferentes formas, siendo las más comunes castigar por la sola posesión de objetos que frecuentemente son utilizados para cometer alguna clase de delitos o la sola manifestación de voluntad de realizar hechos delictivos a través de una asociación ilícita, su criminalización de forma autónoma, en momentos anteriores a lesión del bien jurídico, se debe al interés del legislador por sancionar momentos del

comportamiento delictivo que preparan la realización de comportamientos de igual naturaleza, pues entiende que dichos actos son muy peligrosos para el bien jurídico protegido en virtud de la importancia del bien. Existan casos en los que no se utiliza exclusivamente los actos preparatorios como grado de desarrollo del delito, muchos de los delitos de peligro se forman para configurar estos actos como son el de tenencia de armas y el de instrumentos para falsificar.

Lo controvertible en estos supuestos es la existencia de una efectiva protección de bienes jurídicos, pues el objeto protegido no sufre de forma directa el peligro de ser lesionado. Al tipificarse independientemente ciertos actos preparatorios el legislador amplió los ámbitos de objeto de la intervención penal adelantándola cuando debiera ser preciso respetar ciertos límites. Al emplearse como técnica los delitos de preparación, su utilización debe basarse no solo en la importancia del bien jurídico protegido también en que las conductas sean especialmente peligrosas en el campo previo a la tentativa, estableciéndose para estos delitos sanciones inferiores a las que son impuestas en el caso de que se efectuaran las tentativas de los delitos que preparan.

### **Delitos de intención sin lesión del bien jurídico**

Estamos en presencia de **delitos de intención sin lesión al bien jurídico** cuando en la figura delictiva atendiendo a la finalidad como elemento integrante de la parte subjetiva se tipifica una tendencia interna trascendente consistente en alcanzar un resultado ulterior que no es necesario para la integración del delito.

Constituyen técnicas de anticipación de la punibilidad aquellos delitos de intención ulterior que no son lesivos para los bienes jurídicos. En los ejemplos que se expondrán más adelante comprobamos que se castiga la intención, la finalidad que se persigue al realizar el comportamiento delictivo, aunque estos fines nunca se logren. Nuestro Código Penal recoge varios ejemplos como son: el delito de Pesca ilícita (establecido en el artículo 242.1) que sanciona la penetración en aguas territoriales o en la Zona Económica de la República por parte de un extranjero sin la debida autorización con el fin de practicar la pesca aunque nunca llegue a realizarla, el delito de Falsificación de moneda (regulado en el artículo 248.1-ch) que penaliza la tenencia de monedas falsas en circunstancias que indiquen son para la expedición o circulación aun cuando no lleguen a expedirse o a circular, ambos pertenecientes al grupo de delitos mutilados de dos actos.

Mientras que se encuentran comprendidos en el grupo de delitos de resultado cortado el delito de Difusión de noticias falsas contra la paz internacional (previsto en el artículo 115) que sanciona a toda persona que difunda noticias falsas con el

propósito de perturbar la paz internacional o de poner en peligro el prestigio del Estado cubano o sus buenas relaciones con otro Estado, aunque la finalidad no se consiga, el delito de falsificación de certificados facultativos( regulado en el artículo 254.1) que castiga al facultativo que falsifique certificados de enfermedad o lesión con el propósito de que de ello resulte la obtención de un derecho, el disfrute de un beneficio o la exención de un deber para alguien. Por último la sustracción de vehículos de motor para usarlos<sup>57</sup> (establecido en el 326.1) que reprime a quien sustraiga un vehículo motorizado con la intención de usarlo o que otro lo use.

Considero que la problemática que generan estos tipos es similar a la de los delitos de peligro abstracto en cuanto al desvalor de la acción y el desvalor del resultado, atendiendo que en ellos lo relevante no es el resultado sino el fin delictivo perseguido por el agente con la conducta realizada. Evitar que mediante su punición el fundamento de esta parezca una simple desobediencia del ordenamiento jurídico penal requiere que se analicen en cada caso desde las aristas ofrecidas por los principios de lesividad u ofensividad del bien jurídico así como el de subsidiariedad para identificar correctamente si las conductas debido quizás a las sanciones que para ella se establecen merecen la tutela de otra rama del Derecho con un carácter menos coercitivo.

### **Bienes jurídicos colectivos**

En el Código Penal vigente podemos encontrar varios ejemplos de **bienes jurídicos colectivos**, estos contienen a su vez una gran cantidad de delitos de peligro abstracto, en correspondencia con la tendencia actual. En el Derecho penal de una sociedad de riesgo los bienes jurídicos colectivos, cuya titularidad recae en un grupo determinado de personas, la colectividad, o el Estado adquiere mayor preponderancia frente a los bienes jurídicos individuales debido a que los comportamientos generadores de peligro y dependientes de la voluntad humana como la manipulación genética o la explosión de una central nuclear son riesgosos para la colectividad<sup>58</sup>. Es pertinente mencionar a modo de ilustración la Seguridad Colectiva, la Seguridad del tránsito, la Seguridad de la Salud Pública, el Orden Público y la integridad del patrimonio histórico y artístico y la Seguridad en el trabajo.

