



EL BIEN JURÍDICO Y LAS TÉCNICAS PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS

Esp: Gerardo Rojas Ramírez

Profesor Asistente email: gerardorr@ult.edu.cu

Esp: Ana Estrella Comendador Prol

Profesora Asistente email: anacp@ult.edu.cu

MsC: Yovannys Guerra Salina

Profesora Asistente email: yovannygs@ult.edu.cu

Universidad de Las Tunas Cuba

RESUMEN

El bien jurídico constituye un concepto indispensable dentro de la categoría del delito, incluso hay autores que atentando a su importancia, consideran al mismo como suficiente para tener su propio espacio dentro de la dogmática. Para un amplio sector de la Doctrina el bien jurídico y su teoría constituyen un conjunto de principios, categorías, técnicas, métodos que vinculan a la política con las concepciones generales del Estado y el Derecho y del Derecho Penal de una manera más especial. El trabajo desarrollado nos permite adentrarnos en un análisis histórico de la evolución del bien jurídico, que nos llevará al estudio de como ha sido tratado por las numerosas corrientes y doctrinas filosóficas en este singular aspecto del delito. Valoraremos además las diferentes técnicas para la tipificación de los delitos, exponiendo los criterios doctrinales existentes. Por último realizaremos un análisis del tratamiento del bien jurídico en la Ley de los delitos militares a las técnicas utilizadas para la tipificación.

Palabras claves: bien jurídico, delito, tipificación.

Consideramos que los objetivos trazados y el tema escogido constituyen aspectos importantes a investigar por su carga ideológica. El bien jurídico determina los intereses de un Estado, de una sociedad; se vincula a los problemas mas urgentes de un momento histórico social y a las necesidades concretas que se deben resolver. A veces se ha manifestado lo mutable que son los bienes jurídicos y es precisamente uno de los aspectos más importante. La teoría del bien jurídico ha tenido que evolucionar y lo sigue haciendo ante las exigencias de un mundo donde convergen problemas no enfrentados con anterioridad; por lo que en su dialéctica de la vida se mueven teorías, posturas para tratar de definirlo y limitar o no los poderes del Estado; es dentro de la dogmática el aspecto vinculante con la política penal.

Objetivos:

- 1- Determinar a través de un análisis histórico dogmático, cual es el contenido del bien jurídico.
- 2- Exponer los criterios doctrinales sobre las técnicas de la tipificación de los delitos.
- 3- Analizar los bienes jurídicos protegidos en la Ley de los delitos militares y las técnicas más utilizadas para su protección.

Consideramos necesario, antes del análisis histórico de la evolución del concepto del Bien Jurídico, realizar la aclaración sobre lo que vamos a estudiar. El Bien Jurídico está muy relacionado con la idea de objeto del delito, este concepto también merece un análisis previo. El Delito como acción humana trae aparejada necesariamente su incidencia en determinada esfera de la vida, por lo que de una manera insoslayable implica una afectación posible, afectación de algo.

Cuando hablamos de objeto del delito, debemos presumir que nos referimos hacia aquello donde va dirigida la actividad, donde recae la misma y por ser el delito un comportamiento negativo o dañino, sabemos que allí donde actuó ocasionó una afectación o una posible afectación. Debemos entonces aclarar que toda acción delictiva tiene un objeto material o directo, que no coincide con el objeto jurídico de protección.

El Objeto Material o Directo es quizás el objeto directo de la acción, es el bien o persona la cual se dirige directamente la acción del sujeto. Sólo algunas figuras delictivas exigen la concurrencia del Objeto Directo. El objeto jurídico de la acción es aquello que se quiere proteger con la regulación, con la norma.

Por ejemplo:

En el homicidio el objeto jurídico o de protección es la vida y el objeto material o directo es la persona cuya vida se ciega. Entre la distinción de ambos conceptos objeto, existe un amplio acuerdo en la doctrina.

Mir Puig. Cuando se trata de definir en que consiste ese objeto de protección o Bien Jurídico, si encontramos una mayor cantidad de criterios y una verdadera polémica.

Teoría del derecho subjetivo.

Contexto histórico:

Desarrollado en el Siglo XVIII, por el Derecho Penal de la Ilustración. Hasta ese momento el derecho Penal feudal le había concedido al estado un desmesurado poder punitivo que se asentó en los Siglos XVII y XVIII donde existió un predominio del absolutismo y la desigualdad social, que se tradujo también en desigualdad jurídica. El desmedido sistema de penas, la arbitrariedad judicial, los procesos penales sin garantías, ni seguridad. Todo esto creó inseguridad jurídica y el aumento de la delincuencia.

Ya en el siglo XVIII la burguesía había alcanzado el poder, las concepciones filosóficas y políticas habían cambiado, dándole al Estado y al Derecho una concepción más limitada de su poder y función ante los ciudadanos. Surgía el contrato social del cual emanaban derechos y obligaciones recíprocas. Derecho a ser respetado el deber u obligación de respetar y que en síntesis era la libertad como derecho resumen de ese contrato social.

La limitación de la tutela penal es propia de la Ilustración y tiene como exponentes principales a Feurbach, Romagnosi, Tomassius, Pagano, Carmigniani, Condorset, etc, aunque sí se elaboró la concepción de objeto de la protección penal como categoría jurídica penal.

El objeto del delito según este pensamiento iluminista debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de las personas, comprendidas en esta expresión los bienes fundamentales indicados por Locke, como aquellas para cuya tutela se constituía el Estado, esto es, la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo, o los bienes.

Se identificó el objeto de Protección Penal con los Derechos Subjetivos, es decir, aquel Derecho natural del hombre, para reclamar el respeto absoluto a los Derechos inherentes a su

persona y bienes. Los derechos subjetivos eran derechos naturales, por lo tanto no se derivaban de ninguna norma jurídica garantizando la limitación de la actividad legislativa en esta rama del Derecho.

Esta concepción basada en el contrato social según Beccaría, consistía en el sacrificio de determinadas porciones de libertad del hombre para garantizar su tranquilidad y seguridad que le permitiera vivir en un Estado de Sociedad y que precisamente la suma de esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada una constituye la soberanía de la nación. Las leyes por lo tanto eran las condiciones que los hombres independientes y aislados, se unieran en sociedad y como toda Ley debe ser sancionada, aquellos al celebrar el pacto social, confirieron el poder, el derecho de penarles, si violaban las leyes de asociación.

En resumen, la libertad era el Derecho de ese contrato social.

Tesis inicial del bien jurídico.

Contexto histórico:

Una vez afianzada la burguesía en el poder y haberse alcanzado un desarrollo industrial y científico, el positivismo se convirtió en la corriente filosófica dominante y por supuesto que el Derecho también asumió su influencia ante esta situación objetiva ya la noción del objeto de protección penal, basada en el derecho subjetivo fue desechada, ya que el estado requería de un orden jurídico, con un carácter objetivo y tampoco se necesitaba de un Derecho que limitara el poder del estado. Esa noción restringida sufre un cambio teórico debido a que perdió todo valor axiológico, extendiéndose con Birnbaum a cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado.

Birnbaum (alemán) de una perspectiva jusnaturalista, fue el primero en denominar bien jurídico al objeto de protección, por lo que se consideró el iniciador o creador de la teoría del bien jurídico (que surgió en 1834), aunque los primeros aportes los encontramos en el derecho penal de la Ilustración que ya analizamos.

Concretamente Birnbaum no definió el concepto de Bien Jurídico; pero sí introdujo el término con la finalidad de alcanzar una definición de Delito Natural o sea independiente del derecho Positivo, en el terreno de las infracciones contra la religión y las buenas costumbres. Para él, el delito no es lesión de un Derecho, pues el Derecho no puede ser disminuido ni sustraído, ello puede suceder sólo a lo que es objeto de un Derecho, es decir, un Bien que jurídicamente nos pertenece, por lo tanto, el contenido de los bienes está más allá del Estado y del Derecho, es dado por su naturaleza y el desarrollo social, luego el Derecho sólo puede reconocerlos, no alterarlos, ni modificarlos ni establecerlos, no reconociendo de esta forma en el bien jurídico derecho alguno, sino un bien material, asignado por el Estado que correspondiente al individuo o a la colectividad se manifestaba vulnerable en sentido naturalístico, aunque no queda claro si se refiere a bienes materiales o comprende también los espirituales.

El bien jurídico constituye un instrumento restaurativo del Estado, permitiendo incriminar determinadas conductas perturbadoras de las nuevas condiciones de restauración.

