

**APROXIMACIÓN DOGMÁTICA AL CONCEPTO DE INJUSTO PENAL EN LOS
DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO**

**Una especial consideración al tratamiento jurisprudencial del tipo penal de
concierto para delinquir**

Trabajo presentado para optar al título de Magíster en Derecho Penal

Estudiante: Andrés Felipe Duque Pedroza

Asesor: Dr. Alfonso Cadavid Quintero

Maestría en Derecho Penal

Universidad EAFIT

Enero de 2015

Contenido

Introducción	4
1. La necesaria referencia al bien jurídico como fundamento de criminalización y castigo penal	7
1.1. ¿Bien jurídico o vigencia de la norma?	7
1.2. Relación de complemento entre bienes individuales y colectivos	11
2. El injusto y la estructura de la norma penal	20
2.1. Norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración ..	20
2.2. Injusto penal y orden jurídico.....	28
2.3. Desvalor de resultado y delitos de peligro abstracto	31
3. La protección de bienes jurídicos colectivos en los delitos de peligro....	41
3.1. El caso de bienes jurídicos supraindividuales	42
3.2. El caso de bienes jurídicos colectivos con referente material.....	47
3.3. El caso de la construcción normativa del injusto mediante la sola afectación funcional	51
4. El concepto de riesgo en los Delitos de Peligro Abstracto.....	60
5. Tratamiento jurisprudencial del tipo penal de concierto para delinquir ...	67
5.1. En cuanto al bien jurídico colectivo de la seguridad pública.....	67
5.2. En cuanto a la configuración del injusto penal	70
6. Conclusiones.....	78
7. Bibliografía.....	83

Resumen

La única manera de hacer coherentes las exigencias para el entendimiento del injusto dual (desvalor de acción y desvalor de resultado) con los delitos de peligro es suponiendo que, en todos los casos, el peligro sea un elemento propio del tipo y, por ende, su comprobación se constituye como el desvalor de resultado en estas formas delictivas. Lo anterior, a nuestro juicio, conlleva a que los delitos de peligro deban ser interpretados, siempre, como delitos de peligro concreto. Los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales no se pueda verificar de manera concreta el desvalor de resultado, carecen, por esencia, de justificación racional.

Se propone entonces aquí una construcción teórica que de manera normativa permita verificar el desvalor de resultado en los delitos de peligro, de cara con la función del bien jurídico colectivo.

Introducción

“El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza”

Alberto Martín Binder

El Derecho es, por esencia, una regulación de fenómenos sociales. De allí la innegable relación que existe entre Derecho y sociedad. Los cambios sociales exigen del Derecho reacciones, las cuales, en muchas ocasiones, incluyen la regulación de comportamientos, bien a manera de prohibiciones o mandatos.

Un ejemplo de lo anterior es el denominado “fenómeno de la sociedad del riesgo”, definido por el sociólogo alemán Ulrich Beck a través de las consecuencias de los modelos postindustriales en la creación de riesgos¹, que al parecer, vienen introduciendo cambios dogmáticos y político criminales que afectan la comprensión de algunas categorías básicas del fenómeno delictivo.

Así, la constante creación e introducción al ordenamiento positivo de bienes jurídicos colectivos y su tipificación a través de formas de peligro, hace que se requiera una evaluación dogmática de la construcción del concepto de injusto en estas formas de criminalización.

1. Considera el profesor Ulrich Beck como características de este sistema, las siguientes: *“Mientras que en la sociedad industrial la «lógica» de la producción de riqueza domina a la «lógica» de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación. Las fuerzas productivas han perdido su inocencia en la reflexividad de los procesos de modernización. La ganancia de poder del «progreso» técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos.”* Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 19.

Si bien, como veremos, existen varias propuestas que explican el contenido del injusto penal de diversa manera, se parte aquí de la siguiente afirmación: el injusto, entendido como un concepto jurídico por el cual se valora negativamente una conducta desde dos perspectivas, es decir, la unión del desvalor a la acción y del desvalor al resultado, debe ser el mismo independientemente de si nos encontramos frente a tipos penales de lesión o de peligro.

De ahí entonces que el presente trabajo se ocupe de un estudio del concepto referido, particularmente frente a los denominados delitos de peligro abstracto, haciendo hincapié en una propuesta de valoración del juicio sobre el resultado producido, compaginando entonces la comprensión del injusto dual de cara con la Constitución Política de Colombia. Se concluirá, en contra de algunas posturas dogmáticas, que es posible dar razón suficiente sobre el desvalor de resultado en los delitos de peligro.

Será necesario, además, realizar un estudio de la imputación objetiva, específicamente del criterio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y su relación con el desvalor de acto y resultado, pues, todo ello, influirá en la construcción del injusto penal.

Con la finalidad de terminar el análisis y avalar la propuesta dogmática que se presenta, se realizará una aproximación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se refiere al objeto central del trabajo. Particularmente, se intentará un análisis ligado con el juicio de tipicidad y antijuridicidad que debe justificarse al afirmar responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir, como un claro ejemplo de los denominados delitos de peligro abstracto.

Habida cuenta de las corrientes de pensamiento que, denominándose como normativas, pretenden explicar el delito y la función que a la norma penal le asiste en un ámbito de relación social, se parte primero, pues, de afirmar en este trabajo la función dualista de la norma penal, por lo que le corresponde a ella no sólo

determinar comportamientos, mediante prohibiciones o mandatos, sino también valorarlos o, más bien, disvalorarlos en torno al resultado producido, lesivos para la existencia en comunidad y, por consiguiente, merecedores de respuesta penal.

La forma en que se desarrollará el trabajo parte de reconocer que la manera para *des-cubrir* un objeto de conocimiento a cabalidad requiere, del investigador, realizar primero las abstracciones debidas que permitan, luego, comprender el objeto y dar respuesta a los interrogantes planteados. Se hace necesario, entonces, el estudio de ciertos presupuestos teóricos que constituyen el rasero categorial indispensable para la comprensión dogmática del delito.

De esta suerte, el objeto de estudio será el injusto penal, por lo que primero es necesario preguntarse por la función que se cree le asiste al Derecho Penal, teniendo en cuenta las tesis que referencian al bien jurídico como eje de protección; o las que pregonan su función en la reafirmación de la vigencia de la norma, pues, seguramente, de afirmar una u otra teoría, se afecta la comprensión que se tenga del injusto. Hecho esto, será necesario, posteriormente, descomponer el injusto de acuerdo a sus elementos integrantes y, en sustento de la afirmación de la función dualista de la norma, la articulación de los mandatos constitucionales con las construcciones dogmáticas que se hagan del delito.

Se trata, pues, el presente, de un estudio dogmático² en particular, por lo que, en adelante, se asume a la norma positiva siempre como referente de construcción

2. Por dogmática jurídica puede entenderse, en los términos propuestos por Robert Alexy *“la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio. Esta ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una «disciplina pluridimensional»*. ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 240. En relación con lo anterior, es cierto entonces que, tanto la formulación de conceptos, como la sistematización y crítica, hacen parte del estudio dogmático, lo que actúa favorablemente al intérprete de cara al ejercicio argumentativo, significando esto, en palabras del profesor Niklas Luhmann que *“la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad de argumentar en derecho, mediante conceptos; o como el aseguramiento del concepto frente a la ilimitada cuestionabilidad jurídico-política; es decir: una regla de demarcación frente a un razonamiento permanente en busca de fundamento”*. NIKLAS LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, Traducción de Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2005, p. 451.

teórica, no ocupándose las líneas siguientes de estudios políticos y sociológicos que, aun cuando accidentales o accesorios al objeto de estudio, escapan del problema jurídico que aquí busca responderse.

Se pretende entonces, a partir del análisis conceptual de ciertos fenómenos, la formulación de una propuesta que permita un entendimiento del injusto penal, especialmente del desvalor de resultado como elemento verificable en los denominados delitos de peligro.

1. La necesaria referencia al bien jurídico como fundamento de criminalización y castigo penal

1.1. ¿Bien jurídico o vigencia de la norma?

El presente escrito requiere, como premisa fundamental, tomar postura frente a la función del Derecho Penal en un ordenamiento jurídico, pues, como se discutirá ampliamente, la respuesta afectará la comprensión del injusto penal, debido a la estrecha vinculación existente entre norma e injusto. Así, con la incorporación de los esquemas funcionalistas³ en la evolución de la dogmática penal, es posible diferenciar con claridad dos posturas diametralmente opuestas, las cuales asignan funciones primarias a la existencia del Derecho Penal: por un lado, la protección de bienes jurídicos⁴ y, por otro, la reafirmación de la vigencia de la norma aparentemente violentada con la lesión de las expectativas mediante el comportamiento catalogado como injusto.

En palabras del profesor alemán Günter Jakobs, *“La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en*

3. Entendiéndose por tales aquellos esquemas dogmáticos que se preguntan, de manera primaria, por la función de la norma penal en un modelo de Estado.

4. Aunque existen teorías que pretenden justificar la abolición del Derecho Penal, y reconociéndose el problema de legitimación que por esencia supone éste, se acepta aquí la necesaria existencia de un Derecho Penal garantista y con una aplicación mínima y subsidiaria

garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso, —aun contradiciendo el lenguaje usual— se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal”⁵.

Por otro lado, el profesor Claus Roxin, al hablar de la función del Derecho Penal, parte del concepto de protección del bien jurídico como fundamento de existencia del primero, así: *“el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio políticocriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁶.*

Para el anterior autor, no solo todo el juicio de imputación y lesividad —en términos de desvalor de resultado— recae sobre el concepto de bien jurídico, sino que va mucho más allá, al considerar la función del Derecho Penal en la protección de las valoraciones que, recogidas en normas positivas del Estado, asumen la categoría de bienes jurídicos para efectos penales.⁷

Empero, para el primero de los mencionados profesores, si bien no desconoce la relación accesoria entre bienes jurídicos y Derecho penal, es sólo función de éste

5. GÜNTER JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 45.

6. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, 1997, p. 51.

7. Miguel Reale, en su intento de construcción de una teoría trialista, a partir de la evaluación del hecho, de la norma y del valor, expresa algo que para lo que se viene mencionando nos puede servir: *“La regla del Derecho, por consiguiente, no es creación arbitraria del espíritu ni mero fruto de un capricho despótico por cuanto para ser tal debe necesariamente presuponer un valor a realizar, un análisis de las condiciones culturales, la apreciación racional de soluciones que los diferentes casos comportan, de manera tal que el valor ético del precepto emanado de una autoridad competente sea real eficacia en el seno del grupo social”*. MIGUEL REALE, *Fundamentos del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 250

la protección de la confianza defraudada mediante la lesión a la expectativa normativa en relación con la conducta catalogada como delito. Así, la imputación, la lesividad, el desvalor de acción y de resultado, entre otras instituciones, dependerán de la función que le asiste a la norma penal en el sistema social.

En nuestro caso, para lo que sigue, aceptamos la postura esgrimida por el profesor Roxin, por dos razones: primero porque permite analizar el objeto de estudio desde categorías únicamente jurídicas, incluyendo dentro de éstas las valoraciones de política criminal que irradian su teoría, a diferencia de la otra tesis, que implicaría un análisis sociológico que desbordaría el ámbito de la investigación. Segundo, porque se considera aquí que una teoría sistémica, aplicada al Derecho Penal, puede conducir a la deshumanización del individuo, en la medida que todo se explica a partir de esquemas de comunicación, pudiendo quedar relegada toda consideración del individuo que vale por ser tal⁸. Sin embargo, se manifiesta que una tesis distinta, en donde el fundamento del castigo radique en la reafirmación de la vigencia de la norma y no en la lesión o peligro de bienes jurídicos, daría una respuesta diferente al trabajo que se ha pretendido plantear. Lo anterior porque el desvalor de resultado solo tendría en cuenta la lesión a la expectativa normativa de acuerdo con el rol impuesto. Es decir, en cuanto a los delitos de peligro abstracto, consideramos, para la tesis que aquí no se evaluará, que la lesión a la expectativa concretada en la norma basta, desde un punto de vista dogmático, para afirmar la existencia del desvalor de resultado, de la forma en que se ha dicho⁹.

8. Una consideración similar la da el profesor Fernando Velásquez Velásquez, al afirmar: “De esta manera, entonces, es posible trasladar el centro de subjetividad del sistema social, del individuo al sistema mismo, con lo cual —de cara a la estabilidad de éste último— se le atribuye mucho más valor a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales, que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva”. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 15*, España, Red de Bibliotecas Universitarias, 2005, p. 200.