<sup>57</sup> Quirós Pírez también considera que por las peculiaridades de su estructura es también un delito mutilado de dos actos, en Manual de Derecho Penal II, La Habana, Editorial Félix Varela, 2005, p.5

<sup>58</sup> Ver en HASSEMER, W.; "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, n° 1, 1991, pp. 23-35 y en Ferrajoli, L.; "Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales". Disponible en <http://www.ciencias penales.org/Revista % 2005/ferraj05/html>. [Consultado el 19 de enero de 2014]

A los efectos de abordar la manera en que los bienes jurídicos colectivos sirven de base para la utilización la autora ha escogido la seguridad colectiva como *exempli gratia*. La Seguridad Colectiva (Título III, Libro II del Código Penal) recoge una serie de delitos que protegen valores materiales y humanos de los peligros desencadenados por el desarrollo social y los que son provocados por el hombre. Es por ello que la mayoría de los supuestos típicos de este título son delitos de peligro general o común, ahora bien aunque generalmente los bienes jurídicos colectivos se caracterizan por su relación directa con los tipos de peligro abstracto, en este caso encontramos delitos de peligro concreto protectores de la seguridad colectiva. Los delitos de estragos (previstos en los artículos 174.1 y 174.2); infracciones de las normas referentes al uso y conservación de las sustancias radioactivas u otras fuentes de radiaciones ionizantes (regulados en los artículos 185-a y 185-b) y contaminación de las aguas y la atmósfera (establecido en el artículo 194.1-ch) son tipos de peligro abstracto pertenecientes a este título. Igualmente en capítulos subsiguientes (Delitos contra la Seguridad del tránsito, Capítulo III, Título III, Libro II, Parte Especial); encontramos el uso de los tipos de peligro abstracto en los artículos artículo 181.1a) 181.1b), 181.2 a), 181.2b), 181.3 a), 181.3b), referidos a la conducción de vehículos en la vía pública bajo los efectos de alcohol u otro tipo de sustancias tóxicas, sicotrópicas o estupefacientes. Es notable también el artículo 177 que si bien no constituye un tipo de peligro abstracto es una norma penal en blanco, técnicas de intervención utilizada también por el moderno Derecho Penal expansivo.

La seguridad de la salud pública (Delitos contra la Salud Pública, Capítulo Título III, Libro II, Parte Especial); es uno de los valores humanos que se protegen bajo el Título de delitos contra la Seguridad Colectiva. Los delitos pertenecientes a este capítulo protegen las actividades nocivas para la salud mediante el uso de técnicas de intervención punitiva adelantada como es el caso de los delitos de propagación de epidemias (establecido en el artículo 187.1) y el de exhumaciones ilegales (regulado en el artículo 188). Las figuras de propagación de epidemias (establecido en el artículo 187.2); adulteración de medicinas (previsto en el artículo 189.1a), asimismo los tipos penales regulados en los artículos 195, 196 y 197 correspondientes a la Sección Sexta que establece otras conductas riesgosas para la Salud Pública, en el caso del artículo 195 nos encontramos nuevamente en presencia de una norma penal en blanco.

La autora no cuestiona la intervención del Derecho Penal para proteger a la colectividad frente a comportamientos altamente riesgosos, pero solo ante estos pues si bien existen comportamientos que no se encuentran del todo desprovistos de riesgo estos no alcanzan tal entidad para ser merecedores de la tutela penal. Considera entonces que, si la creación de bienes jurídicos colectivos está

asociada necesariamente a los delitos de peligro, debe existir preferencia del empleo de los de tipo concreto sobre los de tipo abstracto para que la conducta sea capaz de poner en peligro el bien jurídico individual. Es necesario realizar estos análisis en las transformaciones que se realizarán del Código Penal pues una elevada creación de bienes jurídicos de ámbito previo, nos llevaría a proteger un gran cantidad de funciones sociales, cambiando el bien jurídico su función protectora al intervenir el Derecho Penal cada vez con más frecuencia en el ámbito social.

## **2.3 Consecuencias de la anticipación de la tutela en el Código Penal cubano vigente.**

Al inicio del Capítulo indagamos en los antecedentes históricos del adelanto de la intervención penal lo que dio paso a la exposición de las características de las diferentes técnicas presentes en la Ley 62/1987 por lo que ahora solo nos resta analizar las consecuencias de la tendencia penal denominada Derecho Penal de Riesgo en el Código Penal vigente mediante los delitos de peligro abstracto, los delitos de preparación, los delitos de intención sin lesión al bien jurídico y los delitos de tentativa.