Es necesario aclarar que aunque hubo cambios teóricos, los derechos subjetivos no se suprimieron, sino que se subordinaron a los Derechos Objetivos, instrumento en manos de la burguesía ya consolidada.

Concepción normativa del bien jurídico.

Contexto histórico:

Últimas décadas del siglo XIX en las que los cambios y transformaciones sociales y políticas influyeron también en lo jurídico. Surgió una concepción normativista del bien jurídico.

El máximo exponente fue Binding, el que se destacó principalmente por su teoría de las normas y que sirvió de base para la elaboración de la concepción o teoría del bien jurídico. Como

concepción filosófica se mantiene el Positivismo y específicamente como corriente en el Derecho Penal la normativa. Este penalista alemán sí definió por primera vez el Bien Jurídico, el que pasa a ocupar un lugar central en la Teoría del Delito. Para Binding bien Jurídico, era todo lo que el legislador tutelaba mediante normas, el bien jurídico es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico y no hay posibilidades de establecer sus bienes más allá del derecho o del Estado. Como decía Birbaum, la norma como imperativo o de mandato es lo que se infringe, es lo que se desobedece, ese desobedecimiento, es lesión jurídica de un derecho subjetivo del Estado, pero al mismo tiempo la desobediencia y la lesión jurídica implican la lesión de un bien que cada norma concreta tiene como contenido, por ejemplo: no debes matar, la vida es un bien protegido.

Binding con el bien jurídico, no tuvo intenciones de poner un límite al *Ius Puniendi*, por cuanto para él, el Estado era el único que determinaba el contenido de las normas jurídicas, por lo que no había más límite que aquel que el propio Estado se confería, desapareciendo el criterio limitador atribuido al bien jurídico.

Se caracterizó por un excesivo normativismo, propio del positivismo, excluyéndose al individuo totalmente, y dejando una posición bien clara de que los ciudadanos están en total sometimiento al poder del Estado. Esta normativización y absolutización del *Ius Puniendi* condujo a la pérdida de la función crítica y garantista del bien jurídico.

En la segunda mitad del siglo XIX, el positivismo, corriente filosófica predominante, tuvo varias posturas tanto en la Filosofía como en el Derecho; pero todos tenían un rasgo capital y era el intento de crear una metodología o lógica de la ciencia que estuviera por encima de la contradicción entre el materialismo y el idealismo, cayendo en un fenomenalismo extremo; siendo el principal objetivo de cualquier ciencia la descripción pura de los hechos, no su explicación, pretendiendo tener una posición neutral.

Positivism naturalista de Von Liszt.

En el Derecho Penal además del positivismo normativista, explicado anteriormente, también se asumió una postura que condujo a consecuencias opuestas sobre todo en lo metodológico y en su contenido. Después de la publicación en 1882 del Programa de Hasburgo de Franz Von Liszt, se tomó una postura en la que el Bien Jurídico tendría una función trascendentalista, ya que situó al Bien Jurídico mas allá del Derecho Penal y cumpliendo una función crítica dentro del sistema. Von Liszt, dentro del positivismo jurídico se sitúa en una dirección sociológica.

Positivism naturalista o material de Von Liszt.

En el Siglo XIX, en su séptima década en Alemania Von Liszt intentó una concepción material del Bien Jurídico trasladando la noción del mismo a un momento previo al derecho existente, es decir, al de la realidad social. Para él eran la realidad social, la vida, las que decidían que objetos merecían tutela penal y no el legislador. El Derecho tiene por objeto la defensa de intereses de la vida humana, es por su naturaleza la protección de intereses.

Para Von Liszt todos los bienes jurídicos constituían intereses vitales del individuo o de la comunidad, el orden jurídico no los creaba, sino que los engendraba la vida, y el Derecho sólo elevaba ese interés vital a bien jurídico.

Von Liszt, se coloca en una posición diferente más bien antagónica a Karl Binding pues éste último concebía el bien jurídico en torno al Estado y no en torno al hombre. La norma para Binding, era lo que se protegía, para Von Liszt eran los intereses que la vida exigía proteger, de ahí que el bien Jurídico está mas allá de la norma, dándole un carácter social al mismo, incluso consideraba que el derecho penal muchas veces no podía ser suficiente para la protección de esos intereses vitales y que había que recurrir a la política criminal.

El bien jurídico se convierte en un canal de comunicación entre la política penal y la dogmática y no como su frontera, planteaba que el concepto de bien debe acentuar fuertemente la conexión interna de la ciencia jurídica con la política y la necesidad de constante fomento y fecundación recíproca como vía de evitar un tratamiento puramente formalístico del derecho, planteando incluso que las raíces del bien jurídico no están en el campo del Derecho.

Concepción teleológico- valorativo del bien jurídico (neokantismo).

Al final de la primera guerra mundial y como una reacción ante el positivismo, corriente filosófica caracterizada por su apego a lo objetivo y verificable surgió el neokantismo como una posición filosófica diametralmente opuesta, en lo que la espiritualización y los valores fueron su máximo y punto central. Los neokantianos analizaron al bien jurídico, pero un terreno diferente al derecho positivo y a la realidad social, espiritualizando el concepto de bien jurídico al definirlo como, aquellos valores objetivos que debían protegerse, como la finalidad de la norma, al cual la ley penal confería su tutela jurídica mediante el tipo legal.

El bien jurídico no fue considerado como una realidad fenoménica, sino como un valor, en el sentido de la finalidad de la norma. Para estas no se trataba de un objeto externo corporal, sobre el que se realiza típicamente la acción, sino el objeto valorativo protegida por el tipo y atacada por el delito. Entre los autores neokantianos encontramos a Horig el que la síntesis categórica de bien jurídico como aquel bien de naturaleza abstracta que no era más que el fin *jhhbewrfb* por el legislador en los preceptos penales particulares, dejando desprovisto de esta forma al concepto de bien jurídico de todo contenido real y concreto.

De este modo el bien jurídico se convierte en un criterio rector para la interpretación, se renuncia a su función garantista, crítica y limitadora, se separa de la política y la ideología evitando así un cuestionamiento a los poderes del estado y siendo entonces utilizado para la imposición de ordenes de naturaleza éticas o morales, pretendiendo lograr una uniformidad o estandarización ideológica para los neokantianos. Los valores constituyen para el Derecho Penal, no un objetivo a lograr, pautas mínimas a respetar, por lo que no pueden analizar el perjuicio como perturbación de la vida social, sino como oposición a los valores, dándole un carácter asocial al bien jurídico.

Dentro de esta corriente se señala, las doctrinas fascistas asumieron esta corriente que los permitía garantizar un Derecho Penal crítico que identificara el interés del estado, los sentimientos de deber y la fidelidad como el objeto de protección de las normas penales, dejando de tener el bien jurídico un papel limitador y asumiendo una función meramente inmanente.

Negación del bien jurídico.

Una tendencia infléis surgida para apoyar y darle basamento jurídico al fascismo Alemán. Según esta el bien jurídico se concibió, como bien de cultura, produciéndose una espiritualización o etización del bien jurídico, despojando al mismo de una función limitadora, es la antesala de la escuela de Kiel , donde se priorizó como bien jurídico, todo lo que tiene valor a los ojos del legislador en las doctrinas fascistas y nazis, se identificó directamente con el interés del estado o peor aun con el sentimiento del deber y la fidelidad a su jefe, de manera que pasa a ser un instrumento autoreflexivo de legitimación ético- político del poder punitivo.

Constituyó una ruptura total a la propia legalidad burguesa, condujo al subjetivismo e inseguridad jurídica. Para los juristas nazis del Kiel la doctrina del bien jurídico constituía una limitación y aún más una usurpación de los fines y poderes del estado (Cabo del Rosal).

Concepción finalista del bien jurídico.

La teoría finalista surgió en Alemania en la década del 30 del siglo pasado, con la obra del jurista Alemán Has Welzel, la estructura jkerw de la acción delictiva, este autor publico varios trabajos durante los 30 y 40; pero es la década del 1950, cuando esta teoría se generaliza y fue asumida por muchos penalistas en Alemania, Europa, incluso América Latina, siendo una teoría importante que marcó pautas dentro de la dogmática penal.

Welzel en su teoría final de la acción planteó la imposibilidad de separar la voluntad a aspectos subjetivos de la acción, planteando que era inadmisibles porque destruía la verdadera estructura unitaria de la acción. Según él la acción humana consiste en el ejercicio de una actividad finalista y que la acción finalista es un concepto pre-jurídico que tenía una significación en el ámbito social de la vida. Planteaba que los tipos penales describen en su materia de prohibición solo acciones que se apartan gravemente de los ordenes históricos de la vida social, ya que el legislador prohíbe solo comportamientos que son inadecuados socialmente, que infringen deberes objetivos de cuidados.