9. Por ejemplo, Manuel Cancio Meliá, a través de la justificación de la responsabilidad por la atribución de ámbitos de competencia ajenos, lo que en términos generales conduce a la justificación de la responsabilidad penal por la vulneración de funciones y roles en el sistema social, explica el injusto en los delitos de organización, así: “*Si la definición del contenido de injusto de los delitos de organización se orienta -como aquí se ha propuesto- con base en la arrogación de organización colectiva cometida respecto del monopolio estatal de la violencia, desde el punto de vista político-criminal aparece la necesidad de desecar diversos segmentos de tipificación derivados de un aluvión no justificado*”. MANUEL CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de

Una cosa es valorar, desde un plano normativo, si el bien jurídico ha sufrido un menoscabo fruto de la realización de un comportamiento peligroso; y otra, muy distinta, valorar, desde un plano normativo, si un comportamiento fue peligroso por la lesión a la expectativa normativa que imponía un determinado rol.

En palabras de Rafael Alcacer Guirao, *“Mientras el concepto de lesión del bien jurídico remite a la valoración de un estado de cosas –por lo que, dado que remite a un “resultado”, puede desvincularse de una acción humana-, el concepto de delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma conlleva ya una valoración de la propia acción”*¹⁰.

Se asume entonces la afectación al bien jurídico como elemento base en el delito, por lo que se dejarán a un lado las tesis que pretenden lo contrario, no solo porque no encuentran aplicación con lo que se ha dicho y se dirá, sino también porque se ha considerado, incluso jurisprudencialmente¹¹, la relevancia del concepto de bien jurídico en la legislación penal colombiana.

Veamos cómo, en algunas providencias, así queda claro:

En sentencia C-241 de 2012 la Corte consideró lo siguiente: *“En suma, la configuración de los tipos penales, es un aspecto relevante del diseño de la política criminal y comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas. La Constitución reconoce un amplio margen de discrecionalidad al legislador en esta materia, potestad que no es ilimitada en tanto que en dicha tarea debe propender*

organización: peligro y significado”, en: *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 283.

10. RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, “Apuntes sobre el concepto de delito”, en: *Derecho Penal Contemporáneo, N° 2, Chile, Legis, enero-marzo 2003, p. 20.*

11. Se reconoce que la Corte Constitucional también se ha adherido, en algunas ocasiones, a esquemas dogmáticos en donde prevalece la afirmación de responsabilidad por ámbitos de competencia, propia del funcionalismo sistémico.

por la realización de los fines del Estado y por la eficacia de los derechos constitucionales. La Constitución opera como un mecanismo de control de límites de la competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos, lo cual comporta las garantías estricta legalidad; los tipos penales se conciben como mecanismos extremos de protección de bienes jurídicos; prohibición de tipificar conductas que desconozcan derechos fundamentales, no protejan bienes jurídicos, no presenten idoneidad para su protección; o que su penalización resulte desproporcionada o irrazonable. Subrayas fuera del texto.

También, en sentencia C-365 de 2012, se establece: “*Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado y que desde esta perspectiva, a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que dé lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse*”. Subrayas fuera del texto.

1.2. Relación de complemento entre bienes individuales y colectivos

Hablar de bien jurídico supone aceptar que el legislador valora con finalidades de protección ciertos objetos o situaciones que considera relevantes para la existencia social.

La discusión que en la historia y evolución del concepto bien jurídico se ha sentado entre corrientes trascendentalistas y corrientes inmanentistas, o entre el positivismo normativista y naturalista, aunque desborda la competencia de la presente investigación, sí nos sirve para afirmar que, una cosa es hablar de la validez del bien jurídico a partir la aceptación de un modelo positivista y otra, si se acepta un modelo de Derecho natural.

En cuanto a los anteriores términos, debe recordarse que, en palabras de Eduardo García Máynez *“La diferencia se hace consistir en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo encuéntrase condicionada por la ocurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia. Todo precepto vigente es formalmente válido”*¹².

De conformidad con lo mencionado, se acepta que el bien jurídico en materia penal nace o se constituye, al tenor con la corriente positivista que aquí se promueve, por la manifestación del legislador que, previamente, de acuerdo a la escala axiológica dominante en una sociedad, valora positivamente ciertas relaciones de disponibilidad al punto de positivizarlas luego y darles el rango de bienes jurídicos penalmente tutelados.

Así pues, la pregunta frente a la legitimación o la justificación externa del bien jurídico, teniendo en cuenta el sistema al que se incorpora, sea el bien de carácter individual o colectivo, es distinta a la de su validez¹³.

Es por eso que, en palabras del profesor Henry Solano, de acuerdo con su estudio sobre la realidad radical y su relación con el positivismo jurídico, se expresa *“el contenido del derecho podrá ser justo o injusto, sin que pueda afirmarse que, siendo injusto en determinadas circunstancias, deje de ser un contenido jurídico. Ello no significa que el derecho ideal, el derecho esperado “en plenitud” sea el derecho injusto”*¹⁴

12. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2010, p. 40.

13. En palabras de LUIGI FERRAJOLI, *“La separación entre legitimación interna y legitimación externa — es decir, entre el derecho y la moral, o entre la validez y la justicia— constituye una conquista fundamental del pensamiento jurídico y político moderno. Además de favorecer (en tanto que principio axiológico) modelos de derecho penal mínimo y garantista, sirve para fundamentar (como principio teórico) por un lado la posibilidad de un enfoque científico de tipo descriptivo y por otro la de un enfoque crítico de tipo valorativo en relación con el derecho positivo”*. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2005, p. 354.

14. HENRY ROBERTO SOLANO VÉLEZ, *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*, Medellín, Diké, 2012, p. 124.

Desde esta perspectiva, y para la búsqueda de una definición de bien jurídico, vital importancia asume la diferencia que se ha establecido entre bien e interés¹⁵. El Derecho valora entonces positivamente ciertos objetos o situaciones en la medida que representan intereses para el individuo.

También, una cosa es el bien jurídico, y otra el bien jurídico penal. Aunque aceptamos pues que, desde el punto de vista de la legitimidad, no todo bien jurídico penal debería serlo, no significa que por ello deje de serlo¹⁶.

Para nuestro caso, y restringiendo el concepto a bien jurídico penal, en el sentido propuesto por el profesor Claus Roxin, aceptamos que *“los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo”*¹⁷. Ahora, refiriendo sólo los denominados bienes jurídicos individuales, consideramos, en el sentido de Eugenio Zaffaroni, que *“bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas”*¹⁸. Así, los bienes jurídicos colectivos, si bien también son circunstancias o finalidades, operan sólo de manera mediática al servicio de la garantía de los primeros.

15. “Interés es la posición favorable para la satisfacción de una necesidad, los medios para la satisfacción de esas necesidades son los bienes”. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Buenos Aires, UTEHA, 1944, p. 11.

16. “Del concepto dogmático de bien jurídico no cabe esperar, pues, la esperable función limitadora del ius puniendi. Pero tampoco es suficiente la capacidad de limitar al legislador que puede tener un concepto político criminal de bien jurídico. Aunque tal concepto pretende decidir qué es lo que merece ser considerado como bien jurídico —y no sólo describir lo que es legislador de hecho reconoce como tal—, no sirve por sí solo para resolver la cuestión de cuándo lo que merezca dicha consideración de bien jurídico exige, además, la protección jurídico-penal”. SANTIAGO MIR PUIG, *Estado, Penal y Delito*, Maestros del derecho penal, Vol. 21, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 87.

17. CLAUD ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, cit., p 56.

18. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Argentina, Ediar, 1981, p. 240.

Entender el bien jurídico penal en el sentido de una relación de disponibilidad entre sujetos y objetos, facilitará la posterior comprensión que se haga del desvalor de resultado en aquellos casos en que se protegen bienes jurídicos colectivos, en donde, ni siquiera desde la redacción típica, es posible encontrar algún referente material con el cual interpretar el bien jurídico¹⁹, pero que, de igual manera, exigen la comprobación del juicio de lesividad, mediante la perturbación a la relación mencionada, en términos de la función del bien jurídico.

Ya la definición mencionada mucho dice de la relación existente entre bienes jurídicos individuales y colectivos.

Ahora, en cuanto a la categorización como bienes individuales y colectivos, se acepta la postura clásica que atiende su titular, así:

“a) Dentro de los bienes jurídico-penales individuales se incluyen: a.1. los bienes jurídicos personalísimos: vida, integridad física, libertad de movimiento, libertad sexual, honor y a.2. personales: patrimonio; b) Dentro de los bienes jurídico-penales supraindividuales, se distinguen, básicamente, entre: b.1. los bienes jurídico-penales institucionales que son aquellos en los que la protección de los intereses supraindividuales aparece mediatizada por una persona jurídico-pública y b.2. los bienes jurídico-penales colectivos, esto es, aquellos que afectan —o mejor sería decir, podrían afectar— a una generalidad de personas individuales, sin mediación de un ente institucional que opere como aglutinador de la protección penal”²⁰

19. Se deja claro desde ya, aun cuando se volverá en detalle más adelante, que no se confunde con esto objeto material con bien jurídico, pues se reconoce la evidente diferencia entre ambos. Lo que ocurre es que en muchos casos la lesión o el peligro a la circunstancia protegida o valorada positivamente por el tipo penal — bien jurídico— en la línea de la relación acabada de mencionar, puede ser interpretada con el objeto material del tipo. Por ejemplo, el documento, como objeto material en que recae la acción falsaria, es completamente distinto al bien jurídico de la fe pública, pero de él es posible concluir cuando hay o no afectación al bien jurídico. No es que la acción entonces lesione el documento, sino que de la forma en que se realizó la falsedad en éste es posible concluir el juicio sobre el resultado.

20. DULCE MARÍA SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 77.

Para nosotros, es el individuo, tanto en los casos de bienes jurídicos individuales, como en los llamados bienes colectivos, la que justifica la existencia de las valoraciones que pretenden la protección de las relaciones de disponibilidad.

La profesora Santana Vega, considera que *“la referencia de los bienes jurídico-penales al ser humano tendrá desde un punto de vista técnico-dogmático dos consecuencias: a) sostener un concepto material de bien jurídico y, por ende, otro de antijuridicidad “doblemente material”. a.1. la materialidad que se determina por la relación a la lesión del bien jurídico y a.2. la materialidad que se establece por la referencia del concepto bien jurídico al ser humano, b) rechazar: b.1. las concepciones monistas del bien jurídico-penal que dan prevalencia a los bienes universales por entrañar peligro de estatalismo o deshumanización y b.2. las construcciones dualistas que colocan en un mismo plano bienes jurídicos individuales y colectivos porque esto solo tiene operatividad como criterio sistemático, soslayando el problema de la jerarquización de los bienes jurídico-penales”*²¹

Es por eso que, dígame, negamos la supuesta legitimación que se hace de bienes jurídicos colectivos como instituciones positivas que existen de forma autónoma o independiente, sin estar motivados, por lo menos, en la protección del individuo como eje social. Es decir, para nosotros, el bien jurídico colectivo siempre tiene una función instrumentalizadora, la cual debe estudiarse en relación con el individuo²². La protección autónoma de bienes jurídicos colectivos, a nuestro parecer, otorgaría un amplio margen de configuración al legislador, pudiendo incluso instrumentalizarse al Derecho Penal sólo para la protección de valores al parecer

21. Ibid, p. 92

22. En palabras de Roxin, *“tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a los bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual”* CLAUS ROXIN, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, en: *Fundamentos Político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 124.

comunes e incluso solamente morales, lo cual, excedería las limitantes al ejercicio del *ius puniendi*. Ello, pues estamos convencidos aún de la función limitadora que le debe asistir al bien jurídico, la cual sólo es tal si los bienes colectivos actúan como instrumentos o medios en relación con los bienes jurídicos individuales.

Entonces, la configuración, en todo caso excepcional, de ciertos bienes catalogados como colectivos, siempre debe hacerse en dependencia con valoraciones frente a bienes jurídicos individuales.

La existencia cada vez más común y en mayor medida de bienes jurídicos colectivos y de formas de criminalización abstractas del peligro, ha hecho que parte de la doctrina denomine estas características como consecuencia de la llamada sociedad del riesgo en materia penal. Se ha dicho que *“En ésta no se hace más que describir una tendencia que presentan algunos ámbitos de nueva incorporación al Derecho penal en los que abundan la protección de bienes jurídicos colectivos y la configuración de los tipos como de peligro abstracto y que, según estos autores, se apartan de la idea del (legítimo) Derecho penal clásico”*²³

Los autores a los que se está haciendo referencia hacen parte de la llamada Escuela de Frankfurt, a la que pertenece el profesor Winfried Hassemer. Este autor, expresamente, refiriéndose a las características de ese llamado Derecho Penal moderno, considera, entre ellas, la siguiente: *“La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio negativo que tuvo originariamente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para*

23. BERNARDO JOSÉ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo”, en: *Derecho y justicia penal del siglo XXI*, Libro homenaje al profesor Antonio González – Cuellar García, Madrid, Colex, 2006, p. 144.