Las principales consecuencias que se derivan del empleo de las técnicas de la tendencia estudiada en el actual Código Penal son la inoperancia de la proporcionalidad y la intervención mínima como principios orientadores de la pena como consecuencia jurídica<sup>59</sup>. La protección de la sociedad a través de bienes jurídicos colectivos a costa de la restricción de garantías individuales. La ruptura con el Debido Proceso Penal como megaprincipio.

Las figuras delictivas analizadas establecen sanciones que no se encuentran orientadas por los principios de proporcionalidad o intervención mínima en el caso de los delitos de resultado anticipado las sanciones previstas son de privación de libertad y prevén igualmente la multa, habría que decidir en futuras modificaciones de la ley penal merecen en atención a la poca relevancia de la sanción ser excluidas de la vía penal pues varias de los delitos que mencionaremos se corresponden con conductas recogidas en el Derecho Administrativo Sancionador como delitos paralelos como son los casos por ejemplo de los delitos de Sustracción de agua, gas y fuerza, la Sustracción de vehículos de motor para usarlos o para que otro los use, previsto en el artículo 326.1. Las conductas que se establecen en los artículos 326.2 a y b, en el primer caso debería eliminarse la

<sup>59</sup> GOITE PIERRE, M.(Coordinadora );*Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia,2012,p.p 8-41

figura y llevarse por el artículo 339.1.2 que establece igual marco penal, mientras que el supuesto del inciso b debería suprimirse y contemplarse solo como circunstancia de adecuación de la pena según el 53 a). La autora se pronuncia en tal sentido pues si resulta atinado considerar que estas conductas atentan contra los derechos patrimoniales no poseen la suficiente lesividad para ser protegidos por esta la última ratio según el Principio de insignificancia o bagatela<sup>60</sup>.

La autora considera que la conducta descrita en el artículo 197 de nuestro Código Penal que es la incitación de una persona a no aceptar para ellos o para sus familiares que los asista un médico o medidas de medicina preventiva, debe pasar al plano administrativo, por ser una conducta de peligro abstracto para la salud pública con un marco sancionador poco relevante que establece de tres meses a un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. El comportamiento previsto en el artículo 247 que configura el delito de exploración arqueológica ilegal, para el cual se impone una sanción de tres meses a un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas, es un delito de peligro abstracto en el que se presume que realizar dicha exploración sin la autorización del organismo competente pone en peligro el bien jurídico que protege este delito que es el patrimonio cultural.

Las sanciones previstas para algunos delitos de intención y para los delitos de tentativa por las peculiaridades que ambos poseen donde lo punible no es el resultado sino el propósito delictivo las penas no son proporcionales a la acción cometida y más cuando en los casos de los delitos de tentativa no son aplicables las reglas de adecuación del 12.5 y el 13.2 por lo que el finalidad de la pena no es la retribución y sí la prevención. Lo correcto sería que en futuras modificaciones además de que la utilización de estas técnicas debe realizarse de modo excepcional, aún en los casos en los que atendiendo la peligrosidad de la conducta y la relevancia del bien jurídico se acuda a estos tipos para lograr su protección. Si lo que se pretende es evitar que de aplicarse las reglas del 12.5 la sanción sea demasiado benévola entonces deberían establecerse diferentes marcos penales para el emprendimiento y la consumación podrían preverse en una figura principal y otra derivada estableciendo para ellas penas proporcionales en cada caso y no una única que equipara dos grados de ejecución que evidentemente no son semejantes sobre todo en cuanto a resultados.

<sup>60</sup> Ver en Brunera, H.A. y Brunera, A.M.; *Derecho Penal y garantías individuales*, Editorial Juris, Argentina, 2000, p.p 4-7, también en Creus, C.; *Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, 1990, p.p 202-204

Los bienes jurídicos colectivos responden a un cambio de concepción respecto a la función limitadora del bien jurídico<sup>61</sup> con respecto al ius puniendi. El peligro es el criterio predominante en la creación de bienes jurídicos colectivos que contienen por lo general delitos de resultado adelantado. La garantía que suponía el bien jurídico para el individuo que de no incurrir en conductas lesivas a este no tendría parte en un proceso penal se pierde con una elevada creación de bienes jurídicos colectivos en la búsqueda de la seguridad colectiva se crea la inseguridad individual, por la frecuente intervención del Derecho Penal por lo que al respecto. Los delitos de peligro abstracto son los que de forma general protegen los bienes jurídicos colectivos. La técnica más utilizada en la actualidad, es la de los tipos de peligro también llamados delitos de peligro presunto<sup>62</sup>, la autora sostiene que son delitos de peligro presunto porque en ellos la conducta peligrosa funciona como una presunción *iuris et de iure* y al no admitir prueba en contrario la culpabilidad se presume en contra del sujeto activo, se elimina el nexo causal entre la conducta y el resultado y la culpabilidad en relación con el fundamento del castigo<sup>63</sup> se orienta según la prevención general. Se impone entonces a manera de solución un análisis en el futuro inmediato acerca de la redacción de la norma penal para lograr que sean tipificadas como delitos conductas capaces de atentar de forma efectiva contra los bienes jurídicos y en aquellas que suponen peligro que este se pueda demostrar en cada caso.