Welzel consideraba que el bien jurídico era todo estado o situación social deseable que el derecho quiere resguardar, asegurar de lesiones permitiendo enmarcar dentro de esta concepto los más variados objetos y procesos, ya que el estado social deseable comprendía para los finalistas, las más diversas formas como objeto psico-físico; por ejemplo: la vida, espiritual-ideal –el honor, el estado real. Tranquilidad del hogar, hasta las conductas violatorias del deber de fidelidad de funcionarios o empleados identificando el bien jurídico con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro (Quiros).

Características según la denominación finalista.

- El bien Jurídico es susceptible de ser modificada por acciones individuales.
- Son esencialmente dinámicas en el seno de la sociedad.
- Son objeto de protección y de agresión.

Para Welzel el bien jurídico analizándolo globalmente no era la suma mecánica de la misma, sin vínculos ni coherencia, sino todo lo contrario. La suma de bien jurídico constituían el orden social, por lo tanto para comprender el bien jurídico, se necesitaba siempre un análisis de la significación social que tiene dentro de un contexto acercándose a la concepción de Von Liszt al que remitía siempre al objeto empírico o a la vida para analizar al bien jurídico; sin embargo se considera su teoría más cercana a la concepción normativa de Brindring al considerar que lo fundamental en la valoración del bien jurídico son las normas éticas – sociales, (la asdvavh del Derecho Penal consistía en la protección de los valores elementales de la convivencia de carácter ético – social y por adición la protección de los bienes jurídicos particulares) al mirar solo el aspecto ético – social, en el fondo el bien jurídico no riega papel alguno y se sigue con la teoría de que el delito infringe un derecho , por lo que no llegó a alcanzar una posición independiente a la que se habían alcanzado en relación al bien jurídico.

Tendencias actuales (Con fundamento sociológico y con fundamento constitucional).

Con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, el bien jurídico volvió a ocupar el lugar que había perdido en el Derecho Penal. La crisis del modelo estatal y jurídico durante la mitad del siglo xx exigía entonces superar todas las contradicciones e insatisfacciones del sistema social patrocinado por el positivismo y el neopositivismo.

La corriente funcionalista.

La determinación de la función del bien jurídico, como límite del poder punitivo en la década del 70 estimuló a los alemanes Knut Amelung y Callies a analizar y encontrar una explicación conceptual del Bien Jurídico. Se recorrió a la teoría de los sistemas sociales, sobre todo para apreciar su contenido. Arrelung basó su concepto material del delito en la teoría del "daño social, retomándose las ideas liberales de la ilustración" la "dañosidad social" solo siesta ocurre en la medida necesaria, podría apelarse a la criminalización. El concepto de bien jurídico se hace desde la funcionalidad o disfuncionalidad de la conducta.

Para este autor en atención a la funcionalidad conduce a que se proteja a la persona, no por sí misma, sino en interés de la sociedad, dándole un carácter a su tesis jvh- social (la sociedad como edjkb), pero esta posición conducía a que la persona podía entonces ser sacrificada o afectada si el sistema quedaba inalterado, para corregir esta consecuencia de su concepción, restringió la misma a las decisiones valorativas fundamentales de la constitución dándole entonces un papel orientador a la misma y cayendo en una posición para mí indefinida. (Eclíptica).

Callies: Aceptó la idea de un concepto de bien jurídico, pero su idea se derivó de la función social que tiene el Derecho Penal. Para este penalista el bien jurídico no es sustancialidad, ni valores, ni bienes, sino aquella estructura social, en general y las posibilidades de participación que supone en particular, quedando de esta forma el bien jurídico imposibilitado para prestar una función dogmática y garantista dentro del Derecho Penal.

Roxin: Penalista también Alemán en Derecho Penal parte general del año definió los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esta concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a circunstancias dadas y finalidades en vez de a intereses de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abona tanto los Estados previamente hallados por el derecho, como los deberes de cumplimiento de normas creadas solo por el mismo, o sea, que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previa a la constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.

Entre sus exponentes encontramos a Jager para quien protección de bienes y configuración de bienes son aspectos inconciliables, pues protección solo es concebible nacionalmente cuando antes del acto legislativo ya existía un bien vital o cultural. La teoría del bien jurídico se base por tanto en la premisa de que bien jurídico solo puede ser lo que ya antes era bien (valor social)

Teorías constitucionalistas.

Al renacer la teoría del bien jurídico una vez superada la segunda Guerra Mundial y donde la humanidad tomó conciencia de la necesidad de un Orden Legal Internacional y también nacional, surge la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, creación de la ONU y una serie de órganos internacionales. Todo esto propició que se retomara el concepto de bien

jurídico como límite del poder del Estado. Las constituciones retomaron un papel rector, que garantizaran por lo menos formalmente los derechos de los ciudadanos, haciéndose una revisión de las mismas.

En este contexto en la década del 70 surge la concepción jurídico constitucional (la que identifican *1 como elemento orientador y rector para decidir la función punitiva del estado a la constitución), siendo entonces la carta magna la fuente de los bienes jurídicos. Serán bienes jurídicos aquellos bienes constitucionales protegidos penalmente.

Dentro de esta corriente hay dos posturas.

- La estricta, que considera que cada bien jurídico viene taxativamente establecido en las constituciones, por lo que los bienes jurídicos emanan de las diversas disposiciones que de manera expresa establecen los preceptos constitucionales.

Juan Carlos Carbonel Matéu en su libro Derecho Penal Concepto y Principios Constitucionales, plantea el Derecho Penal, desarrolla tutelándolos los valores proclamados en la constitución y de los que de ella emanan, detrás de cada precepto penal debe haber un valor de relevancia constitucional. Todos los poderes del Estado emanan de la soberanía popular y el tribunal constitucional se limita o debe limitarse, pues esa es su función constitucional, a comprobar la adecuación de la ley que sea sometida a su consideración a la norma weirg. Lo único que el legislador democrático no puede hacer es inventarse nuevos valores que en absoluto emanan del sistema. Ellos supondrían salirse del pacto político que supone la constitución planteando de manera categórica la relación entre bien jurídico con la constitución, normativizan el concepto de bien jurídico.

- Postura constitucionalista amplia: Consideran la constitución del Estado, como una fuente general orientadora de valores y errfr supremas de donde arrancan los bienes jurídicos, pero con un carácter global. No especifican que deben existir de manera estricta la vinculación bien jurídico – precepto constitucional.

Para esta concepción no es posible extraer literalmente de la constitución aquellos objetos de protección jurídico penal, sino tan solo proporcionar directivas programáticas de tutela, potencialmente vinculantes cuya concretización ha de ser encomendada inevitablemente a la legislación que actúe y desarrolle la constitución. Esto trae consigo amplios márgenes de libertad al legislador, porque todo no ha sido decidido, ni estructurado y en el que consecuentemente se han dejado espacios abiertos para un proceso legislativo (exponente) Bricola.

La constitución no puede consistir un límite a la derogación de bienes jurídicos... como tampoco impedir la exclusión de objetos de protección, que ya no pueden sostenerse democráticamente. La constitución es ciertamente el marco de referencia fundamental del sistema, pero no puede cerrar el sistema... ello contravendría las bases mismas democráticas, el bien jurídico no puede quedar cortado en su desarrollo y evolución por la constitución, se podría predicar que los derechos reconocidos en la constitución agotan o se confunden con los bienes jurídicos.

Principales limitaciones de las corrientes constitucionalistas.

Ninguno de ellos está en condiciones de proporcionar un concepto material del bien jurídico, lo suficientemente determinado y preciso que permita establecer con seguridad por vía de la deducción lógica, cuales deben ser los objetos de tutela penal. Remite a los valores constitucionales; pero no define que son.

- Solo establecieron las relaciones entre bien jurídico y valor que prevé la constitución.
- Al identificar bien jurídico y derecho, confunden las funciones que tiene la constitución y las leyes penales dentro del ordenamiento jurídico.
- Hacen una absoluta dependencia entre bien jurídico y derecho lo que pudiera confundir ya que no necesariamente uihuh lo que aparece refrendado en la constitución deba tener una respuesta en el campo de lo penal y viceversa no los bienes que protege el Derecho Penal.

Las teorías constitucionalistas de bien jurídico vuelven de alguna manera a caer en el campo del positivismo normativista, ya que identifican bien jurídico con los valores de las normas; pero ahora con aquellas de carácter constitucional.