*que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma subrepticia la función que originariamente se le asignó*²⁴.

Lo que se ha dicho indica que no es lo mismo hablar de bienes jurídicos de cara con el Derecho Penal con características de clásico, donde se atribuyen unas funciones limitadoras a éstos, que hacerlo en la llamada sociedad del riesgo.

Si bien es ya bastante compleja la conceptualización del termino bien jurídico, lo mismo puede decirse de su verdadera legitimación en tratándose de bienes jurídicos colectivos, ya que, por una parte, se tienen los postulados clásicos del derecho penal —aún vigentes—, sobre intervención mínima y restrictiva a bienes jurídicos trascendentales para la existencia social, y por otro, las exigencias de la sociedad post moderna que, en cuanto a la permisión de mayores riesgos con finalidades de no entorpecer criterios de desarrollo, sacrifica garantías clásicas con la caracterización de nuevas figuras típicas en torno a bienes jurídicos de contenido colectivo, los cuales, por su propia naturaleza, tienen una esencia abstracta e inmaterial.

Así, la afectación en estos es de difícil valoración, ya que en gran parte de los bienes jurídicos individuales la misma surge de la perturbación al objeto material de la acción, que aunque es completamente distinto al bien jurídico, sí facilita la construcción del desvalor de resultado.

Se comparte, pues, la consideración de Hassemer, quien señala que *“los bienes colectivos solo encuentran fundamento en la medida en que se correspondan con los intereses -conciliados- del individuo”*²⁵

24. WINFRIED HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999, p. 20.

25. *Ibid.* 82.

Lo que no se comparte aquí es afirmar la ilegitimidad²⁶ de los bienes jurídicos colectivos por el simple hecho de su inmaterialidad e indeterminación. Entendemos que la inmaterialidad dificulta la valoración del injusto en sede de resultado, pero no la hace imposible, ya que la misma deberá construirse normativamente, como se explicará en el siguiente acápite.

La importancia de la relación propuesta aquí entre bienes colectivos e individuales influirá en la posterior consideración sobre el desvalor de resultado. En palabras de Vargas Pinto:

“La determinación del carácter autónomo o dependiente del bien colectivo repercute directamente en su modalidad de tutela penal. Si se determina su autonomía, la doctrina tiende a admitir la lesión de estos bienes. Por otro lado, considerar que ellos dependen de bienes individuales lleva a que la tutela penal se dirija a estos, aunque no sean directamente protegidos. De allí que en estos casos se acuda a tipos de peligro, sobre todo de peligro abstracto”²⁷.

Como se ha dicho que no se admite la lesión de bienes jurídicos colectivos de forma autónoma, esto es, sin estar motivada o referida a la protección de un bien individual, se concluye que en todos los casos en los que se utilice el concepto de delito de peligro, frente a los bienes jurídicos colectivos, deberá valorarse el peligro como concreto y efectivo, nunca de modo abstracto e hipotético. Sólo el peligro concreto permitirá valorar el bien jurídico individual, haciendo más fácil la construcción del juicio de lesividad. No se admite la lesión autónoma de los bienes jurídicos colectivos, porque, por un lado, se aparta de los postulados clásicos del

26. En adelante, se entenderá por ilegitimidad, en palabras del profesor Ferrajoli, la ilegitimidad jurídica sustancial, así: *“Por consiguiente será posible dividir la legitimidad jurídica o interna —separada siempre de la política o externa— en legitimidad jurídica formal, que se refiere solo a las formas prescritas para los actos normativos y por consiguiente a la vigencia de las normas producidas, y legitimidad jurídica sustancial, que se refiere por el contrario a los contenidos de esas mismas normas allí donde también estos estén prescritos o prohibidos por normas acerca de su producción”*. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, cit, p. 359.

27. TATIANA VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Navarra, Thomson Arazandi, 2007, p. 117.

Derecho Penal que aquí se promueven y, por otro, porque afirmar la lesión sin referente individual significa construir concepciones ideales que pueden terminar en una de dos cosas, o extendiéndolo, o haciéndolo bastante discrecional al operador judicial.

Por ejemplo, la estructura de la técnica de los daños acumulativos en materia penal surge como un intento de plantear una especie de lesividad autónoma frente a los bienes colectivos, como bien lo reconoce Hefendehl, al decir *“Para suplir la falta de una causalidad lesiva real ente acción y bien jurídico se exige aquí la llamada equivalencia material, que en los bienes jurídicos colectivos atañe necesariamente al plano de la criminalización. El pensamiento de la acumulación desarrollado en los delitos de cohecho o contra el medio ambiente encarna tal equivalencia”*²⁸

Ahora, también admitimos que hay casos en los cuales el bien colectivo no se presenta como anticipación de protección de bienes individuales —típico caso de los llamados bienes jurídico supraindividuales—. En estos casos, aunque el bien individual al que se reconduzca el colectivo no surja de la simple interpretación del tipo, deben seguir existiendo los bienes individuales, considerados en abstracto, como motivo de criminalización. Solo de esta manera podemos ser coherentes. También, en este último evento, el peligro que debe existir es el concreto, como se abordará en seguida.

Entonces, independiente de la aceptación o no que surja de nuestro planteamiento, debe haber por lo menos dos cuestiones ciertas hasta aquí: la primera, expresada en palabras de Mendoza Buergo es que *“Parece claro que cuanto menor sea el grado de abstracción del bien jurídico que se pretende tutelar en el precepto correspondiente y mejor se concreten los precisos contornos del mismo, más fácil*

28. ROLAND HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 194.

*será determinar la lesividad o la peligrosidad de la conducta*²⁹. La segunda, en palabras de Vargas Pinto, será que: *“Cualquiera que sea la relación que se sostenga de los bienes jurídico-penales (colectivos o individuales) con los tipos de peligro abstracto, son criticables, desde ya, tesis que pretenden concebir esos delitos como formas de lesión de algún bien jurídico-penal por la sola ejecución de la conducta típica*³⁰.

2. El injusto y la estructura de la norma penal

2.1. Norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración:

El delito, entendido como la construcción científica escalonada que, yendo del hecho al autor, permite establecer las conductas relevantes para el Derecho Penal, atribuyéndoles una pena o una medida de seguridad, se encuentra permeado por múltiples valoraciones³¹. Es, si se quiere, en sí mismo, la síntesis de un sinnúmero de valoraciones sociales, políticas, económicas y jurídicas, en resumen, culturales, a partir de las cuales se tutela un determinado bien jurídico.

Desde una mirada general, toda norma jurídica es producto de una valoración, lo que hace que ningún tipo de dogmática particular sea ajena a ellas. La anterior afirmación, la cual parece ser obvia, importantes consecuencias tiene a la hora de construir el injusto penal.

29. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Estudios de derecho penal, N° 31, Granada, Comares, 2002, p. 17

30. TATIANA VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, cit. 126.

31. Esto, aun cuando se comparte, con el profesor Luis Recasens, que el Derecho no se conforma solo por valoraciones, sin más: *“De momento, comprendemos que el Derecho tiene algo que ver con el mundo de los valores, pues parece que no se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a algunos valores. Y ello es exacto. Pero, de otro lado, barruntamos que el Derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de hechos que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados pura e íntegramente en el reino de los valores”* LUIS RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 70.

La conducta típica y antijurídica recibe el nombre de injusto. Así, las valoraciones que se hacen en esta sede, se corresponden a su vez con las que se hacen en el espacio propio de la tipicidad y de la antijuridicidad. De ahí que se considere al injusto como la conducta doblemente desvalorada, afirmando con ello que la conducta analizada, además de ser típica, debe ser antijurídica.

Existe, entonces, una estrecha vinculación entre injusto y normal penal. Es la norma, o mejor, el contenido que a ella se le atribuya y su función en el Derecho Penal, la que permite calificar normativamente una conducta de injusto.

De la relación manifestada, surgen las funciones de determinación y valoración que se atribuyen a la norma. Debe recordarse que una vez superados los esquemas causales y valorativos en la teoría del delito, primó la idea de injusto personal, por el cual, la función de éste, y por ende de la norma penal, iba en todo caso dirigida a regular comportamientos. De ahí que se considerara que lo importante era la contradicción del comportamiento realizado con lo que imponía la norma, pues, como se dijo, ésta se encargaba de imponer deberes de comportamiento.

Entonces, creyéndose superado por completo el esquema monista valorativo en materia de la norma penal, con la incorporación y auge por el sistema finalista del injusto personal, se comenzó luego a pensar si era cierto que, el injusto, podría solo fundamentarse de cara con la norma subjetiva de determinación; o si, por el contrario, también era necesario en éste un elemento propio valorativo que no mirara con el comportamiento realizado, sino con el resultado causado, función que, de cara con la perturbación de los bienes jurídicos, se le atribuyó a la norma penal entendida como objetiva de valoración.

Se acepta que los finalistas impusieron un sistema de injusto personal de difícil superación, como lo expresa Feijóo, pero no por eso, a nuestro juicio, válido *“La afirmación central de la <teoría del injusto personal> es difícilmente rebatible: si las normas penales son pautas de comportamiento, éstas sólo pueden referirse a*

comportamientos y ocuparse de los mismos. Ni toda lesión o puesta en peligro de la vida, salud o bienes de las personas es un injusto (sucesos naturales-inundaciones, enfermedades, rayos, etc.-, supuestos de ausencia de acción) ni todo injusto implica siempre una lesión o puesta en peligro de objetos (tentativa inidónea, delitos denominados de peligro abstracto, etc. Incluso, en algunos supuestos, el mayor contenido de injusto de un hecho no depende del resultado, sino de cómo se produce el resultado”³².

Como se ve, un sistema puro de injusto personal es perfectamente adecuado a la incorporación de delitos de peligro abstracto. Sin embargo, el problema, como se explicará, está en su legitimidad, si se afirma que el injusto también requiere de una valoración negativa en el resultado jurídico producido; no solo frente al comportamiento.

Huerta Tocildo, en búsqueda de una justificación de un concepto dual de norma, y consecuentemente, de un injusto fundado en un desvalor de acto y un desvalor de resultado, considera que, en efecto:

“Es factible partir, como parten los partidarios de la teoría subjetiva, de la idea de que la norma no prohíbe resultados sino conductas (acciones finales) y, ello no obstante, insistir en el carácter co-constitutivo del desvalor de resultado. Pues, como dice Stratenwerth, tal idea -que él mismo desde luego comparte- lo que significa es que no basta con la producción de un resultado disvalioso para constituir el injusto -como todavía pretenden, al menos en relación con el delito doloso, los valorativistas- ya que, como correctamente expone Zielinski, si la norma penal tiene por objeto «evitar lesiones de bienes jurídicos producidas a través de conductas humanas», la reacción penal no puede justificarse tan solo en base a la efectiva lesión del bien jurídico protegido”³³.

32. BERNARDO JOSÉ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Madrid, Colex, 1997, p. 19.

33. SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984, p. 65.

Por ahora, como acaba de mencionarse, al margen de lo que puede pasar en Colombia, se comparte la idea según la cual el injusto penal es producto de la configuración de un desvalor de acto y de uno de resultado, lo que respectivamente significa la vulneración a la función subjetiva de determinación y objetiva de valoración de la norma jurídica.

Si bien es cierto que la función del derecho penal va dirigida en un primer momento a la regulación de comportamientos, mediante la imposición de deberes de conducta, (función de determinación), estos deberes siempre se imponen en relación con lo que se entiende valioso y merecedor de protección para el Derecho Penal o, en términos generales, bienes jurídicos, por lo cual sólo podrá ser contraria a derecho la conducta que, además de violentar el deber impuesto, lesione o ponga en peligro efectivo un bien jurídico (función de valoración).

A lo largo de las manifestaciones anteriores se ha hablado de la función imperativa y de la función valorativa de la norma, y del desvalor de acto y del desvalor de resultado como elementos estructurantes del injusto. El entendimiento inicial de los conceptos parte por aceptar que, el desvalor de acción, surge de la violación al contenido de la norma en relación con su función de determinación, y el desvalor de resultado, de acuerdo al contenido de aquella, en relación con su función de valoración.

En lo que sigue, para entender a cabalidad el injusto penal, se aislarán de forma independiente los que pueden ser sus elementos, es decir, se estudiará, en un primer momento, el llamado desvalor de acción y luego, el desvalor de resultado.

Con “desvalor” se referencia una valoración negativa de algo. El desvalor de acción sería la valoración negativa de la conducta realizada.

Sin embargo, si bien en términos bastante generales ello es así, su utilización a nivel jurídico penal es equívoca.