La clara relación entre Derecho sustantivo y adjetivo provoca que la antelación de la tutela penal coadyuve a la ruptura del megaprincipio Debido Proceso Penal<sup>64</sup> en su búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva. Los delitos de peligro vuelven a estar en el punto de mira pues el Debido Proceso Penal al funcionar como generatriz de un grupo de principios que de él se derivan establece el de Presunción de inocencia, entonces los delitos de peligro abstracto, vuelven a estar en el punto de mira pues establecen una presunción de culpabilidad y ligado indisolublemente al aspecto anterior se encuentra la falta de necesidad de la

<sup>61</sup> Leyva Estupiñán, M.A y Lugo Arteaga.; *“El bien jurídico a partir de las funciones del Derecho Penal”*, (artículo inédito) Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Holguín, Holguín, 2014, pp.2-8

<sup>62</sup> Los delitos de peligro abstracto son denominados indistintamente como delitos de peligro presunto en Rodríguez Morullo, G.; *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid 1977, p.279 y en Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar editores, Buenos Aires, 1948, pp.88-89. La autora no expresa filiación por una u otro término, pero entiende que en los delitos de peligro abstracto este es presunto pues se considera como posible un resultado de peligro cuando no precisa constatarse en el caso concreto.

<sup>63</sup> Roxin, C.; *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Editorial Reus, Madrid, 1981, pp. 151-154

<sup>64</sup> Ver en Machicado, J.; *El debido proceso penal*, Apuntes Jurídicos, La Paz, 2010, p.5, igualmente en, Sánchez Lugo, C.F.; *La teoría del caso*, Juan Carlos Arias Duque Editor, Colombia, 2005 p.p 60-70

prueba de un resultado de peligro, el hecho de funcionar como presunción que no admite prueba en contrario restringe radicalmente el principio de Derecho a la defensa<sup>65</sup>, pues hace muy escasas las posibilidades de defensa técnica que contribuye al logro de la igualdad de armas . La igualdad también resulta menoscabada por el empleo de esta técnica, es patente que resulta una aspiración por las condiciones en que se encuentra el justiciable con respecto al Estado como titular de la acción penal pero sin dudas los delitos de peligro abstracto acrecientan las desventajas.

La antelación de la tutela penal en el Código penal vigente se manifiesta en las ya caracterizadas técnicas legislativas. Las consecuencias que de su recepción en la Ley 62/87 se derivan son contrarias a los principios que han sustentado el Derecho Penal durante años a través de un sistema de garantías. El principio de intervención mínima en sus caracteres de fragmentariedad y subsidiariedad, así como el de proporcionalidad resultan los más afectados con la expansión de la última ratio del Derecho hacia nuevas esferas. El principio de lesividad de bienes jurídicos, el de máxima taxatividad legal e interpretativa, el de culpabilidad y asimismo los de presunción de inocencia, Derecho a la defensa e igualdad que se derivan del Debido proceso como megaprincipio generatriz. La autora considera que deben realizarse la revisión de algunas de las mencionadas conductas que se establecen como delitos en el Código Penal desde la óptica de estos principios que deberían incorporarse a la ley referenciada en futuras modificaciones.

La justicia es el pilar más sólido que puede tener cualquier sistema, por lo que nuestro sistema penal luego de contrariar los principios penales debe estar en consonancia con ellos, aunque esto represente un reto en los tiempos actuales. El primer paso debe ser reducir los tipos penales que representan una anticipación de la tutela penal, dentro de estos principalmente los de peligro abstracto que poseen una antijuricidad más formal que material, pues no es necesario demostrar que el bien jurídico ha sido puesto efectivamente en peligro de ser lesionado. Deben pasar al ámbito del Derecho administrativo muchas de las conductas de peligro abstracto para las que la ley establece sanciones mínimas, en los casos en que por su importancia para la sociedad moderna se requiera que continúen en el Código Penal debieran configurarse como delitos de peligro concreto de forma que sea imprescindible la producción del daño para el bien jurídico protegido por el tipo, deben ser objetos concretos que permitan la determinación de su puesta en

<sup>65</sup> Ver en, Velázquez Torres ,L. y Probanca Labrada,L.M.; *“El abogado de oficio a tenor de las modificaciones en la Ley de Procedimiento Penal”*,(artículo inédito) Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Holguín, Holguín,2015,pp. 11-14

peligro en la situación específica, quedando solo en nuestro código los delitos de peligro abstracto necesarios.

### **2.3.2 Consideraciones de los profesionales del Derecho sobre la intervención punitiva adelantada.**

El tema que ha constituido el objeto de la presente investigación es de gran importancia en nuestros días por lo que se precisa conocer cuál es el conocimiento de los juristas cubanos acerca de este y demostrar la necesidad de su divulgación y estudio con mayor profundidad. En la encuesta se aglutinan los criterios de los profesionales del Derecho en relación a los aspectos tratados en los epígrafes anteriores.