Los derechos fundamentales establecen una relación entre ciudadanos y Estado, posibilitan una exigencia del ciudadano hacia el respeto de sus derechos.

Los bienes jurídicos no tienen tal función, ella está relacionado con una realidad (una relación social entre los sujetos entre sí con el Estado).

Que están referidos a realidades que se dan en la vida social y por lo tanto no necesariamente han de comprender derechos específicos reconocidos en la constitución.

Jakob plantea que el objeto del delito, refiriéndose a bien jurídico es un concepto elástico, en el sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares; no es el ordenamiento jurídico el que crea el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital o condición de bien jurídico, aún cuando no queda claro en virtud de que criterios el Derecho positivo distingue entre intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse.

Según Jakob últimamente se ha incluido dentro del concepto de bien jurídico a la persona, dirigido esto a conservar para el concepto de Bien Jurídico la relación entre la persona y una situación; pero sin imponer al concepto la función de designar la fuente de estas relaciones valorativas (orden constitucional, vida, cultura, etc.).

Para este autor la posibilidad real asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente es el bien jurídico, por ejemplo: Bien jurídico de los delitos contra la propiedad, no es la cosa sobre la que recae la propiedad, sino la relación de posibilidad de utilización entre el propietario y la cosa.

Partiendo de este criterio define bien jurídico como objetos en su relación con las personas, unidad de funcionales valiosas potenciales o participantes, es decir condiciones de posibilidad de participar en la interacción social. En lo sucesivo adoptó el concepto de unidad funcional y sostiene que el mismo pone de manifiesto que no es cualquier objeto de regulación de una norma un bien jurídico, sino solo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano.

El propio autor reconoce que el concepto de unidad funcional tampoco resuelve el problema de que funciones han de reconocerse como jurídicamente legítimas, no ofreciendo ventajas frente al concepto de interés. Este punto débil es inherente a todo concepto de bien jurídico (sobre el autor).

La teoría de la relación social sobre el bien jurídico ha oscilado entre un concepto de carácter idealista y otro de carácter material, todas las teorías hasta ahora analizadas podrían clasificarse en uno u otro grupo; pero nos parece que todo este proceso de conceptualización se ha aproximado a definir al bien jurídico lo más cercano a la vida o realidad social. Para culminar la exposición de todas las corrientes sobre el bien jurídico lo haremos con una teoría que nos parece lo más cercana a nuestras posiciones políticas e ideológicas. El Derecho Penal Socialista con un sustento filosófico acorde a la concepción materialista de la historia ha aportado a la teoría del delito categorías, conceptos y posiciones ciertamente reconocidas por la Doctrina Penal.

Nuestro país con un sistema social socialista recibió la influencia de ese Derecho Penal, manteniéndose esa influencia hasta la actualidad.

En el año 1919 surge la teoría de la relación social de Pontioski, que reconoció a las mismas como el objeto que protege el Derecho Penal. Su teoría está basada fundamentalmente en el conflicto de las relaciones sociales, también reconocieron la peligrosidad social como rasgo fundamental del delito, y vieron a la acción como un concepto prejurídico independientemente de la tipicidad y la antijuricidad para esta concepción la peligrosidad sociales una característica objetiva de las acciones y omisiones de los hombres para ocasionar algún perjuicio significativo

actual o potencial a la relaciones sociales. La peligrosidad social como término es mucho mas apropiado que algunos utilizados por la doctrina como dañosidad, nocividad; por que dan la idea de un daño constatable materializándose y los delitos muchas veces como veremos en el Capítulo II no ocasionan un daño ya que el Derecho Penal le interesa proteger también los riesgos y la seguridad de las relaciones sociables, por lo que tiene un carácter mas generalizador.

Grisneiev y Zdravosmilov: Son profesores de Derecho Penal de la extinta Unión Soviética definen al objeto de delito son las relaciones sociales socialistas, es decir las relaciones sociales establecidas en virtud de los intereses del pueblo soviético y que responden a las leyes objetivas de la sociedad socialista desarrollada.

La ley penal, precisamente, está llamada a proteger las mencionadas relaciones sociales y a contribuir a su desarrollo y fortalecimiento mediante la lucha contra los atentados delictivos dirigidos contra éstas. Este planteamiento encontró su reflejo en uno de los primeros actos normativos del Poder Soviético: los principios rectores del Derecho Penal de la RSAFSR del año 1919. En su artículo 5 se señalaba: el delito es una violación de las relaciones sociales protegidas por el derecho penal.

Las relaciones sociales protegidas por el derecho penal sólo pueden devenir objeto del delito cuando el atentado dirigido contra éstas constituye un serio peligro social. La esencia clasista del derecho se encuentra claramente expresada en los objetos de protección jurídica penal contemplados. En la teoría de la relación social contractualista, Bustos Ramírez y Hernán Hornazábal afirman que el bien jurídico es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social, determinada y dialéctica; es algo concreto, pero al mismo tiempo da cuenta de la vida, del cuerpo social; surge como una síntesis normativa de una relación social determinada y dialéctica, es decir donde hay varios sujetos en juegos, condicionados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adaptando determinadas formas y modos. El ordenamiento jurídico lo único que hace es fijar ciertas relaciones dentro de las cuales a su vez al norma prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas.

El bien jurídico aparece como un principio garantizador de carácter cognoscitivo; la sociedad es y cada sujeto en particular por su intermedio sabe claramente que esto que se está protegiendo y además tiene la posibilidad de examinar las bases sobre las cuales se asienta esa protección y puede entonces hacer una revisión del por qué de la protección. En esa medida al bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad, a lo cual no puede estar ajeno el jurista.

Reconocen el carácter definitorio de las relaciones económicas, las que condicionan las restantes relaciones sociales y la interrelación dialéctica entre la base económica y la superestructura ideológica y política. El bien jurídico es un producto histórico, surgen de un sistema concreto de relaciones sociales en un periodo determinado. Tiene un doble carácter como síntesis normativa y síntesis social, ya que tendrá que protegerse penalmente aquellas relaciones sociales concretas que están referidas con las bases y condiciones de subsistencia de un sistema económico o por lo menos que no entren en contradicción con él.

Busto Ramírez retoma el aporte realizado por los finalistas, específicamente por Welzel, y aporta o enriquece en mi opinión los conceptos de injusto, desvalor del acto y de resultado para llegar al concepto de desvalor social. Los finalistas le dieron contenido material a la antijuricidad, hasta ese momento formalizado; pero absolutizaron el desvalor de la acción (tipicidad); planteaban que las normas no pueden prohibir resultados sino comportamientos

(desvalor de la acción); pero no lograron distinguir entre tipicidad y atijuricidad. Para el autor no se puede describir una actividad simplemente; sino describir la actividad en su desvalor, esto es en su relación con e; bien jurídico.

Por eso no se trata de un desvalor ético individual, sino de desvalor social objetivo, conforme a como han de darse las relaciones sociales, apunta que Welzel sólo consideró el desvalor del acto como fundamental o lo que es lo mismo al considerar sólo el deber del ciudadano, sólo mira el aspecto ético del acto, en el fondo el bien jurídico no juega papel alguno y se sigue la teoría de que el delito infringe un derecho; por otra parte las normas permisivas(causas de justificación) y norma prohibitiva aparecen como dos órdenes separadas, sin ligazón entre si, cuando la realidad es totalmente diferente. En caso contrario no podrían encontrarse nunca.

Falta pues un elemento de convergencia que llene todo el contenido material de la antijuricidad y todo el complejo de valoraciones que ello implica. Ese elemento es, naturalmente, el bien jurídico que solo da contenido a la a la tipicidad, sino también a la antijuricidad. El desvalor del resultado, permite establecer positivamente la antijuricidad y con ello lograr una mayor precisión y graduación del injusto, logrando también una función garantizadora, porque no puede entrar en consideración, aficiones ideales o presuntas de los bienes jurídicos, sino solo así los efectivos, evitando que se castiguen ideas, pensamientos o la pura peligrosidad del autor. Solo así se garantiza lo que se protege, no son visiones del universo, sino al hombre concreto dentro de una relación social concreta.

Para estos autores el bien jurídico constituye un canal de comunicación entre política penal y la dogmática, reconocen el papel de la Constitución como límite negativo al legislador, es decir establece lo que el legislador no puede hacer; su concepción está basada en la teoría del contrato social, no ven el conflicto social en las relaciones sociales, ya que tienen un presupuesto filosófico diferente al Derecho Penal Soviético. El profesor Renén Quirós comparte que son las relaciones sociales, el contenido del Bien Jurídico y que de manera general coincide con esta tesis antes expuesta, el delito implica siempre una forma de infracción de la Ley que da lugar a consecuencias jurídicas; sin embargo, el delito no es sólo un fenómeno jurídico sino que es un fenómeno social, por lo que negar este contenido ha limitado la comprensión acerca de lo que existe en la base de toda norma jurídica.