Huerta Tocildo manifiesta que, por lo menos, puede entenderse en dos sentidos: *“Una primera que lo identifica con el desvalor de la intención, esto es, con el juicio de desaprobación que recae sobre el autor por el hecho de haberse decidió a actuar de forma típica; y una segunda que, bajo dicho término, no sólo entendería comprendido lo anterior sino, además, toda una serie de elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho”*³⁴.

Welzel, partidario del primer concepto, a partir de la tesis de injusto personal, considera que lo determinante a la hora de la construcción del injusto es el desvalor de acto, no así el de resultado, explicando que ello ocurre, por ejemplo, en los llamados delitos de peligro:

*“En la mayor parte de los delitos es, sin duda, esencial una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión al bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal. El desvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea”*³⁵.

34. Ibid, p. 32.

35. HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Reimpresión, Maestros del Derecho Penal, Vol. 4, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 108

Por nuestra parte, consideramos que la sola intención no puede colmar al desvalor de acción, entendiéndolo de la primera manera mencionada, pues sería tanto como afirmar que la intención o motivación, por sí sola, fundamenta una valoración negativa, aun cuando la misma no se exteriorice. Por eso es que se comparte la segunda acepción, aquella que entiende que además de la intención de realización típica, se comprende todo lo relacionado con la forma y clase en que la misma se realizó. Es decir, hay elementos que rodean la acción, como la forma en que se llevó a cabo el verbo rector, que hacen parte del desvalor de acto. Todo ello, si bien plena relación tiene con el desvalor de resultado, que se verá más adelante, no hace parte de éste.

En esta misma tesis dualista se apoya Huerta Tocildo, quien expresa:

“Personalmente me inclino por la modalidad dualista objetiva a tenor de la cual el desvalor de acción no se identifica con el desvalor de la intención, sino que abarca también el modo, forma o grado, de realización de la acción. Desde este punto de vista el desvalor de acción se presenta en términos de desaprobación que recae sobre una acción entendida como unidad final-causal de sentido, esto es, como suma de elementos subjetivos y objetivos. Junto a él, el desvalor de resultado aparece como momento imprescindible en la constitución del injusto. Desvalor este último que se dará en toda modalidad delictiva, tanto en las de mera actividad, como en las de resultado, en las dolosas como en las imprudentes”³⁶.

Esto que se viene diciendo hasta ahora es bastante importante a la hora de justificar el injusto, específicamente el desvalor de resultado en los delitos de peligro, pues, como lo considera Mendoza Buergo:

36. SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit. 51.

“Según la opinión doctrinal más extendida, aunque no unánime, los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente como peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico”³⁷.

Francisco Muñoz Conde, partidario de un concepto amplio de desvalor de acto, en el cual se pueda incluir mucho más que la simple intención, entendimiento del cual también se parte en este trabajo, afirma: *“En el desvalor de acto, en el injusto, se incluyen normalmente la acción u omisión, los medios, modos y situaciones en que se producen, la relación causal y, según los partidarios de la teoría final de la acción, también la psicológica entre la acción y el resultado”³⁸.*

De la consideración del desvalor de acción depende en gran medida la afirmación o no de un desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto. Ello por cuanto, algunos afirman, que el modo o forma que rodeó la conducta realizada y que encuadró la intención típica, hace parte, más bien, del desvalor de resultado, por cuanto del modo de realización depende en gran parte la probabilidad de lesión para el bien jurídico.

Sin embargo, creemos que esa tesis es errada. Una cosa es la valoración ex ante de la lesión o peligro a un bien jurídico, la cual depende, además de la intención típica, del modo de llevar a cabo el comportamiento; y otra, la efectiva lesión o

37. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit. 19.

38. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Maestros del Derecho Penal, Vol. 3, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 64

peligro juzgado ex post. Lo primero siempre será desvalor de acción, mientras que lo segundo, desvalor de resultado.

Frente a la consideración del desvalor de acción aquí defendida, se pronuncia así Molina Fernández: *“La segunda opción, que entiende el desvalor de acción como desvalor objetivo de la peligrosidad ex ante, abre un camino aparentemente transitable para explicar los hechos no lesivos. Efectivamente, nada impide que una acción sea ex ante peligrosa y que, sin embargo, no produzca el resultado”*³⁹.

Por supuesto que en el desvalor de acción hay una relación con el bien jurídico, pero ésta siempre será referencial para evaluar la probabilidad de lesión o peligro a éste. Sin embargo, por la relación que se afirma, no es posible concluir que el modo en que se realizó la acción hace parte del desvalor de resultado.

En la misma defensa de la postura dualista, frente al entendimiento del desvalor de acción, Jescheck expresa que:

*“La forma y modo de comisión como elementos que caracterizan al hecho punible serían incomprensibles si la norma prohibitiva solo pensara en el desvalor de resultado. El desvalor de resultado del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el desvalor de acción lo hace en la forma y modo de su comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona”*⁴⁰

Como síntesis de lo dicho, el desvalor de acción no es más que la peligrosidad del comportamiento. La expresión peligrosidad es común tanto a los tipos de lesión

39. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 798.

40. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, Granada, Comares, 2002, p.257.

como a los de peligro, no así la expresión peligro, que, aun cuando también está presente en ambos, referencia solo el desvalor de resultado en los últimos.

Si el término desvalor de acción es bastante equívoco, lo mismo puede decirse del término desvalor de resultado, sobre todo en construcciones como los delitos de peligro.

Huerta Tocildo expresa:

“Así, por ejemplo, en el seno de la doctrina alemana se emplea aquella, en ocasiones, en el sentido de desaprobación del resultado naturalísticamente producido, que es separable de la acción, y que únicamente se presenta en los llamados delitos de resultado. Desde este punto de vista, resultaría lógico el concluir que en tanto que el desvalor de acción es común a todos los delitos dolosos, el desvalor de resultado puede, por el contrario, faltar sin que por ello desaparezca el injusto” ⁴¹.

Esta tesis debe desecharse de plano, pues confunde el resultado naturalístico expresado a veces en el tipo, con la lesión o el peligro al bien jurídico, como el resultado valorado normativamente, con connotación y calificación jurídica.

Continúa la misma autora expresando: *“Otros autores utilizan la mencionada expresión en el sentido, a mi juicio más correcto, de desaprobación del resultado jurídico, identificando así resultado con lesión o puesta en peligro del bien jurídico”*.

Se dejará por sentado que cuando en este trabajo se hable de desvalor de resultado se hará referencia a la lesión o el peligro que un comportamiento causó a un bien jurídico.

2.2. Injusto penal y orden jurídico

41. SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, cit.21.

Se inicia en este punto de un estudio que, partiendo del Derecho Penal positivo, va mucho más allá de éste, incluso llegando hasta la norma fundamental que le da razón al sistema. Al hablar entonces de injusto penal y orden jurídico, nos preguntamos, de cara con las referencias de la unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento⁴², si éste puede asumir dentro de sí el concepto propio de injusto que hasta aquí se ha aceptado

Es importante determinar si en Colombia, de cara con prescripciones, bien constitucionales o legales, es posible inferir la existencia de un injusto dual. Es decir, si opera en la legislación una tesis dual de injusto, compuesta tanto por desvalor de acto y desvalor de resultado, o si es posible afirmar la permisión de un injusto monista, fundado, bien en la existencia del solo desvalor de acto o en el solo desvalor de resultado.

En Colombia, autores como Carlos Arturo Gómez Pavajeau consideran que la misma Constitución da las pautas para el entendimiento del injusto dual, a partir de la formula descrita en el artículo 16 de la Carta Política, que establece: *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*. A partir del artículo citado, expresa el mencionado autor:

“Nótese como los dos elementos que conforman la limitación al derecho se encuentran entrelazados por la letra “y”, cumpliendo un papel no disyuntivo sino de acoplamiento necesario. Por tanto es una formula bien exigente, en la medida que para la consideración de un injusto por acción o por omisión, una vez requerida la intervención penal como último recurso luego del examen

42. Asume plena pertinencia entonces preguntarnos frente a la relación entre injusto penal y orden jurídico, en la medida que el injusto penal, como se vio, tiene plena relación con la estructura de la norma jurídica, y que, en palabras de Norberto Bobbio, *la Teoría del ordenamiento jurídico constituye una integración de la Teoría de la norma jurídica*, Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 2012, p. 145.

ponderativo de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, resulta imprescindible que la norma jurídica tenga como objeto la protección de un derecho constitucional fundamental; pero además, solo habrá injusto cuando se vulnere la norma y efectivamente se afecte por puesta en peligro o lesión el derecho protegido”⁴³.

En el mismo sentido propuesto por Gómez Pavajeau, expresa Camilo Sampredo Arrubla, lo siguiente:

“En palabras claras tenemos que, desde la óptica del derecho penal, por regla general en Colombia se tiene la libertad de actuar siempre que no se realicen injustos, y estos solo son constituidos por aquellas conductas que lesionan bienes de los demás y chocan con el orden jurídico. Si se quiere, por orden constitucional solo será injusto lo que, siendo formalmente antijurídico, también lo es materialmente”⁴⁴

Ahora bien, independiente de la aceptación que se haga de la tesis interpretativa del injusto dual en Colombia por la doctrina, de cara con el artículo 16 de la Constitución, lo cierto es que de la lectura del articulado inicial de la Carta Política, aunado con las normas rectoras en materia penal consagradas en el Código y los pronunciamientos judiciales que los referencian, en Colombia opera un principio de Derecho Penal mínimo.

Si aceptamos que en Colombia opera el principio del Derecho Penal mínimo, consecuentemente debemos aceptar que se exige un injusto dual a la hora de castigar penalmente un comportamiento, pues, si bien se prohíben u ordenan conductas que consideradas desde una perspectiva ex ante puedan resultar

43. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Lección 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 174.

44. CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Lección 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 340.

peligrosas frente a bienes jurídicos (desvalor de acto), solo pueden castigarse aquellas que lesionaron o pusieron en peligro efectivo el objeto de protección, considerado desde una perspectiva ex post (desvalor de resultado).

Nuestra Corte Constitucional, en Sentencia C-739 de 2000, consagra que: *“La norma penal, siempre de origen estatal, es un imperativo que contiene reglas de comportamiento impuestas por el Estado, dirigidas a regular conductas de los ciudadanos, asociadas a determinados comportamientos sancionados punitivamente. La norma penal tiene una función valorativa, en el sentido de que a través de ella ciertos comportamientos se califican como contrarios a los fines del Estado, al efecto “...el legislador prohíbe ciertas acciones u omisiones porque las considera perjudiciales o peligrosas para la comunidad social”.*

Da por sentado el órgano constitucional que en materia penal no sobre todo se puede regular, y aun cuando evidentemente la norma busca ordenar u prohibir comportamientos, siempre deberán ser valorados aquellos de los que se asuma, su realización, producirá una lesión o un peligro para los bienes jurídicos, lo que, en palabras de la Corte en el aparte de la sentencia visto: *son perjudiciales o peligrosas para la comunidad social.*

Vista la consideración acerca del injusto dual de la norma y su inexorable aplicación en el sistema penal colombiano, será necesario ahora entrar, con más detalle, a la estructuración del desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto.

2.3. Desvalor de resultado y delitos de peligro abstracto

Se ha dicho ya que se entiende por desvalor de resultado la lesión o peligro efectivo, en grado de afectación, al bien jurídico tutelado por el ordenamiento mediante el tipo penal.

Debe dejarse claro también que esa lesión o peligro siempre se estructurará desde un punto de vista ex post, ya que, ex ante, tanto la peligrosidad del comportamiento, o la idoneidad del mismo para producir la lesión, o el pronóstico de lesión del comportamiento, hacen parte, como se ha dicho, del desvalor de la acción.

Si con los delitos de lesión parece ser notoria la concreción del desvalor de resultado, de cara con la efectiva lesión al bien jurídico, y con los delitos de peligro concreto dicha valoración suele fundamentarse en el peligro efectivo para el bien jurídico individualmente protegido, lo que en otros términos sería el grado de proximidad del comportamiento con la afectación o lesión de éste, la pregunta importante ahora estará en la fundamentación del desvalor en cuestión en los llamados delitos de peligro abstracto.

Partimos de la idea de que en estos últimos, como en todos los demás, es necesaria la afirmación de la peligrosidad de la conducta. Es decir, es necesario que en la conformación del injusto penal exista desvalor de acto, en la forma en que lo hemos venido explicando.

Ahora, en cuanto al desvalor de resultado, mucho se ha dicho por la doctrina intentando justificar lo que desde el punto de vista dogmático parece no encontrar justificación. Así entonces, dentro de las tantas teorías que han surgido para hacerle frente al problema, creemos posible hacer una agrupación de éstas en tres grandes niveles. Primero, las que presumen el desvalor de resultado o la afectación del bien jurídico solo con la comprobación de la acción peligrosa. Segundo, las que parten de criterios ideales en torno a la justificación de la lesión o del peligro como desvalor de resultado, y tercero, las que colman o confunden el desvalor de resultado con el desvalor de acto.