Se entrevistaron a 40 profesionales del Derecho. De la muestra seleccionada 15 fungen como abogados, adscritos a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, representando un 37,5 % del total, 10 son fiscales, lo que significa el 25 %, 7 jueces para un 17,5 % y reeducadores penales de establecimientos penitenciarios del MININT 8, representando un 20%.

A continuación se realizará la evaluación correspondiente de los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas:

- De los 25 encuestados que representa el 59,5 % de la muestra, manifestaron conocer de la existencia de la anticipación de la tutela penal en la pregunta 1. Mientras que el 40,5% de la muestra presentó un criterio contrario.
- El 80% de los encuestados expresaron correspondencia en sus respuestas del inciso 1.1 al considerar la anticipación de la tutela penal como consecuencia de la expansión del Derecho Penal. Del 20% restante respondió de forma errada.
- En el inciso 1.2 el 79 % dio respuestas satisfactorias acerca de los modos de actuación de la intervención punitiva adelantada. De los restantes encuestados el 1,5% ofreció respuestas incorrectas y el 19,5% refirió no conocer los modos de actuación.
- Los resultados del inciso 1.3 revelaron que solo el 10% de la muestra

conoce al menos un autor que refiere en su obra el tema de estudio. El restante 90% expresó no conocer ninguno.

- Las respuestas del inciso 1.4 resultaron disímiles. El 50% de los encuestados refirió no considerar acertada la anticipación de la tutela penal, el 10% reveló considerarla acertada solo de forma excepcional, mientras que los restantes muestreados que representan un 40% la consideraron acertada.
- Las respuestas ofrecidas a las pregunta 2 evidenciaron conocimiento de al menos 1 de las técnicas de intervención punitiva anticipada por el 79% de la muestra, igualmente el mismo porcentaje demostró saber en qué consiste una de ellas en el inciso 2.1.
- Las respuestas de los encuestados a los incisos 2.3 y 2.4 arrojaron como resultados que en el primer caso el 79% conoce al menos una de las técnicas de adelanto de la tutela penal, el 60% conoce dos y el 29,5% mencionó tres. En los segundos casos referentes a la existencia de contradicción de estas técnicas con los principios jurídicos penales, el 61% de la muestra entiende que resultan atentatorios.
- Las últimas preguntas ofrecieron resultados favorables pues el 98% de los muestreados asintieron en relación al inciso 2.5 sobre la necesidad de conocimiento del tema por parte de los juristas. Mientras que en lo referente a la ubicación del estudio del tema el 82% ubicó su estudio en postgrado frente a un 18% que lo hizo en pre-grado.

La autora juzga que lo referenciado nos permite evaluar de incompleto el conocimiento del tema por los profesionales del Derecho. Teniendo en cuenta los años de experiencia de los encuestados y su desempeño en el ámbito penal los resultados en cuanto al conocimiento de los modos de actuación de la tendencia expansiva fueron buenos, asimismo las preguntas relativas a la existencia de técnicas de anticipación de la tutela y su presencia en la Ley 62 de 1987. No podemos obviar los bajos porcentajes relacionados con el conocimiento doctrinal del tema expresado en el desconocimiento del término anticipación de la tutela penal así como de los autores con investigaciones referentes al tema. La expansión del Derecho Penal es una de las problemáticas que enfrenta el Derecho Penal como rama y que tiene una clara connotación social en la restricción de garantías partiendo de la pérdida de la otrora función limitadora del bien jurídico, es vital que los operadores del Derecho de esta rama logren un completo conocimiento del tema.

El jurista uruguayo Eduardo Couture con total exactitud en los “Mandamientos del Abogado” o “Decálogo del Abogado”<sup>66</sup> recomienda en primer orden el estudio como deber y el único modo posible de ser buenos profesionales al no quedarnos rezagados ante las contantes transformaciones del Derecho. Los profesionales Derecho en cualquiera de sus perfiles deben hacer de este mandamiento una práctica cotidiana. La reflexión se aviene a los resultados de las encuestas en lo referente a la importancia del conocimiento de la intervención penal en el ámbito previo, conocimiento que solo puede alcanzarse mediante el estudio que la mayoría de los muestreados refirieron debe realizarse en post-grado debido a lo abarcador y complejo que puede resultarse su análisis. La sociedad cubana merece que sus juristas tengan la preparación necesaria para hacer prevalecer la justicia en la rama más coercitiva del ordenamiento jurídico.