Si el objeto del delito es lo atacado o amenazado por el comportamiento y por consiguiente lo que se pretende proteger, habrá que llegar a la conclusión de que el bien jurídico (lo procurado proteger por el Derecho Penal) no es el propio derecho, o sea, las normas jurídicas, que son las relaciones sociales modeladas y consolidadas en dichas normas jurídicas.

Quirós, realiza un análisis de las categorías contenido y forma, aplicándolas acertadamente a esta cuestión. La norma jurídica(es la forma) y el contenido (son las relaciones sociales). La infracción de Ley, incluyendo el delito, atenta por su contenido una relación social y en la forma una norma jurídica. Hace además una aclaración al precisar que no es absoluto que siempre un delito afecte una relación social real y completa, sino que hay infracciones que afectan determinados elementos esenciales o eventuales de esas relaciones sociales(sujeto, objeto, contenido, medios materiales, etc.) y define a las relaciones sociales como vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad común; l a norma penal, las protege no sólo en su fase dinámica, sino también en su estructura, en todos sus elementos esenciales, en los diversos aspectos que conforman esa relación social determinada.

Para Quirós, el rasgo determinante para decidir la protección de las relaciones en la esfera del Derecho Penal es el de la peligrosidad, este rasgo define su magnitud y naturaleza de acuerdo con la relación social protegida y la índole de la conducta infractora.

El bien jurídico está constituido por relaciones sociales o elementos de esas relaciones, que por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho Penal, de los ataques y amenazas, materializados por comportamientos considerados socialmente peligrosos.

Durante este capítulo, hemos analizado las diferentes teorías al bien jurídico, que desde el iluminismo hasta la actualidad han tratado de abordar el objeto de protección del Derecho Penal.

Como resultado de ese estudio hemos arribado a algunos criterios que expondremos a continuación:

- Las teorías antes expuestas han oscilado en dos corrientes fundamentalmente, una que le da un carácter material, objetivo al bien jurídico y otra un carácter subjetivo. Entre la naturaleza material e inmaterial se han movido todos los conceptos.
- Es necesario para un buen análisis y ser verdaderamente justos con estas teorías realizar siempre una valoración del contexto histórico en que surgieron, a que corriente filosófica se deben y que necesidades históricas propiciaron su desarrollo.
- Nuestro criterio es que el bien jurídico u objeto de protección del Derecho Penal lo constituyen las relaciones sociales, es decir los vínculos que se establecen entre los hombres en el proceso de su actividad conjunta, ya sea práctica o espiritual. De ahí que las relaciones sociales se dividan precisamente en materiales e ideológicas.
- Considero que algunas posturas no han sido consecuentes con el propio sentido y alcance de los términos. El objeto de protección es aquello que se protege, sobre lo que concretamente va dirigida la actividad de regulación jurídica y que con el delito se afecta. El objetivo es el fin, lo que se quiere lograr con esa protección. Hay teorías que hablan de valores, del estado social deseable como bien jurídico, cuando eso es precisamente el objetivo, lo que se quiere alcanzar con ella.
- Los bienes jurídicos han existido desde que surgió la primera Ley penal sustantiva. Cada tipo de Estado ha asumido la protección de aquellas relaciones sociales propias de la formación económica social en que se encuentra. El concepto de bien jurídico como relación social es lo suficientemente capaz de adaptarse y ser aplicado incluso desde el derecho Penal esclavista hasta el Derecho Penal más moderno.
- La función del bien jurídico es la de servir como puente regulador entre la política criminal y dogmática penal. No creo que sea como para muchos una barrera, una frontera absoluta. Tiene una función reguladora del proceso legislativo, con vistas a la penalización como la despenalización; ya que siempre se deben tener en cuenta, criterios, principios, métodos que forman parte de la teoría del bien jurídico. Si queremos asumir el Derecho Penal como una ciencia, sabemos que nos corresponde tener una visión cada vez más científica de nuestro objeto de estudio (el delito). La vinculación con la criminología es esencial por ser esta la ciencia penal que nos permita conocer los problemas que el Derecho Penal y la sociedad deben enfrentar e incluso verificar la efectividad de la protección.
- Coincido con Quirós y los autores soviéticos retomados en que no debemos identificar siempre al bien jurídico como una relación social completa, sino que el concepto debe ser flexible para también aceptar los componentes de las relaciones sociales como bienes jurídicos.
- Consideramos que la peligrosidad social constituye un rasgo del delito y factor determinante para decidir, en un momento previo (legislativo), que conductas deben tipificarse como tal; así como en un momento posterior (análisis judicial) si debe ser considerado o no delito.

La técnica para la tipificación de los delitos.

El contenido de este capítulo está muy relacionado con la clasificación de los delitos en cuanto al bien jurídico, pero nos parece oportuno antes de entrar en el tema hacer referencia a una primera clasificación que se hace de los bienes jurídicos atendiendo a su naturaleza o titulares de la misma. La mayoría de los autores e incluso los códigos penales también, lo clasifican en bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos Individuales. Los bienes jurídicos individuales o personales: Son aquellos en los que el titular es la persona natural y por tanto en la relación social atacada o en el elemento de esa relación social afectada esta la persona como titular. Por ejemplo: La vida, el honor, los derechos individuales, etc.

Los bienes jurídicos colectivos: Son aquellos bienes en los que su titular no es una persona en particular sino un colectivo o la sociedad, porque la relación social atacada o puesta en peligro no comprende a un hombre particular sino a un grupo de personas naturales o sociedad en general. Esta clasificación se ha llevado a cabo conforme a diversos criterios; pero en sentido general predomina la idea central o criterio de clasificación de tener en cuenta la naturaleza del titular del bien afectado (sí es personal o colectivo) para agrupar a los delitos.

Busto Ramírez hace una clasificación partiendo de estos mismos conceptos; pero más detallada ya que subclasifica a los bienes jurídicos de naturaleza colectiva. Para este autor y Hormazábal los bienes jurídicos se dividen:

a). Bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia de sistema: son aquellos de carácter microsocioal (la vida, la salud individual, el honor, la libertad, etc).

b). Bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema: son aquellos de carácter macrosocioal que se dividen en:

- Institucionales: Referidos a la administración de justicia, fe pública;
- Los colectivos: La salud pública, seguridad común.
- Los de control: Seguridad exterior e interior del Estado.

Para Bustos y Hormazábal los colectivos son más cercanos a los bienes jurídicos relativos a las condiciones del sistema, mientras que los institucionales y de control están mas lejanos del individuo, por está razón el autor considera que deben predominar los bienes referidos a las bases y condiciones del sistema, y deben estar mas restringidas a los referidos funcionamientos del sistema, sobre todo los bienes jurídicos de control. Para el autor los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema esta en relación de complementación con los que constituyen las bases y condiciones del mismo.

Para Busto_no es correcto el término de derechos supraindividuales y plantea: ... hablar de bienes jurídicos subindividuales... categoría que está por encima del individuo o más allá de él... el término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección; pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo... se trata de atender materialmente a sus necesidades.

Considero que los bienes jurídicos colectivos son necesarios y no podemos renunciar a ellos. Los Bienes Jurídicos Individuales tienen su base en los derechos subjetivos de la etapa del advenimiento de la sociedad burguesa, donde era lógico que se pensara en el bien jurídico con ese carácter individual; pero la misma evolución de las sociedades modernas ha llevado al

reconocimiento del bien jurídico fuera del ámbito de las personas naturales. La sociedad es precisamente un ordenamiento de las vidas y las relaciones de los hombres, como entonces no proteger bienes jurídicos sociales, de los cuales todos nos beneficiamos, es imposible vivir a plenitud de derechos sin garantizar seguridad y orden colectivo.

Se reconoce la existencia de ambos bienes jurídicos en las legislaciones; sin embargo muchos autores entre ellos Zafaroni se cuestionan el uso a veces excesivo de los bienes jurídicos sobre todo cuando los fines de políticas de criminalización no son esencialmente de protección de bienes jurídicos abogando por un acercamiento de los Bienes jurídicos colectivos con los individuales y plantea: Los rasgos característicos de una legislación penal simbólica es que los bienes jurídicos suelen ser pocos definidos colectivos (como el medio ambiente, economía, circulación de alimentos y sistemas peligrosos, orden público), son cosas en que hay dos bienes jurídicos, uno manifiesta y otro latente o real, el real el prestigio del Estado como proveedor de soluciones de conflictos.