Como no es objeto de este trabajo entrar en detalle de cada una de las teorías, pues al final se buscará plantear una posición del entendimiento del desvalor de resultado en relación con los delitos de peligro abstracto, se harán solo algunas consideraciones de las teorías representativas dentro de los grupos mencionados.

En un primer momento, y en palabras de la profesora Mendoza Buergo:

“De acuerdo con la teoría de la presunción del peligro, -también llamada por algunos teoría del peligro o la peligrosidad abstracta-, en los delitos de peligro abstracto se lleva a cabo una presunción por parte del legislador que, según la mayor parte de sus sustentadores, va referida a la producción de un peligro a través de la realización de la acción típica o, según otros, solamente a la peligrosidad de la propia acción típica”⁴⁵.

A nuestro modo de ver es evidente el rechazo que debe darse a la teoría de la presunción del peligro. Por un lado, aunque con una finalidad de estructurar el injusto dual, como debe ser, se termina presumiendo el desvalor de resultado al encontrarse en principio sin forma de justificarlo. Sin entrar en más consideraciones sobre las prohibiciones que para las presunciones existen en materia penal, salvo las que en materia de presunción de inocencia se establecen, lo determinante aquí es que no puede el legislador considerar que el solo comportamiento peligroso, visto por ellos en abstracto, sin más, debe ser objeto de castigo por el Derecho Penal, al existir la presunción de daño o peligro. Quizá pensar en esa línea, llevó a nuestra Corte Suprema de Justicia a decir, en Proceso N° 21064 de 2004 que:

“Esa delimitación entre las visiones con las cuales los dos órganos, el legislativo y el judicial, vislumbran una misma problemática, debe ser entendida con arreglo al conjunto de valores que emanan de la Constitución, pues si bien el primero, al diseñar los tipos penales de peligro abstracto asume que ciertas conductas pueden significar riesgo para determinados bienes jurídicos, es decir, establece una presunción de peligro, al segundo, al juez, le

45. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit. 68.

atañe verificar si un acto específico reportó efectiva creación de peligro para ese bien”.

En un segundo nivel, consideramos posible agrupar aquellas teorías que parten de criterios ideales en torno a la justificación de la lesión o del peligro como desvalor de resultado.

La expresión “ideal” que aquí se utiliza obedece a que en las siguientes teorías se pretende construir un desvalor de resultado frente a objetos abstractos o difusos, por lo que, sin bien se les reconoce el hecho de querer exigir un desvalor de resultado comprobable, se les puede criticar que las construcciones utilizadas — las que pueden en últimas ser catalogadas como normativas⁴⁶ en extremo—, no son capaces de llenar con un contenido sujeto de verificación el desvalor, por lo que pueden dar pie a que se termine castigando por el solo comportamiento peligroso, y que expliquen la lesión o peligro solo con la afirmación abstracta.

Entre estas, Stübel, citado por Mendoza Buergo: *“hace hincapié en la lesión de la libertad que estas suponen para el sujeto que se ve amenazado por el peligro, de forma que <el derecho a exigir que nadie nos lesione, comprende también, indiscutiblemente, el derecho a exigir que nadie nos ponga en peligro”*⁴⁷.

46. La pugna entre ontologismo y normativismo, puede expresarse, en palabras de José Cerezo Mir, así: *“En los últimos tiempos, se ha producido un extraordinario auge del normativismo. Tanto en el sistema teleológico-valorativo de Roxin, que enlaza con la dogmática basada en la filosofía jurídico neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, o filosofía de los valores, como en el funcionalismo de Jakobs, basado en la teoría social sistémica, aunque en él se observa una influencia creciente del pensamiento de Hegel, no solo se niega la vinculación del Derecho Penal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, señalada por Welzel, sino que, en el caso del funcionalismo sistémico de Jakobs, se niega todo condicionamiento de los conceptos jurídicos por datos fácticos. Conviene destacar, a este respecto, pues ello será esencial para nuestra exposición, que lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real, Los entes pueden ser reales o ideales. La consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico-objetivas”* JOSÉ CEREZO MIR, “Ontologismo y Normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, en: *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 159.

47. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit. 94.

La profesora Teresa Rodríguez, citando al profesor alemán Binding, quien para nosotros también puede ubicarse aquí, menciona: *“Peligro es la «perturbación de la existencia segura» del bien jurídico, el «menoscabo del bien jurídico puesto en peligro en la tranquilidad de su existencia, que se da desde el momento en que se aplica un medio idóneo para poner el peligro contra el bien jurídico protegido”*⁴⁸.

Para cerrar este grupo, oportuna atención merece el planteamiento del profesor Urs Kindhäuser, quien refiriendo los delitos de peligro abstracto, establece *“Nos hallamos ante peligros abstractos cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”*⁴⁹.

Como se vio brevemente, Kindhäuser pretende legitimar la existencia de delitos de peligro abstracto en un ordenamiento jurídico, a partir no de la lesión a los derechos subjetivos en la línea de una postura planteada anteriormente, sino considerando que en estos sí hay un desvalor de resultado que fundamenta el injusto, pero que el daño del peligro es diferente al daño de la lesión, consistiendo el primero en la afectación de las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura sobre los bienes.

Dígase por nuestra parte que la fundamentación de los delitos de peligro abstracto en el criterio de la seguridad al bien jurídico, puede resultar problemática y abrir la compuerta a la justificación del injusto penal con la exigencia de menos requisitos

48. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1994, p. 252.

49. URS KONRAD KINDHAUSER, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto”, en: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 449.

de los que supone la construcción de un injusto dual. Con una postura similar, la profesora Cristina Méndez, expresa: *“Hay que afirmar por todo ello que no parece que la seguridad sea un criterio válido como para legitimar una técnica que presenta tantos problemas y además que no puede estar reñida con el principio de realidad. Si la seguridad es tan importante en relación a los bienes jurídicos de la vida y la salud, la solución más correcta para asegurar su protección sería la prohibición de todo tipo de actividades arriesgadas”*⁵⁰

Así, aunque con diferentes matices, hemos considerado agrupar las tesis de estos autores en este segundo nivel, pues a nuestro parecer construyen la afectación al bien jurídico o el desvalor de resultado a partir de ideas que, en la terminología de hoy, pueden considerarse normativas en extremo. Es decir, encontramos en estas tesis un alto grado de discrecionalidad de cada autor cuando atribuye contenido al desvalor en cuestión. La lesión a los derechos subjetivos, el aseguramiento del conjunto de condiciones de una sana vida jurídica, o la afectación de condiciones de seguridad, son ideales abstractos que no podrían fundamentar el injusto penal, pues, en últimas, éste dependería del amplio margen de valoración que el juez dé al caso concreto, debido a lo difuso de los conceptos.

Por nuestra parte, no desconocemos que la justificación del desvalor de resultado en los delitos de peligro que se concretan frente a bienes jurídicos colectivos debe construirse normativamente como se explicará en detalle más adelante, pero, lo que aquí se critica es que la explicación normativa no permita ningún grado de comprobación, pues, a nuestro juicio, se puede abrir la compuerta que en principio se quiere cerrar con la exigencia de la doble desvaloración, al permitir argumentaciones ideales que construyan el injusto.

50. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 161.

El tercer gran grupo de tesis corresponde a aquellas que, con base a consideraciones todas relativas al desvalor de acción, suplen la ausencia de desvalor de resultado. Es decir, como veremos, —entendiendo desvalor de acto tal y como hemos hecho—, tienen amplias construcciones relativas al comportamiento peligroso, y agregan ciertas ideas con las que llenan el desvalor de resultado.

Wolter, citado también por Mendoza Buergo, expresa:

“Parte del comportamiento peligroso como prototipo de injusto, al menos para cierto tipo de delitos de peligro abstracto considera necesario que además del desvalor de la acción se produzca lo que denomina <injusto de resultado primario> O <injusto de peligrosidad>. Este consiste en la creación al menos imprudente de un riesgo jurídicamente desvalorado y adecuado para la lesión del bien jurídico, separado de la acción, aunque a juzgar ex ante y, por ello, no equiparable con el auténtico injusto de resultado, o en la terminología de Wolter <injusto de resultado secundario>, que se juzga ex post”⁵¹.

Se le reconoce a Wolter la estrecha vinculación que hace entre injusto penal y riesgo desaprobado, pero, a nuestro parecer, decir que es adecuado a la lesión del bien la creación el riesgo jurídicamente desaprobado, y con ello colmar el desvalor de resultado, parece confundir ambas desvaloraciones. Una cosa es que se cree un riesgo jurídicamente desaprobado, por lo menos en grado de imprudencia, riesgo éste que puede resultar adecuado para la lesión del bien jurídico (desvalor de acto); y otra cosa que efectivamente el riesgo creado se materialice en la lesión (desvalor de resultado).

51. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit. 164.

Por esta consideración, no se comparte la idea de Wolter, aunque, como se vio, se reconoce su valor dogmático al vincular algo que se encuentra estrechamente ligado, esto es, la imputación objetiva y el injusto penal.

Jörg Martin, en citación de la misma autora referenciada, explica: *“El injusto de los delitos de peligro abstracto no se constituye pues sólo con la realización de la acción descrita en el tipo, sino que junto a ella es necesaria la <creación de un riesgo de lesión del bien jurídico protegido>, ya que <se otorga el rango debido a la protección material de bienes jurídicos, cuando se reconoce la peligrosidad objetiva de la acción como el criterio esencial para anudar la sanción penal”*⁵².

El autor dota de contenido el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto, con el riesgo de lesión al bien jurídico, a partir del análisis del comportamiento realizado. Si se tiene en cuenta que a nuestro parecer el desvalor de acto es un concepto que engloba la forma y clase en que se desempeñó el comportamiento, y en el que desde un punto de vista ex ante de un espectador medio y objetivamente considerado, es capaz de producir una lesión, el riesgo de lesión al que Martin llama desvalor de resultado, en nuestro caso sería desvalor de acto. Solo puede desvalorarse ex ante la conducta por el legislador cuando ésta genera un riesgo de lesión para un bien jurídico; si no lo genera, de acuerdo con lo que se viene planteando, no hay injusto, no porque no haya desvalor de resultado, sino porque no hay desvalor de acción siquiera, por más perversa que sea la finalidad del agente. Piénsese por ejemplo en lo que ocurre con la llamada tentativa inidónea producto del medio utilizado. En el caso anterior no hay siquiera lugar a predicar la existencia de desvalor de acto, pues sería tanto como decir que en nuestra legislación se puede tildar de peligrosa la finalidad lesiva sin existir un mínimo siquiera de riesgo para el bien jurídico.

52. Ibid. 188.

Por su parte, y también dentro de este grupo, Schünemann, quien considera que lo que ocurre en estos delitos es, dogmáticamente hablando, una tentativa imprudente. Expresa el autor:

*“Describiendo con exactitud el comportamiento prohibido en los delitos de peligro abstracto, se cumplen de manera óptima los requisitos de concreción de la norma, lo que es especialmente importante en los delitos culposos. Pues en los delitos dolosos, el ciudadano sabe con exactitud, lo que no debe hacer, es decir, llevar a cabo una conducta con dolo lesivo inadmisiblemente peligrosa para el bien jurídico. Por el contrario, en los delitos imprudentes, debe decidir él mismo, si se está comportando con el suficiente cuidado o no, de modo que la desviación de la norma de comportamiento puede tener resultado de un modo más o menos confiable solo en ámbito de la vida, para la desviación se han desarrollado reglas muy concretas en los ordenamiento especiales, como por ejemplo en la normativa de circulación. En los delitos de peligro abstracto, quedando el comportamiento demasiado peligroso descrito y prohibido, el ciudadano recibe una medida orientadora clara”*⁵³

Debe prestarse atención a la importancia trascendental que asume en estas tesis la peligrosidad del comportamiento, incluso para fundamentar el desvalor de resultado.

En nuestro sentir, evidentemente asume una importancia vital, al punto de valorarse de mayor forma que el desvalor de resultado, pero, lo que no se comparte, es su asimilación con este último. Lo mismo ocurre en la tentativa, en donde deberá fundarse el desvalor de resultado de cara con el peligro concreto que efectivamente causó el comportamiento peligroso al bien jurídico. Lo primero sería desvalor de resultado y lo segundo desvalor de acto. Lo que se quiere significar es que la aptitud

53. BERND SCHÜNEMANN, “La estructura de los delitos de peligro”, en: *Cuestiones actuales del sistema penal*, Perú, Ara Editores, 2008, p. 18.

del comportamiento para producir la lesión, o lo que en otros términos, de cara a la imputación objetiva, se traduce en el incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, tiene un valor referencial para el desvalor de resultado, pero en la medida en que se considera ex ante, es desvalor de acción. Si luego, en el caso en particular, se demuestra que efectivamente, o de forma concreta, el comportamiento apto para producir la lesión, efectivamente lo puso en peligro, hay injusto, pero como lo queremos hacer ver, siguen siendo dos cosas distintas.