## **Conclusiones**

---

<sup>66</sup>Disponible en Enciclopedia Cubana *ECURED*  
[http://ecured/index?id=74638#Dec.A1logo\\_del\\_abogado/](http://ecured/index?id=74638#Dec.A1logo_del_abogado/)[Consultado el 12 de marzo del 2016]

Teniendo en cuenta el análisis desarrollado a lo largo de esta investigación podemos concluir que:

Primera: La intervención punitiva adelantada como proceso expansionista se ha gestado de forma discontinua tanto a nivel mundial como en nuestro país. Su evolución incide en un movimiento legislativo que en nuestra latitud ha incidido en las posiciones asumidas desde 1936 hasta la actualidad en los Códigos Penales respecto a la punición de las formas imperfectas del delito y a la inclusión en ellos de las técnicas de anticipación de la tutela.

Segunda: El desarrollo de las nuevas tecnologías y los avances en las ramas de las ciencias son causas determinantes del surgimiento de un nuevo derecho penal adaptado a las circunstancias actuales el Derecho Penal de Riesgo. La principal característica de esta tendencia penal expansionista es la extensión de la protección penal hacia nuevos ámbitos mediante la neocriminalización de conductas que anteriormente no eran consideradas peligrosas, denominada anticipación de la tutela penal. En su intento de prevenir los riesgos de la sociedad moderna no utiliza los métodos más indicados pues emplea indiscriminadamente sus técnicas como conjunto de procedimientos y recursos legislativos que incide directamente en la libertad individual que puede verse limitada con la proliferación de normas penales que intervienen cada de forma más anticipada.

Tercera: En nuestro Código Penal están presentes varias técnicas de anticipación de la tutela penal como los delitos de peligro, los delitos de tentativa, los delitos de preparación o actos preparatorios, los delitos de intención sin lesión al bien jurídico y la creación de bienes jurídicos colectivos. Los delitos de peligro, generalmente de peligro abstracto que ha devenido principal técnica de anticipación penal, por los diversos motivos expuestos con anterioridad deberían aceptarse excepcionalmente en nuestro Código Penal.

Cuarta: Lograr mantener la eficacia y credibilidad del sistema penal depende no solo de buscar, de sino encontrar límites al poder punitivo, pues el uso indiscriminado puede lesionar su efectividad, si se muestra insuficiente para hacer frente a una excesiva cantidad de violaciones se debilitará, entre menos haya que recurrir a una norma penal más eficiente será esta pues demostrará que solo una minoría social incurre en ese comportamiento delictivo, pero antes de acudir a ella deben probarse otros mecanismos de solución como pueden ser la acción civil y las sanciones no penales como las administrativas.

Quinta: El respeto del principio de intervención mínima o de última ratio que es contrario al expansionismo penal es necesario si se aspira a acudir al Derecho

*Aproximación a la intervención punitiva adelantada en el Código Penal vigente*

Penal cuando las otras ramas del ordenamiento jurídico han sido ineficaces, ante los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, por lo que pese a las peligrosas situaciones que puedan presentarse en la “sociedad de riesgo” no puede por eso el Derecho Penal en la actualidad dejar de estar en consonancia con sus principios.

Sexta: Existe desconocimiento por parte de los operadores del Derecho acerca de estas técnicas y sus consecuencias propiciar un conocimiento más profundo del tema facilitaría que prime la Justicia como valor esencial del Derecho en la esfera penal.

## **RECOMENDACIONES**

- A la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional recomendamos que en futuras modificaciones al Código Penal se disminuya el empleo de las aludidas técnicas de anticipación de la tutela penal, lo cual sin dudas va influir en otras ramas del derecho como la administrativa a la que debieran pasar algunas conductas reguladas en nuestro código.
- A la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Holguín y a la Unión de Juristas de Cuba recomendamos continuar investigando para tributarle a las Ciencias Penales, al Derecho y por tanto a una sociedad más justa a la que debemos aportar elementos para su construcción los juristas.

## **RECOMENDACIONES**

- A la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional recomendamos que en futuras modificaciones al Código Penal se disminuya el empleo de las aludidas técnicas de anticipación de la tutela penal, lo cual sin dudas va influir en otras ramas del derecho como la administrativa a la que debieran pasar algunas conductas reguladas en nuestro código.
- A la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Holguín, recomendamos continuar investigando para tributarle a las Ciencias Penales, al Derecho y por tanto a una sociedad más justa a la que debemos aportar elementos para su construcción los juristas.

## **Referencias bibliográficas**

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal español. Parte General*, 2 da ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino), Madrid 1986.

BECCARIA, César. *De los Delitos y las Penas*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1993.

BECK, Ulrich. *Teoría de la Modernidad Reflexiva*, extraído de Die Erfindung des Politischen, Frankfurt, Suhrkamp, en Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo. Jostetxo Beriaín (compilador). Barcelona: EditorialAnthropos.,1993.

BRUNERA, H.A.; BRUNERA, A.M. *Derecho Penal y garantías individuales*, Editorial Juris, Argentina, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ J. J., y HORMANAZÁBAL MALARREÉ,H. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Ed. Trotta, S. A., Madrid,1999.