La manipulación de los bienes jurídicos colectivos, no es un motivo para renunciar a estos, hay necesidad de su existencia en las legislaciones, el propio desarrollo tecnológico, la explotación de los recursos naturales conllevan a que surjan necesidades nuevas de protección que aseguren un bienestar a las actuales y futuras generaciones y seguridad de su existencia para las futuras categorías independientes, ya que no constituyen categorías independientes; sino soluciones jurídicas diferentes ante situaciones sociales diferentes. Para algunos autores los bienes jurídicos colectivos constituyen anticipaciones de la intervención penal a momentos precisos a la lesión de bienes jurídicos de naturaleza individual; pero no a todos los bienes jurídicos colectivos sitúan las barreras de protección en el mismo momento, unos más próximos que otros. Por ejemplo: la vida se protege como bien jurídico individual; sin embargo en los delitos contra la salud se adelanta, su protección, en los delitos contra la seguridad colectiva también. Hay autores que sólo reconocen como bien jurídico aquellos que de forma mediata o inmediata tengan que ver con el individuo por ejemplo HASSERMER plantea: Que los bienes universales, sólo son legítimos, en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo, criticando aquellas teorías que colocan en un mismo plano los bienes jurídicos individuales y los colectivos.

En mi posición tienen el mismo valor; parto de que la peligrosidad social es el rasgo que determina la importancia de la protección, no considero que la naturaleza del bien jurídico determine que los delitos son mas importantes.

La técnica que se utiliza para la tutela de los bienes jurídicos consiste en describir aquellas conductas que se pretenden evitar con su correspondiente consecuencia jurídica negativa (sanción). Existiendo entonces normas prohibitivas o de mandato. El legislador selecciona aquellas conductas humanas que tienen peligrosidad social y que afectan o ponen en peligro las relaciones sociales de interés para la sociedad, teniendo en cuenta este último aspecto de los delitos se clasifican en:

- Delitos de daño o lesión: Son aquellos en los la acción u omisión ocasionan perjuicio efectivo (real y actual) al bien jurídico específicamente protegido. Por ejemplo, la afectación de la propiedad o posesión en un delito de hurto, la pérdida de la vida en el homicidio. En los delitos de daño se destruye efectivamente el bien jurídico, aunque no deja de ser importante la puesta en peligro de esos bienes que se resuelve también por medio de la tentativa, como un adelantamiento a la protección siempre que el delito admita ese momento previo a la consumación. Es necesario aclarar que hay bienes jurídicos materiales e inmateriales; los primeros tienen una existencia objetiva, son palpables; los segundos son subjetivos por lo que

no son perceptibles; sin embargo tantos unos como los otros admiten los delitos de lesión. Por ejemplo el delito de injuria, afecta el honor y aunque el daño aparentemente no se reciba como algo material, el mismo existe por ser de naturaleza subjetiva.

Delitos de peligro: Son aquellos en los cuales en los cuales la conducta delictiva ocasiona un perjuicio potencial al bien jurídico y no un daño real. Para el legislador que lo tipifica como delito, resulta importante la protección del bien jurídico ante conductas que por sus características constituyen riesgos. Mayoritariamente la doctrina reconoce los delitos de daño; sin embargo los delitos de peligro representan un punto de bastante polémica y cuestionamiento.

Binding expresó en relación a los delitos de peligro que el Derecho Penal ha repugnado siempre a admitir los delitos de peligro a causa de su enorme vaguedad y de las dificultades probatorias que ofrece acreditar la realidad de un peligro, por lo que estas figuras se admiten tan solo en aquellos casos en que la existencia del peligro viene atestiguada por miles de experiencia. El peligro siempre está en relación de subsidiaridad con la lesión a que va referida, es un estadio previo que pierde su independencia cuando aboca en la producción del resultado que aparecía ex antes como probable, reduciéndose entonces a una fase histórica de la causación de ese resultado lesivo.

Rodríguez Devesa señaló: La creación de una situación de peligro tiene siempre menor gravedad que la destrucción del bien jurídico puesto en peligro por ella. La creación de tipos de peligro significa adelantar las barreras de la protección penal con la esperanza de disminuir el número de conductas lesivas. En atención al número de titulares de este se clasifican en delitos de peligro individual o particular y delitos de peligro común o general.

Delitos de peligro común o general: Son aquellos que se refieren a situaciones en que se pone en riesgo bienes de un grupo indeterminado de personas o cosas (por ejemplo, la vida, la salud, la propiedad; por ejemplo el Delito de Estrago 174.1).

Delitos de peligro particular: Son aquellos en los cuales el peligro afecta a una persona o cosa individualizada. Se tipifican para proteger contra el riesgo a la vida, la salud u otros bienes de las personas individualmente. Dentro de la técnica para la tipificación de los delitos consideramos como el aspecto más divergente la utilización de los delitos de peligro en su doble aspecto. Delito de peligro concreto y peligro abstracto.

Los delitos de peligro concreto y peligro abstracto.

Si polémico es su contenido mismo por quebrantar para muchos el principio de lesividad, *nullo crime sine injuria* (no hay crimen sin daño), también son motivo de diferencia los términos para denominarlo, cuestión que ha complicado el tema. Nos parece acertado la referencia que hace Quirós a Mir Puig el que planteó, muy sintéticamente, los principales términos utilizados como peligro efectivo y peligro presunto, peligro constatable y peligro abstracto, peligro implícito y explícito; el propio Puig también incursionó en estos cambios de término denominándole delitos de mera actividad de peligro y delitos de resultado de peligro. Coincidimos con Quirós que el problema terminológico no es lo más importante y en nuestra opinión nada aporta a la teoría.

Delitos de Peligro concreto: son aquellos en que el peligro al bien jurídico constituye una exigencia expresa de la propia figura delictiva siendo el peligro un elemento constitutivo del delito. (Art. 174.1 y 185). Como aspecto fundamental y diferenciador, los delitos de peligro concreto tienen un efecto y es que hay que comprobar en el proceso penal y especialmente en

el momento de su enjuiciamiento judicial la existencia del peligro, por lo tanto admiten prueba en contrario (presunción *iuris tantum*).

Esta modalidad de delitos de peligro permite una aproximación mayor al principio de lesividad. Es necesario para poder tipificarlo la comprobación de que el Bien Jurídico haya sido puesto en peligro realmente. Admiten una mayor posibilidad de que se cumplan los principios procesales de presunción de inocencia y de defensa. En todo delito de peligro concreto la conducta realizada por el sujeto crea una situación de peligro o aumenta una situación ya existente. Encontrándonos ante una acción u omisión peligrosa que requiere ser valorada. Se impone entonces determinar el concepto de peligro. En cuanto al concepto de peligro se han formulado tres grupos de teorías: la de carácter subjetivo, la de tipo objetivo y la doctrina mixta:

A. La teoría subjetiva, sustenta el criterio de que el peligro no puede estimarse como hecho, como entidad concreta, sino como hipótesis o abstracción. En la realidad de los fenómenos no hay lugar para el peligro considerado objetivamente; es decir, no se puede hablar de posibilidad y de probabilidad. El peligro en relación con los delitos, está referido a una impresión subjetiva de temor, a una representación mental, a una simple inducción del sujeto (Janka, von Buri).

B. La teoría objetiva. Proclama que el peligro es un acontecimiento de la realidad. El peligro es un estado de hecho que contiene las condiciones incompletamente determinadas de un resultado dañoso. Que el hecho temido no sobrevenga, no está demostrando su inexistencia, pues lo que impide el advenimiento del fenómeno son condiciones ulteriores in concreto, que surgen 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, hay un lugar para la verificabilidad (efectibilidad, causalidad), es decir, para la posibilidad y por ello para la probabilidad del fenómeno mismo. La posibilidad, como la probabilidad, tiene una existencia objetiva, es un hecho, una realidad concreta, no una hipótesis (Jiménez de Asúa).

C. La teoría mixta. Afirma 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 reconocida, esto es, 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 (Oppenheim, Mezger). En mi opinión este último criterio refleja lo que se hace en realidad que no es más que la apreciación de un fenómeno existente en la realidad objetiva.

Requisitos. Nexo causal entre conducta, peligro y el bien jurídico protegido.