Habiendo estudiado brevemente algunas teorías explicativas del desvalor de resultado, todas criticables desde la posición que aquí se asume, y teniendo en cuenta que partimos de la exigencia de un injusto dual en Colombia, nos debemos preguntar si efectivamente los delitos de peligro abstracto tienen o no un desvalor de resultado, separable de una valoración negativa de la acción, de lo cual dependerá, siendo consecuentes con lo dicho en cuanto al injusto y la Constitución, su legitimidad o no de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Nuria Pastor Muñoz, referenciando la crítica anterior, manifiesta:

“La hipótesis de la que se parte en este trabajo para explicar los delitos de estructura (la posesión de objetos con la intención de cometer un delito), (la posesión de objetos que solamente son idóneos para la comisión de delitos «máquinas para falsificar moneda, precursores para confeccionar drogas, etc», siempre y cuando la posesión tenga en el contexto el significado de preparación de un delito,) y la pertenencia a una organización criminal es la de que en ellos la falta de peligrosidad objetiva⁵⁴, se suple con la manifestación objetiva de la peligrosidad subjetiva del autor⁵⁵. Esta manifestación consiste o bien en un acto de preparación o bien en la asunción de la condición de miembro de una organización criminal. La concepción del injusto en estos

54. En el lenguaje aquí utilizado, peligro o desvalor de resultado.

55. En el lenguaje aquí utilizado, peligrosidad o desvalor de acto.

*términos implica cambios importantes en la definición de delito, pues el comportamiento típico ya no consiste en la puesta en peligro objetiva de bienes jurídicos, sino en la expresión de la peligrosidad subjetiva del autor”*⁵⁶

Aunque será aspecto a tocar con detalle en el siguiente acápite, resta decir aquí que se acepta que se debe exigir un desvalor de resultado en los delitos de peligro, por ende partimos de su legitimidad, desvalor este que se construirá normativamente⁵⁷, de una manera concreta y ex post, como se pasará a explicar.

3. La protección de bienes jurídicos colectivos en los delitos de peligro

Habiendo explicado ya nuestra conclusión frente a la relación entre bienes jurídicos individuales y colectivos, lo que nos ha llevado a afirmar que el modelo del peligro concreto debe ser el utilizado en tratándose de la protección de bienes jurídicos colectivos mediante delitos de peligro, entraremos, en detalle, a explicar las modalidades típicas que pueden presentarse en relación con los bienes colectivos y, consecuentemente, lo que pretende ser nuestra posición sobre el desvalor de resultado en cada una de ellas:

Para ello, y como brevemente se ha mencionado, creemos que es necesario diferenciar tres estadios: El primero se presenta en aquellos eventos en donde se protegen bienes jurídicos colectivos que operan como anticipación de protección de bienes jurídicos individuales. Se trata del caso de los denominados bienes jurídicos

56. NURIA PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 61

57. En la medida que toda construcción normativa supone de valoraciones, construyen el desvalor de resultado normativamente quienes lo hacen a través de la afectación de la expectativa conforme a rol; como quienes lo hacen a partir de la perturbación funcional del bien jurídico colectivo; como quienes, como Schünemann, lo hacen a partir de la infracción de las instituciones jurídicas que subyacen a los bienes jurídicos que no son susceptibles de ser lesionados físicamente, así: *“Distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro tiene sentido solamente para bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados físicamente, pero no para aquellos que son instituciones jurídicas. Las instituciones son un complejo de normas sociales, que aseguran la satisfacción de una necesidad básica de la sociedad y cuya presencia depende de que sean respetadas en el comportamiento de la sociedad”* BERND SCHÜNEMANN, *La estructura de los delitos de peligro*, cit. p. 14.

supraindividuales, donde se puede hablar de lesión-peligro, respectivamente, a los bienes mencionados. El segundo evento se da en aquellos casos en los cuales se protegen bienes jurídicos de carácter colectivo y no es posible desde el mismo tipo identificar en concreto bienes jurídicos individuales que proteger, pero sí es posible encontrar en la descripción referentes materiales de la acción, con los que se pueda valorar la perturbación al bien jurídico (su afectación funcional interpretada desde el referente material del tipo)⁵⁸. El tercero, y el más complejo de los eventos, se da en aquellos casos en los cuales se protegen bienes jurídicos colectivos, y no es posible desde el mismo tipo identificar en concreto bienes jurídicos individuales que proteja mediante el adelantamiento de las barreras de protección, y tampoco es posible encontrar en la descripción referentes materiales de la acción que permitan realizar valoraciones en sede de resultado. Hablamos aquí de las situaciones en las que la afectación funcional como desvalor de resultado debe comprobarse de acuerdo a la misma estructura típica y el bien jurídico protegido.

Como premisa de estudio se manifiesta que, en todo caso, la existencia de los bienes colectivos dependerá de bienes jurídicos individuales, siendo estos últimos el motivo de criminalización por el legislador, así en el correspondiente tipo penal no sea posible ubicar ex ante y en concreto de cuál se trata.

3.1. El caso de bienes jurídicos supraindividuales

Se trata de eventos en donde se protegen bienes jurídicos colectivos y desde donde el mismo tipo penal se encuentran bienes jurídicos de carácter individual, frente a los cuales, el bien colectivo opera como anticipación de protección

58 . No es que se confunda en el segundo evento el bien jurídico con el objeto material, que actúa como referente palpable de la acción; sino que, es el referente mencionado el que permite verificar la afectación funcional al bien jurídico colectivo como desvalor de resultado. Tampoco significa aceptar que la perturbación a la función se verifica dependiendo de la cantidad de referentes materiales afectados, porque, por ejemplo, puede ocurrir que, frente al tipo penal de peculado por apropiación (en donde el referente material es el bien del Estado), se afirme la existencia del desvalor de resultado aun cuando lo apropiado sea una porción o cantidad pequeña en cuanto al bien del Estado, pero que, al recaer la conducta en él, unido a algunas circunstancias que rodearon el caso, se verifique que se perturbó el ejercicio de función pública en torno al cumplimiento de las finalidades del Estado como bien jurídico Administración Pública.

La doctrina penal ha denominado “adelantamiento de las barreras de protección” a aquellos eventos en los cuales el legislador se vale de la técnica de los bienes jurídicos colectivos para proteger en últimas bienes jurídicos de carácter individual. El bien jurídico colectivo, en este caso, podría ser tratado como la sumatoria de bienes individuales que resultan indirectamente protegidos.

En palabras de Mendoza Buergo, y en relación con su explicación en torno a los delitos de peligro abstracto, estos casos:

“Designan aquellos delitos de peligro abstracto dirigidos a la tutela de bienes supraindividuales de carácter inmaterial que -aunque puedan ser instrumentales respecto a la tutela de bienes finales pertenecientes al individuo-, desempeñan una función de <representación> y reclaman una autonomía y una protección propia, puesto que se dirigen a proteger el funcionamiento de instituciones o su sistemas estatales, sociales o económicos”⁵⁹.

Así las cosas, y en atención a la relación existente entre bien jurídico individual y bien colectivo, la afectación del bien jurídico asume una fórmula compleja. Esto porque la afectación del bien colectivo se fundamenta en el peligro del comportamiento para el bien jurídico individual.

Ricardo Mata y Martín, por su parte, expresa que, además del sentido propuesto en el que el bien colectivo opera como anticipación de las barreras de protección del bien individual, puede darse la relación inversa, así:

59. BLANCA MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit. 52.

“Con los presupuestos que se han venido estableciendo anteriormente para poder fijar las características de los supuestos objeto de atención (progresión de la conducta desde la zona de peligro hacia la de lesión, relación de complementariedad entre los bienes, etc.) hemos podido establecer la presencia de los supuestos de lesión-peligro (para el bien colectivo y personal, respectivamente). Ahora bien, puede constatarse la presencia en la regulación legal de supuestos que pueden ser entendidos de modo que la relación entre los bienes y el modo de afección a los mismos resulte inversa. Es decir, se trataría de delitos de peligro para el bien colectivo y lesión para el bien individual”⁶⁰

Ahora bien, si a lo largo del trabajo hemos afirmado que el injusto en Colombia es dual, debemos preguntarnos lo siguiente ¿de qué manera se construye el desvalor de resultado en esta clase de eventos?

La respuesta a esta afirmación, como a las que siguen, deberá hacerse interpretando todos los delitos de peligro como delitos de peligro concreto, nunca como formas abstractas del peligro.

Esto porque en los delitos de peligro abstracto, suele decirse, el peligro no es un elemento del tipo sino solo la razón o motivo de la criminalización por parte el legislador, por lo que, no siendo elemento del tipo, no exige de comprobación para la realización del juicio de tipicidad. No ocurre lo mismo frente a los denominados delitos de peligro concreto, en donde el peligro sí es un elemento del tipo, elemento que verificado por el intérprete se traduce en el desvalor de resultado para estos.⁶¹

60. RICARDO M. MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, Comares, 1997, p. 63.

61. En esa línea, José Cerezo Mir, refiriendo el peligro en los delitos de peligro abstracto, expresa, “es únicamente la ratio legis, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. En los delitos de peligro concreto, en cambio, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda solo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado” JOSÉ CEREZO

A partir de lo anterior, unido a las críticas que se formulan a imposibilidad de verificación o comprobación del desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto, se propone entonces que en todos los delitos de peligro, éste sea un elemento del tipo, y no solo la razón del castigo penal.

El desvalor de resultado consiste en la lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado. Para el caso analizado, deberá juzgarse, *ex post*, a qué grado de afectación llegó el comportamiento peligroso frente a los bienes jurídicos individuales protegidos indirectamente. De esa manera, referenciando los bienes individuales, podría elaborarse el juicio sobre el resultado valorado.

Si por ejemplo, se quiere castigar un atentado contra la salud pública, como bien jurídico colectivo con referente individual, deberá siempre demostrarse, en concreto, cuál fue el grado de peligro para el bien jurídico de la salud individual de los asociados.

Será esta la valoración del peligro concreto aceptado por el Código Penal cuando en lo referente a la antijuridicidad habla de “peligro efectivo”, y pudiendo ser el desvalor de resultado, sin dar lugar a tesis idealistas o presuntivas del peligro. Esto por cuanto es el juez quien debe verificar si efectivamente el bien individual se puso en peligro (la afectación al bien jurídico en grado de cercanía), luego de afirmar que un comportamiento peligroso previo fue apto para producir el peligro en éste (desvalor de acto).

Ejemplificaremos lo dicho a partir del tipo penal del porte de estupefacientes, consagrado en el artículo 376 del Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, que en su inciso primero establece:

MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en: *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 119.

“Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El peligro concreto se verificará si, con el comportamiento peligroso, por ejemplo, en el caso del solo porte, se puso en peligro efectivo (en grado de cercanía con el bien individual) la salud de cada uno de los posibles afectados, lo que valorará la cantidad que se portaba y si se prueba o no finalidad de autoconsumo o distribución. Lo mismo si, por ejemplo, se demuestra que hubo una distribución de una cantidad inferior al límite que plantea el artículo, y ésta se hizo por una única vez y solo a un consumidor habitual y recurrente del estupefaciente. De acuerdo a lo que se viene diciendo, en ninguno de los dos casos anteriores cabría afirmar desvalor de resultado en la medida que no se afectó (peligro concreto), el bien jurídico individual que se encontraba tras el bien el jurídico colectivo, indirectamente protegido.

Compartimos entonces, con el profesor Mata y Martín que: *“En realidad, los supuestos de protección de un bien colectivo asociado a otro de carácter personal, precisamente por este último dato, pierden la condición de infracción de peligro abstracto y se transforman en delitos de peligro concreto para las personas. Al exigirse la puesta en riesgo de los bienes de los particulares la prohibición se convierte en un delito de peligro concreto, pues, como se sabe, la nota fundamental de este grupo es la presencia del peligro como elemento del tipo”*⁶²

62. RICARDO M. MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, cit. 81.

3.2. El caso de bienes jurídicos colectivos con referente material

Compartimos la idea de Roxin al afirmar que todo bien jurídico debe ser una entidad real. Sin embargo, una idea diferente, no admisible, es afirmar que todos los bienes jurídicos deben tener una realidad material⁶³. Ahora bien, entendemos por entidades reales aquellas valoraciones positivas existentes que permiten la disponibilidad de ciertos objetos de Derecho. Esas entidades reales, en ocasiones, logran interpretarse o desentrañarse de cara con ciertos objetos materiales que están presentes en el tipo, sin que nunca lleguen a ser lo mismo. Se dijo ya, en páginas anteriores, que el documento, siendo objeto material en los tipos de las falsedades documentales, servía para interpretar la lesión al bien colectivo de la fe público, en el sentido de afectar el tráfico jurídico en el cual se inscribe el objeto.