CEREZO MIR, José .*La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español*, en RDPC, 2da época, n° 1,1998.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Astrea, S.R.L,Argentina, 1990.

DAHRENDORF, Ralf. *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*,trad.Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2005.

FRISCH, W.;"An den Grenzen des Strafrechts", *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Streeund J. Wessds*, Heidelberg ,1993.

GARCÍA PABLOS, Antonio. "Tendencias del Actual Derecho Penal". *Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Congreso Internacional, Actas y Congresos,Madrid, España, 2000.

GOITE PIERRE, Mayda (coordinadora);*Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GRACIA MARTIN, Luis. *Política criminal y dogmática jurídico penal del Proceso de Reforma en España*, en AP, n° 1,1998.

GRASSO, G.; "L'anticipazione della tutela pênale. I reati di pericolo e i reati di attentato", *RIDPP*, 1986.

HASSEMER, Winfried. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *ADPCP*, 1992.

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Pena y Estado n° 1,1991.

JAKOBS, Gunther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *ZStWn* No. 97, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_ *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2001.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958.

KAUFMANN, Arthur. "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", *JZ*, 1963.

LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A; LUGO ARTEAGA L. *El bien jurídico a partir de las funciones del Derecho Penal* (artículo inédito), Facultad de Derecho, Universidad Oscar Lucero Moya, Holguín, 2014.

\_\_\_\_\_ *Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal* (artículo inédito), Facultad de Derecho, Universidad Oscar Lucero Moya, Holguín, 2014.

LÓPEZ CELEIRO, Idalmis. "Los delitos de peligro ¿Desafío o necesidad para el Derecho Penal contemporáneo?", *Boletín ONBC*, No.42, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Triana Editores; Universidad Iberoamericana, México 1998.

MAIER, H.C. *Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Köln, 1985.

MACHICADO, J. *El debido proceso penal*, Apuntes Jurídicos, La Paz, 2010, p.5, igualmente en, Sánchez Lugo, C.F.; *“La teoría del caso”*, Juan Carlos Arias Duque Editor, Colombia, 2005.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*, EDIAR editores, Buenos Aires, 1948.

MEDINA CUENCA, Arnel. *Los principios limitativos del ius puniendi. Su incidencia en la determinación de la pena y su consagración en las constituciones nacionales y en los instrumentos jurídicos adoptados por la comunidad internacional*. Trabajo de investigación defendido en opción del título de Master en Derecho público, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, 2001.

\_\_\_\_\_ (coord.) *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, 6ta ed., revisada y puesta al día, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

QUIROS PÍREZ, Renén. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.

RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, Madrid, 1977.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito* (traducción a la 2da edición alemana y nota por D.M Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, y J. De Vicente Remesal), reimp., Ed. Civitas, Madrid, 2006.

\_\_\_\_\_ *“Culpabilidad y prevención en Derecho Penal”*, Editorial Reus, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María I. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretario de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, José M. Bosch, Editor S.A., Barcelona, 1992

\_\_\_\_\_ *La expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Segunda Edición revisada y ampliada), Ed. Civitas, Madrid, 2001

SOLA RECHE, Esteban .*La llamada "tentativa inidónea" de delito. (Aspectos básicos)*, Granada, 1996.

CORTÉS FIGUEROA, L.E.; QUIJANO LÓPEZ, H.R. Y SÓLORZANO SÓLORZANO A.G.; *Principio de lesividad del bien jurídico*, Monografía en opción al título de Licenciado en Derecho Penal, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2004.

TABIO, Evelio. *Comentarios al Código de Defensa Social*, T. XIV, "Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y extranjeros", Jesús Montero Editor; La Habana, 1956.

VELÁZQUEZ TORRES ,L. ;PROBANCE LABRADA,L.M.; *"El abogado de oficio a tenor de las modificaciones en la Ley de Procedimiento Penal"*,(artículo inédito)Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Holguín, Holguín,2015.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General* .Tomo I.EDIAR .Buenos Aires, Argentina, 1998.

\_\_\_\_\_ "*La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)*",en Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y I de MERCOSUR de Derecho Penal y Criminología, Brasil, 2001

### **Artículos consultados en Internet**

ÁGUILA GUTIÉRREZ, Yaíma.*Influencia del positivismo en el Código de Defensa Social de 1936 y el vigente Código Penal cubano [en línea].*Disponible en [monografias.umcc.cu/monos/2010/CIENCIAS%20SOCIALES/mo1024](http://monografias.umcc.cu/monos/2010/CIENCIAS%20SOCIALES/mo1024). [Fecha de consulta: 24/1/2016].