La Ley Penal, atendiendo a la importancia de determinados bienes jurídicos, anticipa la protección de los mismos en otros bienes jurídicos, por ejemplo, la integridad corporal la protege también cuando establece en otro título (La salud pública) como delito de peligro concreto el hecho de contaminar aguas. Para Quirós el bien jurídico vida no ha sido efectivamente dañado, se ha anticipado su protección en otro bien jurídico que es la seguridad de la salud. El nexo causal en el caso del art. 194.1 ch del Código Penal se origina entre la conducta del sujeto (dañar la calidad del agua potable destinada al abastecimiento de la población) y el bien jurídico de la salud de las persona y no porque sea dañado, sino porque es puesto en peligro. Lo dañado es la seguridad de ese bien.

El nexo de la conducta con el bien jurídico protegido hay que analizarlo teniendo en cuenta que el delito de peligro concreto se ubica en un título; pero realmente está protegiendo a otro bien, por eso es que se define como peligro porque en el Título que está ubicado, sería daño. Resulta

importante dentro de este tipo de delito de peligro determinar el grado que ha de asumir el peligro para tener entrada en el Derecho Penal porque no toda conducta nociva debe ser considerada capaz de ocasionar un peligro. Debe haber una suficiencia en la misma para que sea relevante. Existen dos corrientes fundamentales: los que se contentan con la mera posibilidad y los que exigen la probabilidad (o vehemente posibilidad).

Para los primeros (Finger, Rocco, Massari, Cuello Calón), el peligro no es la posibilidad próxima del daño, la probabilidad mayor o menor (peligro próximo), sino la posibilidad de daño in genere, pequeña o elevada, mayor o menor, próxima o remota (peligro próximo o remoto). Para el concepto del peligro es indiferente el más o el menos, el grado de posibilidad. Incluso lo que no es probable es posible. La posibilidad del daño, cualquiera que sea su grado, es necesaria y suficiente para el concepto de peligro. Los segundos (Merkel, Maggiore, Carnelutti), hablan de notable posibilidad, posibilidad inmediata (probabilidad) probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso.

A juicio de Jiménez de Asúa, la simple posibilidad no puede servir de índice para calificar como peligrosa una conducta humana. Al derecho penal solo interesa un sector de la realidad, el que ofrece riesgo más alto, pues si fuese a preocuparse de las mínimas posibilidades de amenaza a un interés o bien jurídico, la libertad humana recibiría un rudo golpe. Por lo tanto, ha de exigirse la posibilidad inmediata o sea la probabilidad. Para Quirós la conducta será peligrosa, en el terreno de los delitos de peligro concreto, cuando con ella predomine el grado de producción del resultado lesivo del bien jurídico sobre el grado de no producción de este.

El juicio sobre el peligro. Es un proceso de conocimiento que se hace acerca del peligro ocasionado que permite, en el momento de la aplicación de la norma, llegar a la conclusión de que en el hecho constituye un peligro para el bien jurídico. Lo característico de este juicio, apunta Quirós, es que se hace un juicio de referencia, por cuanto de lo que se trata es de poner en relación comparativa una conducta (la del sujeto) con una situación que suponga la probable lesión de un bien jurídico y con ello, derivar la conclusión de que ese comportamiento es peligroso. (la experiencia)

Ese juicio sobre el peligro se determinará siempre al comparar la conducta peligrosa con el bien jurídico y arribar a la conclusión de que la misma tiene capacidad causal suficiente y necesaria para lesionar o dañar ese bien jurídico. El juicio siempre será *ex post* y lo harán los órganos competentes para la determinación de la responsabilidad penal. Un juicio *ex ante* sería lógico analizarlo en la culpabilidad, del autor no en el tema que nos ocupa.

Delitos de peligro abstracto. Nos parece oportuno hacer referencias a Roxin quien sobre este tema Derecho Penal del Peligro hace reflexión que nos parece oportuna para adentrarnos en el tema del delito de peligro abstracto. La vinculación del Derecho Penal a la protección del bien jurídico no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos que en los delitos de peligro concreto, el propio tipo convierte en requisito, mientras que en los delitos de peligro abstracto los bienes protegidos no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen solo el motivo para la creación del precepto penal.

Son aquellos delitos en los cuales la figura delictiva no consigna la existencia del peligro como elemento de ella, por cuanto ya el comportamiento implica en sí un peligro, por la idoneidad de esa acción u omisión para crear una situación de lesión o daño posible al bien jurídico, por ejemplo el Art. 181.1.a del Código Penal. Mezger los define como aquellos delitos que representan lo específico puesta en peligro de bienes jurídicos, para la penalidad es indiferente

de que se demuestre en el caso concreto la especial situación de peligro. El Derecho incrimina estas acciones independientemente del hecho de que ellas constituyen real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro concreto ese bien.

Sebastián Soler planteó: El Derecho suele aún incriminar ciertas acciones independientemente del hecho de que ellas constituyan mal y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que se pongan en peligro concreto ese bien. Los castiga en general porque tienen idoneidad genérica para crear peligros y causar daños. Estos son los llamados delitos de peligro abstracto. En casos como esos el derecho mismo nos va señalando por una especie de gradación de infracciones, todas ellas referibles a un bien jurídico que forman algo así como el núcleo del sistema, cuales son, con respecto a ese núcleo infracciones de daño o infracciones de peligro.

Elementos esenciales del concepto de peligro abstracto.

1. Ausencia del peligro, en los elementos de tipicidad de la figura delictiva. Este se presume porque se entiende anticipado que la realización de una conducta con esas características genera un peligro.
2. Se excluye la verificación judicial del peligro o no hay que comprobar por parte del tribunal la existencia del peligro. Este solo fue tenido en cuenta por el legislador para construir el tipo penal quedando excluido el nexo causal conducta-bien jurídico.
3. Presunción *iuris et de iure* (la acción es punible tanto si el peligro existe como si no existe)

Me parece oportuno una vez definido los delitos de peligro abstracto exponer algunos criterios sobre su aplicación en las Ciencias Penales. Sobre todo porque uno de los principios asumidos por la doctrina y que constituyen un pilar de la teoría del Delito. Es de lesividad u ofensividad.

El profesor Luigui Ferrajali expuso en los llamados delito de peligro abstracto o presunto en los que el peligro tampoco es requerido como algo concreto, como peligro corrido por el bien jurídico, sino que es presumido en abstracto por la Ley, de manera que en los casos en que ese peligro no exista de hecho, se castiga la mera violación formal; de la Ley por parte de una acción inofensiva de por sí. Si se quiere aplicar el principio de ofensividad, también estos delitos tendrían que ser reestructurados como delitos de daño, por lo menos de peligro concreto, según sea que el bien jurídico merezca una tutela limitada al daño o anticipado a su mera puesta en peligro y continúa, el principio de ofensividad personal, tiene el valor de un criterio polivalente de minimización de las prohibiciones y equivale por ello, a un principio de tendencial tolerancia social de la conducta desviada. Si el Derecho Penal es el remedio extremo, deben reducirse a ilícitos civiles todos los actos que de alguna manera admiten reparación y a ilícitos administrativos todas las actividades que violan reglas de organización de los aparatos o normas de correcta administración o que produzcan daños a bienes no primarios o que sean abstractamente presumidas como peligrosas... solo una reducción semejante de la esfera de la relevancia penal al mínimo necesario puede restablecer la legitimidad y la credibilidad al Derecho penal.

Un criterio diferente expone Barbero Santos al que hace referencia Cobo del Rosal y que expresa, el hecho particular incriminado en los delitos de peligro concreto es al menos potencialmente lesivo. El hecho particular incriminado en los delitos de peligro abstracto puede parecer en una consideración aislada como inocuo. Pero el fundamento de su punición radica en que si la clase de hechos a la que pertenece no se hallase incriminado, resultarían graves daños para las condiciones materiales de la coexistencia, por ejemplo una tentativa idónea de

homicidio representa un peligro para una vida y aparece como una acción con una potencialidad lesiva; sin embargo la tenencia de armas sin licencia puede en el caso concreto ser absolutamente inocua. Si el ordenamiento jurídico le asigna, aún en este caso, una desvalorización, se debe a que la clase de acciones a la que pertenece está desvalorizada. Un estado moderno no puede admitir la libre circulación de armas sin dejar de algún modo indefensos bienes jurídicos más esenciales de sus ciudadanos.

Hay autores representantes de la escuela de Frankfurt como Hassemer, que se manifiestan en contra los intentos de combatir los problemas de la sociedad moderna (medio ambiente, economía, impuestos, etc) mediante un derecho penal preventivo en el que aparecen los delitos de peligro abstracto como una vía para resolverlo. La solución que proponen es la reducción del Derecho Penal a un Derecho Penal nuclear (mínimo) y propugna resolver los indicados problemas modernos mediante un “derecho de la intervención” que esté situado entre el Derecho Penal y el Derecho Contravencional, entre el Derecho Civil y Público; y que ciertamente dispondrá de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho Penal; pero a cambio estará dotado de sanciones menos intensas frente a los individuos. Considero que es poco práctico crear un nuevo derecho para mantener una postura en cuanto al bien jurídico en una realidad que exige cambios en la propia concepción a la que no podemos estar ajenos.