En el análisis de los bienes jurídicos colectivos puede ocurrir que la valoración en su afectación se interprete con la ayuda, necesaria más no suficiente, de objetos materiales presentes en la redacción típica.

Se trata en este caso de eventos en donde se protegen bienes jurídicos de carácter colectivo y no es posible desde el mismo tipo identificar en concreto bienes jurídicos individuales que proteja, pero sí es posible encontrar en la descripción referentes materiales de la acción que permitan comenzar la valoración global el injusto. Así, con su ayuda, posteriormente es posible atribuir la perturbación funcional al bien jurídico, lográndose diferenciar con claridad entre bien jurídico y objeto material, pero en un comienzo ayudándose el primero, del segundo, para su apreciación.

63. *“Llamo “bienes jurídicos” a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Éstos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturales ideal (si lo fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales (la propiedad). Los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica”.* CLAUS ROXIN, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, cit., p. 123.

Es decir, hay casos en los cuales, el legislador, valiéndose de su potestad de configuración normativa, describe conductas en los tipos penales con la finalidad de proteger un bien jurídico colectivo. Ahora, es posible encontrar que en algunos de esos casos, el tipo no brinda una interpretación clara frente a bienes jurídicos de carácter individual que estén tras el bien colectivo y que se encuentren indirectamente protegidos, aun cuando reconocemos que por lo menos como motivo de creación de la norma deben existir.

Empero, si bien no se encuentran los bienes jurídicos individuales, la descripción comportamental consagra un referente material que guarda relación con el bien jurídico.

No se está diciendo con esto que se pretende igualar bien jurídico y objeto material de la acción, pues reconocemos que son conceptos completamente distintos y con funciones diferentes dentro del tipo. Lo que queremos decir, como se pasará a desarrollar, es que en los casos de existencia de referente material, éste servirá como criterio para la construcción del injusto, específicamente del desvalor de resultado. Será el referente material el que permita verificar la afectación funcional como peligro concreto.

Para esto debe tenerse presente la diferencia que de forma diáfana ha pretendido hacer la doctrina entre bien jurídico y objeto de la acción, diferencia ésta que cobra importancia tratándose de bienes jurídicos colectivos, los cuales, como hemos dicho, por naturaleza, representan contenidos inmateriales, difusos, y muchas veces abstractos.

Quizá por ello Hefendehl, de forma tajante, considera que *“si el bien jurídico no fuera nada distinto del objeto de la acción, se podría renunciar al primero con tranquilidad”*

64

64. ROLAND HEFENDEHL, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: *La teoría del bien jurídico*, cit. 179.

Ahora, si reconocemos la diferencia, ¿para qué entonces sirve encontrar el referente material?

La respuesta viene dada por la construcción del desvalor de resultado. Asumimos que es estos eventos, como el anterior, el tipo penal de peligro debe interpretarse como de peligro concreto. Como vimos, significa demostrar que ex post efectivamente se puso en peligro el bien jurídico, lo que en otras palabras significa asumir que el comportamiento peligroso, en relación con el bien colectivo, estuvo en un grado considerable de cercanía a su afectación total.

En la valoración del peligro concreto cobrará vital importancia el referente material, así. Supongamos que se intenta construir el injusto frente comportamiento descrito en el artículo 335 del Código Penal, que establece:

“Ilícita actividad de pesca. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, realice actividad de pesca, comercialización, transporte, o almacenaje de ejemplares o productos de especies vedadas o en zonas o áreas de reserva, o en épocas vedadas, en zona prohibida, o con explosivos, sustancia venenosa, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”

Con lo que hemos venido diciendo, se tratará de un tipo de peligro, específicamente concreto, que castiga la puesta en peligro efectivo del bien jurídico colectivo “medio ambiente”. Deberá realizarse primero un comportamiento peligroso, que considerado ex ante, y a partir de la forma y clase en que se llevó a cabo, resulta apto para causar una afectación al bien jurídico, afirmando con ello la presencia del desvalor de acto. Tratándose de un tipo penal que remite a una regulación administrativa particular, la peligrosidad o desvalor de acto se verificará con el simple incumplimiento de lo dispuesto en las normas pertinentes a las que remite. Ahora, desde el punto de vista del desvalor de resultado, servirá como parámetro

de interpretación el objeto o referente material en que recae el comportamiento, esto es, los recursos fáuticos relacionados con la actividad pesquera. Deberá preguntarse el juzgador, desde un punto de vista ex post, si el peligro concreto se dio o no, construyendo la interpretación a partir de los referentes materiales conculcados en conjunto, ya que, por ejemplo, no es lo mismo afirmar el peligro concreto si se realizó ilícita actividad de pesca, con una finalidad deportiva, mediante la técnica del anzuelo, lográndose atrapar unos pocos animales, o incluso ninguno, que afirmar el peligro concreto si se realizó ilícita actividad de pesca, con una finalidad comercial, mediante el uso de explosivos, lográndose atrapar bastantes animales. En el primer caso, conforme a lo que se ha expresado, el comportamiento peligroso no puso en peligro concreto el bien jurídico, en el segundo caso sí. Téngase en cuenta que al medio ambiente como bien jurídico subyace una función específica en relación con ciertos bienes individuales. Si no se exige la perturbación de esa función, aunque sea en términos de peligro concreto, el injusto se verificaría con el simple incumplimiento de la normatividad administrativa, lo que para nuestro caso sería sólo la creación del riesgo jurídicamente desaprobado o la peligrosidad ex ante del comportamiento.

En el caso visto, si afirmamos la posibilidad de lesión autónoma, cualquiera podría decir que en ambas hipótesis hay injusto, por ejemplo, diciendo que la perturbación del bien jurídico medio ambiente se verificó con *“la afectación de la tranquila existencia del bien jurídico puesto en peligro”*, utilizando palabras de la tesis de Binding. Afirmar la lesión autónoma, entonces, puede dar lugar a interpretaciones amplias y vagas en la construcción del desvalor de resultado, no siendo así si se ha afirma el peligro concreto, como se ha venido diciendo.

El referente material, por ejemplo, lo constituye el documento en los tipos de falsedades. Por eso es que, un atentado contra la fe pública requiere de la constatación de la aptitud probatoria del documento falsificado. No es que sea lo

mismo documento (objeto material del tipo) que bien jurídico (fe pública)⁶⁵, lo que ocurre es que el referente material sirve para fundamentar en qué casos se afecta funcionalmente el bien jurídico.

En igual sentido, frente al tipo penal de fraude procesal, lo constituirá el medio con el que se busca inducir a error. Por ello es que se exige, con razón, que el medio sea idóneo para lograr el resultado. A partir del objeto se valora la afectación funcional del bien jurídico recta y eficaz impartición de justicia.

3.3. El caso de la construcción normativa del injusto mediante la sola afectación funcional

Se trata de eventos en donde se protegen bienes jurídicos colectivos, y no es posible desde el mismo tipo identificar en concreto bienes jurídicos individuales que se protejan, pero tampoco es posible encontrar en la descripción referentes materiales de la acción.

Este puede considerarse el caso más complejo dentro de los llamados bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.

A nuestro parecer, es frente a estos casos que la doctrina utiliza la expresión “delitos de peligro abstracto”, pues los dos anteriores eventos, al tener, bien sea claramente identificado el bien jurídico individual protegido indirectamente, o bien algún referente material que permita valorar el peligro efectivo, es posible decir, de una forma más simple, que se tratan de hipótesis peligro concreto⁶⁶.

65. El ejemplo es también referenciado por Roxin. Crf. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, cit., p 62.

66. La profesora Teresa Rodríguez Montañes denomina estos casos como delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, así: “*Con esta categoría quisiera hacer referencia a aquellos delitos de peligro abstracto en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o «intereses difusos» no reconducibles a bienes individuales, sino que se refieren a estructuras*”

En este escrito hemos partido de lo siguiente: en estos eventos, como en los dos anteriores, todo delito de peligro debe ser interpretado como de peligro concreto, por lo que, desapareciendo los delitos de peligro abstracto, salvo que, como se propone se interpreten de diversa manera, nos corresponde justificar cómo se construye el desvalor de resultado y por ende el injusto en este tipo de casos.

Lo particular y complejo de este evento, en relación con los anteriores, es que la construcción del peligro concreto dependerá, esencialmente, de la interpretación normativa que se dé al tipo, en relación con el bien jurídico y la función que supone el mismo.

Debe tenerse en cuenta que, aun cuando el peligro supone una valoración posterior de la conducta, y de ahí que constituya el desvalor de resultado, siempre deberá ser interpretado normativamente, máxime si existen eventos como el estudiado, en el cual, por un lado, el bien jurídico tiene componentes difusos, y por otro, no hay referentes materiales hacia donde reconducirlo. Que sea normativo supone aceptar que debe valorarse siempre la perturbación funcional causada con la conducta peligrosa realizada respecto del bien jurídico, situación que debe ser diferenciable de la que existía antes de la realización comportamental.

Corcoy Bidasolo, en este punto expresa que:

“La doctrina que incluso puede considerarse dominante en Alemania, niega que se pueda hablar de peligro en sentido puramente objetivo y entiende que el peligro es algo valorativo. Este planteamiento es parcialmente cierto, por cuanto no puede discutirse que el concepto de peligro que nos interesa, desde la perspectiva del Derecho penal, es un peligro cuya determinación exacta

o instituciones básicas del Estado o del sistema social”. TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 300.

*requiere una valoración, pero para que se pueda llevar a efecto esa valoración previamente debe de existir el peligro*⁶⁷.

Así las cosas, uno de los tipos penales que se agrupa en estos casos es el referente al concierto para delinquir, que se consagra en el artículo 340 del Código Penal, y que establece en su primer inciso lo siguiente: *concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.*

No se trata el tipo penal anterior de aquellas descripciones comportamentales que, protegiendo bienes jurídicos colectivos, permiten encontrar desde su misma redacción típica bienes jurídicos de carácter individual desde los cuales se permita valorar el peligro concreto. Ello es así porque el bien jurídico protegido en este caso es la seguridad pública, y desde ésta no es posible concretar, ex ante, es decir, al momento de la realización del comportamiento, qué bienes jurídicos individuales protege indirectamente. Efectivamente, si la consideración se hace desde un punto de vista ex post, es posible decir que se protege por ejemplo la vida, la libertad o el patrimonio económico, dependiendo de la finalidad con la cual se hizo la asociación para la comisión de delitos. La determinación anterior no es posible realizarla ex ante porque sería tanto como decir que se protegen de forma indeterminada todos los bienes jurídicos individuales, e incluso colectivos, que existen, lo que en nada serviría para la construcción del desvalor de resultado como se ha venido haciendo en este escrito.

Tampoco se trata, en el tipo penal de concierto para delinquir, de aquellas descripciones comportamentales que, protegiendo bienes jurídicos colectivos, permiten encontrar desde su misma redacción típica referentes materiales de la

67. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Monografías, N° 132, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 36.

acción desde los cuales se construya la valoración relativa al desvalor de resultado. Ello es así porque se castiga simplemente la asociación con una finalidad determinada, lo que no permite decir, ex ante, en qué referentes materiales recaerá la conducta, desde donde se pueda valorar, posteriormente, que el comportamiento puso en peligro efectivo la seguridad pública.

Ahora, ¿si el tipo penal anterior no puede agruparse en ninguno de los dos eventos explicados, cómo debe construirse entonces el injusto penal? Se ha venido diciendo que el injusto penal requiere tanto un desvalor de acto como un desvalor de resultado, y que el desvalor de acto, en los términos explicados, puede reconducirse a la peligrosidad del comportamiento, esto es, a la idoneidad del mismo para producir una afectación al bien jurídico.

El desvalor de acto en el tipo penal de concierto para delinquir consistirá en la valoración negativa que ha hecho ya el legislador de aquellas asociaciones de personas que tengan como finalidad la comisión de delitos, y que, de acuerdo a la clase y modalidad comportamental, resulten idóneas para afectar el bien jurídico seguridad pública.

Si por ejemplo, Juan, Luis y Pedro, sin más consideraciones especiales, deciden cometer delitos contra el sistema financiero, ese acto ni siquiera contendrá desvalor de acto. Ese sólo convenio, sin más, de acuerdo a la finalidad (la comisión de delitos contra el sistema financiero), y en atención a las calidades de las personas (sin conocimientos especiales en el sistema financiero), no resultará peligroso para el bien jurídico seguridad pública.