BORJA JÍMENEZ, Emiliano. *Globalización y concepciones del Derecho Penal*[en línea]. Disponible en: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4146/1/04.Borja.pdf>

ALLER, Germán. *La sociedad de riesgo*[en línea]. Disponible en [http://criminnet.ugr.es/recpc/aller\\_14/html](http://criminnet.ugr.es/recpc/aller_14/html).[Consultado el 20 de marzo del 2016]

CASTILLO ALBA, José L. *El principio de taxatividad en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador. Una lectura constitucional y convencional*[en línea]. . Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/alba26/html>. [Consultado el 10 de febrero del 2016]

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *El delito, la Criminología y el Derecho Penal en Cuba después de 1959* [en línea]. Disponible en: <http://www.criminet.ugr.es/recep/02/recpc02-02.html>. [Fecha de consulta: 4/2/2016].

De la Cuesta Aguado, Paz M. *Persona, dignidad y Derecho Penal*[en línea]. Disponible en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/13.pdf>[Fecha de consulta: 7/2/2016].

Díez Ripollés, José Luis. *La contextualización del bien jurídico en un Derecho Penal garantista*[en línea].

Ferrajoli, Luigi. *Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales* [en línea]. Disponible en <http://www.cienciaspenales.org/ferraj05.html>. [Fecha de consulta: 19 de enero de 2014].

FUENTES OSORIO, Juan L. *Formas de anticipación de la tutela penal*[en línea].. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recp08-08/pdf>. [Consultado el 12 de febrero del 2016]

GÓMEZ RAMÍREZ, Nola. *Análisis de los principios del Derecho Penal*[en línea]. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06737-4.pdf> . [Consultado el 21 de marzo de 2016]

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho Penal de los riesgos futuros?* [en línea]. Disponible en [http://criminet.ugr.es/recpc/recp\\_04-14/pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recp_04-14/pdf). [Consultado el 12 de febrero del 2016]

LEÓN IGLESIAS, Juana M. *Evolución de las ideas filosófico penales en Cuba. El Código de Defensa Social y otras normativas penales (1938-1958)*[en línea]. Disponible en [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842013000100004/](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842013000100004/) . [Fecha de consulta: 24/1/2016].

MIR PUIG, Santiago. *Valoraciones, normas y antijuricidad penal*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, [en línea]. Disponible en <https://www.uab.cat/Document/474/797/CVdEnsigner.pdf> Fecha de consulta: [4/3/2016].

RAMOS, M. Á.; ZANAZZI, S. *Los delitos de peligro y el principio de lesividad* [en línea]. Disponible en [http://www.saij.gob.ar/dacfl/40202-ramos\\_delitos\\_peligro\\_principio\\_lesivid.html](http://www.saij.gob.ar/dacfl/40202-ramos_delitos_peligro_principio_lesivid.html) . [Fecha de consulta: 14/3/2016].

Schonfeld, Leonardo Augusto. *La expansión del Derecho Penal como política demagógica y sus límites* [en línea]. Disponible en: <http://www.calosparma.com.ar/la-expansion-del-derecho-penal-como-politica-demagologica.html> [Fecha de consulta: 23/4/2016].

Zaffaroni, Eugenio R. *Globalización y crimen organizado. El poder en la Globalización* [en línea]. Disponible en: <http://documents.mx/documents/zaffaroni-globalizacion-y-crimen-organizado.html> [Fecha de consulta: 23/4/2016].

### **Leyes jurídicas consultadas**

CUBA. Colección Legislativa *Cubana*, Vol. I: "Código de Defensa Social", Jesús Montero Editor, La Habana, 1938.

CUBA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Penal: Ley No.21 de 15 de febrero de 1979, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1979.

CUBA. Código Penal: Ley No.62, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989.

CUBA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Código Penal: Ley No.21 de 15 de febrero de 1979, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1979.

MEDINA CUENCA, Arnel (coord.). *Comentarios a las leyes penales cubanas: Comentarios al Decreto-Ley 310 de 29 de mayo de 2013. Modificaciones al Código Penal*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 253-293

\_\_\_\_\_ *Comentarios a las leyes penales cubanas: Comentarios al Decreto-Ley 316 de 2013 sobre el lavado de activos*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 405-429

Comentarios a las leyes penales cubanas: Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 3-199

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Argentina* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 10 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Argentina

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Bolivia*,[correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 16 de noviembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Códigos Penales de América/Código de Bolivia

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS.*Código Penal Costa Rica*[correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 10 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Costa Rica.

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Chile*correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Chile.

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Colombia*[correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Colombia

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Ecuador* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Ecuador

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de España* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en: ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de España

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de El Salvador* [correo electrónico], Holguín,(s.e.),

*Aproximación a la intervención punitiva adelantada en el Código Penal vigente*

Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en:  
ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de El Salvador

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal Federal de México* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en:  
ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código Federal de México

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Honduras* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en:  
ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Honduras

UNIVERSIDAD DE HOLGUÍN.FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. *Código Penal de Venezuela* [correo electrónico], Holguín,(s.e.), Actualización continua- 20 de septiembre de 2015. Disponible en:  
ftp/193.168.3.100/ Penal Santiago/Código de Venezuela