Busto Ramírez sobre este particular planteó: los delitos de peligro abstracto se presumen *lure et de lure* el peligro para el bien jurídico, no hay posibilidad de prueba en contrario, basta con probar la realización del comportamiento típico, de aquí que la doctrina se haya declarado en contra pues se opone al principio garantizador de *nullum crimen sine injuria*. Se busca eliminar los delitos de peligro abstracto, porque se pudieran estar castigando criminalmente en razón de una determinada visión moral o bien una mera sanción administrativa. Antes las limitaciones evidentes que tiene un delito de peligro abstracto sobre los años 70 del siglo XX se comienza a buscar soluciones intermedias entre peligro abstracto y el concreto tratando de darle protección anticipada a los bienes jurídicos pero sin reducir garantías evitando que los costos sean los menos posibles.

Una vía ha sido la de dotar de significado propio a los delitos de peligro abstracto, aumentando su carga ofensiva. No renuncian a este tipo de delito por considerarlo necesarios para la protección de ciertos bienes jurídicos; pero proponen que los preceptos sean mas descriptivos aumentando su nitidez y ganando en taxatividad.

Rocío Cantero Bandrés planteó: el Derecho Penal del Medio Ambiente tiene una característica de reclamar protección anticipada, es decir anterior a la producción de la lesión. Desde este punto de vista técnico ella da lugar a la regulación mediante tipos de peligro, desde el punto de vista de la tutela efectiva del bien jurídico origina una evidente necesidad de certeza y seguridad jurídica que no se soslaya en una regulación a través de leyes penales en blanco. En consecuencia en la norma debieran venir prefijadas los parámetros de referencia normativa para la valoración de acciones lesivas, es decir debiera poderse valorar normativamente en cada caso concreto el grado de ofensividad de la acción ilegal.

El doctor Vittorio Manes de la Universidad de Bolonia haciendo un análisis del bien jurídico y la reforma de los delitos contra la administración pública plantea como una cuestión necesaria la exigencia de una concreción del bien jurídico de estos delitos. Expone que debería abandonarse progresivamente la dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico a favor de una dimensión en cuanto sea posible individual, particularista. Propone que una progresiva concreción del bien tutelado referido a la medida del hombre permitiría pasar de una óptica

formalista a una óptica que a través de parámetros más tangibles, permita dar relieve a los diversos grados de ofensa. Uno de los intentos para solucionar los problemas que trae aparejado el establecimiento en los códigos penales de delitos de peligro abstracto es la de establecer la verificación judicial sobre la existencia del peligro. Ambas propuestas tienden a borrar las fronteras entre ambos delitos de peligros y prácticamente los delitos de peligro abstracto se convierten en concretos.

Angel Torio López, propone otra solución teniendo como base la teoría de la imputación objetiva y es establecer una nueva categoría peligro hipotético o de idoneidad peligrosa utilizándolo fundamentalmente para los delitos de bienes jurídicos supraindividuales pero con referencia a un interés individual, obligando al juez a comprobar la efectiva idoneidad del comportamiento para causar una lesión relevante al interés individual que se ampara tras el bien jurídico. Para este autor quedarían los delitos de peligro abstracto para aquellos bienes que no se pueden redimensionar en el individuo y los de peligro concreto para los bienes jurídicos individuales.

Otra propuesta de categoría intermedia la propone Shroder con el delito de peligro abstracto-concreto. Esto es una especie de tipos mixtos en los que se combinan elementos de peligro concreto y abstracto, se trata de delitos en los que atañe al juez y no al legislador la constatación del peligro, lo que los aproxima a los delitos de peligro concreto, pero el juez no ha de considerar todas las circunstancias del caso y constatar la peligrosidad del mismo, sino que ha de calificar la acción como peligrosa abstrayéndose de las circunstancias del caso concreto. Esa auténtica combinación de elementos concretos y abstractos solo se da cuando el legislador, ante la imposibilidad de determinar por sí mismo de forma concluyente los presupuestos del peligro, traslada la decisión al juez pero de la interpretación del tipo resulta que esa decisión no ha de producirse conforme a la concreta situación sino como medida general.

Esto es válido especialmente donde la aptitud para la producción de un resultado lesivo es elemento de un tipo, sin que se establezca una caracterización más precisa del ataque contra bienes jurídicos individuales. Por ejemplo: en los delitos contra la salud pública, en los que la ley prohíbe fabricar alimentos que sean aptos para dañar la salud humana. Esta propuesta fue contestada por Gallas, quien entiende que es superflua, por cuanto la amplitud y elasticidad del concepto permite incluirlo en el peligro abstracto. En mi opinión, el hecho de que el legislador incorpore elementos de aptitud al tipo no modifica el carácter de delito de peligro abstracto de este, si esos elementos se refieren a la relevancia lesiva general de la conducta valorada por el legislador.

Para Teresa Rodríguez Montañés los delitos de peligro abstracto pueden diferenciarse en dos tipos, uno en los que el legislador incluye elementos de aptitud lesiva en la conducta, y otros, en las que no se piden esos elementos normativos de aptitud por que van implícitos en la descripción típica.

Busto Ramírez al referirse a todos estos intentos plantea que los autores lo que han tratado de buscar una mayor precisión entre el delito de peligro concreto y abstracto que incluya hasta el máximo posible las puestas en peligro, evitando la afectación a las garantías. Por ejemplo Montovani habla de un peligro presunto; Gallas, de peligro general y potencial y Torio de peligro hipotético; pero plantea que el peligro es siempre presunto potencial, es decir una hipótesis que ciertamente puede ser objeto de comprobación, por eso no agrega nada la expresión, peligro hipotético, pues siempre el peligro es una hipótesis, si lo que quiere señalar es que ha de comprobarse, basta con hablar de delitos de peligro concreto.

Diferente es si se quiere rebajar la hipótesis de probabilidad a la simple posibilidad pues entonces todo es posible, no hay conceptualmente ni lógicamente ninguna determinación; en tal caso la tendencia es volver a los delitos de peligro abstracto en que la prueba del comportamiento típico implica ya el peligro, pues justamente esa fue la razón que inspiró al legislador. Para el autor los delitos de peligro son en definitiva los delitos de peligro concreto y que la imposibilidad de producción del peligro implica falta de tipicidad.

Soluciones que se dan en el orden práctico que de alguna manera atenúan las limitaciones de los delitos de peligro abstracto.

- Establecimiento de normas en la parte general del código que garanticen un principio general de necesaria ofensividad del ilícito penal, evitando que se sancionen conductas poco relevantes sin peligrosidad.
- Probar el daño o peligro de daño si el delito es pluriofensivo y aunque la figura no lo exija directamente garantiza un acercamiento al individuo y se gana en concreción.

CONCLUSIONES

La existencia de varias técnicas para tipificar y proteger los bienes jurídicos determinan que los delitos pueden ser delitos de lesión, delitos de peligro concreto y abstracto, modalidades todas que garantizan niveles de protección de las relaciones sociales y sus componentes.

Los bienes jurídicos colectivos especialmente aquellos que no se relacionan con las personas directamente y que algunos le han llamado institucionales, intermedios con función representativa, etc; son necesarios para el orden de la vida social, institucional o económica de un país. Por su naturaleza difusa se hace muy difícil tipificarlos como delitos de lesión o de peligro concreto, resultando más idónea su protección por la técnica de los delitos de peligro abstractos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución de la República de Cuba.
- Código Penal cubano actualizado.
- Ley de Procedimiento Penal Cubana, editorial Félix Varela Habana año 2009.
- Manual de Derecho Penal. Renén Quirós Pérez. Tomo I Pág. 180 - 204 Editorial Félix Varela La Habana año 2007.
- Derecho Penal Especial. Tomo III Colectivo de autores. Pág. 1 – 318. Editorial Félix Varela La Habana año 2005.
- Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Pereira Fernández Julio Primera Parte. Pág. 112 – 156. Editorial Félix Varela La Habana año 2006.
- Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Pereira Fernández Julio, Segunda Parte. Pág. 68 – 104. Editorial Félix Varela La Habana año 2006.
- Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Pereira Fernández Julio, Tercera Parte. Pág. 190 – 236. Editorial Félix Varela La Habana año 2006.