Ahora, siguiendo con el mismo ejemplo, si la asociación se da entre tres personas que de alguna manera conocen el manejo del sistema financiero, evidentemente se

tratará de un comportamiento peligroso y por ende constitutivo de desvalor de acto.⁶⁸

Lo que no se comparte aquí es que la sola verificación del comportamiento anterior sea suficiente para configurar el injusto penal, pues, por nuestra parte, no se cree que el comportamiento peligroso ex ante puesto en peligro efectivo el bien jurídico, ya que, como se ha venido diciendo, la única forma de legitimar la descripción comportamental es entendiéndolo como de peligro concreto.

Vista la construcción del desvalor de acto, nos preguntaremos ahora cómo construir el desvalor de resultado.

Se ha dicho que en estos últimos eventos la construcción debe ser esencialmente normativa, en atención a lo regulado por cada tipo penal. El tipo penal protege la seguridad pública y castiga que varias personas se concierten con el fin de cometer delitos. Como vemos, la finalidad del tipo penal se entiende como un elemento subjetivo distinto del dolo, elemento desde el cual se construirá la valoración de la afectación al bien jurídico.

Exigimos que la finalidad se materialice, no desde el cumplimiento de ella, pues entendemos que no se exige la consumación del tipo o los tipos para los cuales se hizo la asociación, ni siquiera en grado de tentativa; sino desde un acto externo que permita verificar el acto de asociación. El acto externo debe ser un plus respecto de la sola intención y puede ser estar en un estadio previo al comienzo de ejecución. Nos referimos con esto, por lo menos, al espacio de los actos preparatorios, los

68. No significa lo anterior que se asuman tesis peligrosistas, pues, como se ha dicho, se construye el desvalor de acto con la peligrosidad del comportamiento, lo que evalúa la forma y clase en que la conducta se llevó a cabo, y la hará idónea, ex ante, para producir la lesión. Sin embargo, no sólo el desvalor de acto construirá el injusto, pues siempre se exige de valoraciones objetivas frente al bien jurídico; no teniendo en cuenta la persona que realizó el acto

cuales, por sí solos, comportan un desvalor de acto propio, desde los que se valora la peligrosidad del comportamiento. Es decir, en la medida que se castiga la asociación para cometer delitos, se propone en este trabajo que el desvalor de resultado (el peligro concreto), se verifique con el cumplimiento, por lo menos, de un desvalor de acto en el tipo para el cual se realizó la asociación, lo que en otras palabras sería exigir que la asociación haya causado un comportamiento peligroso ex ante para el bien jurídico autónomo que también se protege mediante el tipo penal. No exigir la comprobación del desvalor de resultado sería castigar con la sola existencia del desvalor de acto.

Debe diferenciarse entonces que hay un desvalor de acto propio para el tipo penal de concierto para delinquir (que la asociación resulte idónea para la afectación del bien jurídico de la seguridad pública), lo que se verifica con las circunstancias que rodearon el comportamiento, y que hay un desvalor de resultado para el tipo de concierto para delinquir (que la asociación haya conducido, por lo menos, a un desvalor de acto frente al tipo para el cual se hizo la asociación), por ejemplo, que se decida el cómo, dónde y de qué manera, se va a realizar la comisión de delitos contra el sistema financiero, continuando con el ejemplo mencionado.

El análisis frente a tipos penales que no exijan de conocimientos especiales en sus autores sería similar al anterior, lo que ocurre es que, en estos casos, la sola asociación resultaría idónea ex ante para la afectación del bien jurídico seguridad pública. En relación con el desvalor de resultado la conclusión sería igual (que la asociación haya conducido, por lo menos, a un desvalor de acto frente al tipo para el cual se hizo la asociación).

Recapitulando, mediante un ejemplo más detallado, tenemos:

Juan, Pedro y Simón, tres trabajadores dedicados al oficio de la carpintería, deciden un día, sin realizar más actos, asociarse para la comisión de delitos contra el sistema financiero. En este caso no habría desvalor de acto.

Juan, Pedro y Simón, tres trabajadores del sistema bancario, deciden un día, sin realizar más actos, asociarse para la comisión de delitos contra el sistema financiero. En este caso habría desvalor de acto, más aún no de resultado, en la medida que el comportamiento es peligroso para la afectación de la seguridad pública.

Juan, Pedro y Simón, tres trabajadores del sistema bancario, deciden un día, asociarse para la comisión de delitos contra el sistema financiero, para lo cual estipulan la forma en la que van a actuar y cómo pretenden cometer los delitos, en atención a sus conocimientos y a sus funciones específicas. En este caso hay desvalor de acto y desvalor de resultado del tipo de concierto para delinquir, desvalor último que se verifica con la peligrosidad del comportamiento por el que se realizó la asociación.

Debe dejarse claro que no se propone aquí que se realice por lo menos un acto de tentativa frente al bien jurídico por el cual se hizo la asociación, pues en ese caso daría lugar a un concurso entre el concierto para delinquir y la tentativa de delito. No se habla pues aquí de tentativa pues una cosa es el comportamiento peligroso; y otra, muy distinta, el peligro efectivo para el bien jurídico, que daría lugar a la tentativa. Es decir, nadie puede afirmar, en el último ejemplo visto, sin agregar nada más, que hay lugar a una tentativa frente al delito en particular.

Aunque ya parece estar clara en el texto la diferencia que se ha recalcado entre peligro y peligrosidad, en el sentido de afirmar con las expresiones cada una de las desvaloraciones del injusto, respectivamente, parece oportuno ahora traer a colación la diferenciación que entre los términos vistos plantea Hans Joachim Hirsch, así: *“La apropiada distinción fundamental sería la de peligro (concreto), en el que se ha entrado un bien jurídico (igual a peligro en sentido propio) y peligrosidad (concreta) (capacidad de riesgo) (Riskantheit) de una acción. Ambos quedan determinados por puntos de vista parcialmente distintos puesto que el primero es*

*un estado, mientras que, por el contrario, el segundo se refiere a una cualidad del hecho*⁶⁹.

Del peligro y la peligrosidad, como realidades independientes, se hablaba incluso por parte de uno de los precursores de la “dirección técnico jurídica”. Así, aun cuando no referenciándolo expresamente a los desvalores de acto y resultado, sí se referenciaban las expresiones de peligro objetivamente y subjetivamente considerado, siendo la primera referida a la potencialidad de daño de acuerdo a algún resultado producido en el mundo exterior; y la segunda, referida a la peligrosidad. *“El peligro, subjetivamente considerado, es la previsión lógica actual de la verificación, más o menos próxima, de una realidad desfavorable. El peligro, subjetivamente considerado, se refiere a la personalidad del agente, y puede deducirse aun de manifestaciones no constitutivas de delito. Bajo el aspecto objetivo peligro es la potencialidad actual de daño, o de mayor daño, ínsita en una determinada situación o modificación del mundo exterior”*⁷⁰.

Lo que se busca entonces es que, en estos casos, el tipo penal se interprete para que pueda encontrarse en él la exigencia del desvalor de resultado, de la forma como se ha hecho aquí con el tipo penal de concierto para delinquir, y de acuerdo con la afectación funcional que contiene el desvalor mencionado. La interpretación por lo tanto deberá realizarse justificando en todo caso la relación existente entre conducta peligrosa, bien jurídico y afectación de la función instrumental del mismo.

La tesis que se propone pretende ser garantista y restrictiva, de cara con la interpretación que se busca del peligro concreto en todos los delitos de peligro. De lo contrario, asumir una tesis de peligro abstracto en estos últimos eventos, llevaría a castigar, bien con la presunción del peligro, o bien, como parece hacerse por la

69. HANS JOACHIM HIRSCH, “Peligro y peligrosidad”, en: *Derecho Penal Obras Completas*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 1999, p. 82.

70. VINCENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1948, p. 87.

jurisprudencia —como veremos luego—, con la simple verificación del desvalor de acto, negando la tesis del injusto dual que se ha aquí justificado.

Se ha pretendido, a través de la abstracción de los conceptos de bien jurídico, desvalor de acto y de resultado, peligro y peligrosidad, la formulación de una teoría⁷¹ de interpretación de los delitos de peligro abstracto, haciendo compatible y restrictiva su aplicación dogmática a los casos concretos.

A todo esto, las premisas que sustentan la misma, y de la cual surge la conclusión que se expresará, son:

- Es finalidad del Derecho Penal en nuestro ordenamiento la protección de bienes jurídicos —los cuales deben entenderse dentro de la corriente de pensamiento del Positivismo Jurídico—, por lo que los mismos se constituyen como el eje de construcción y valoración del injusto.

La función de la norma penal es dual, por lo tanto, la construcción del injusto penal de cara con la norma debe realizarse exigiendo dos valoraciones negativas (en sede de acción y en sede de resultado) o, en otros términos, (peligrosidad y peligro).

- En los delitos de peligro, la exigencia de un desvalor de resultado comprobable es un requisito necesario, aun cuando no suficiente, para la atribución de responsabilidad penal. Por lo tanto, entendiendo que el peligro debe ser un elemento de todos los tipos que asumen esa forma de

71. *“En la investigación corriente, teoría equivale a un conjunto de proposiciones acerca de un campo de objetos, y esas proposiciones están de tal modo relacionadas unas con otras, que de algunas de ellas pueden deducirse las restantes. Cuanto menor es el número de los principios primeros en comparación con las consecuencias, tanto más perfecta es la teoría. Su validez real consiste en que las proposiciones deducidas concuerden con eventos concretos. Si aparecen contradicciones entre experiencia y teoría, deberá revisarse una u otra. O se ha observado mal, o en los principios teóricos hay algo que no marcha. De ahí que, en relación con los hechos, la teoría sea siempre una hipótesis”* MAX HORKHEIMER, *Teoría crítica*, Buenos Aires – Madrid, Amorrortu Editores, 2003, p. 223.

criminalización, la relación de éste con el bien jurídico constituirá el desvalor de resultado en los casos referenciados.

- En los bienes jurídicos colectivos, la lesión o el peligro (desvalor de resultado), se verifica mediante la afectación funcional que da esencia al bien colectivo, dada su naturaleza instrumental frente a bienes jurídicos individuales.
- Para la verificación de la afectación funcional se utilizan unas pautas o criterios de argumentación que deben guiar al interprete, así: cuando se trate de adelantamiento de barreras de protección de bienes jurídicos individuales, la cercanía del peligro con éstos determinará el desvalor de resultado; cuando se trate de bienes jurídicos colectivos con referente material, la afectación funcional se verifica mediante la interpretación del estado del referente material en relación con la función encomendada al bien jurídico; y cuando, al tratarse de bienes jurídicos colectivos que no reconduzcan a ningún referente material, el desvalor de resultado —en relación con la función instrumental del bien jurídico— se interpreta de acuerdo a las pautas que el mismo tipo penal debe ofrecer para delimitar el resultado (a modo de lesión o peligro), en el entendido que, como se dijo, en todos los casos el peligro debe ser elemento del tipo.
- Como conclusión de lo anterior, todos los delitos de peligro deben ser entendidos como delitos de peligro concreto, en donde se exija un resultado a modo de desvalor, diferenciable de la valoración primaria negativa en sede de acto. Su aplicación no sólo será acorde con los parámetros dogmáticos vistos, sino, además, restrictiva y limitante del ejercicio del poder punitivo en la fase de creación de la norma e imposición de la pena.

4. El concepto de riesgo en los Delitos de Peligro Abstracto.

El riesgo ⁷², como concepto jurídico referido al Derecho Penal, ha venido encontrando una importancia trascendental a la hora de hablar de la conformación del injusto penal. Así, es común hacer referencia a los términos “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”, “aumento del riesgo” y “concreción del riesgo en el resultado. Esto, porque desde comienzos del siglo pasado tomó fuerza en la evolución de la dogmática penal la llamada teoría de la imputación objetiva.

Richard Honig, quien fundamentó las bases de la moderna teoría de la imputación objetiva desarrollada luego por Claus Roxin, expresa: *“En el intento de mostrar la propiedad específica del juicio de imputación frente al juicio causal, hay que partir del hecho de que el juicio de imputación presupone, como punto de referencia de un resultado, exclusivamente una conducta humana en el sentido de manifestación de voluntad”*⁷³.

En relación con lo mencionado por el autor, si bien parece evidente afirmar que el juicio de imputación objetiva presupone la existencia de una conducta humana, lo que ahora parece necesario recalcar es que desde comienzos de siglo la imputación objetiva requería, además de esa conducta (aquella que es catalogada como peligrosa o, también, generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado), de un resultado jurídico, visto no desde el plano fenoménico, sino valorativo.

Por eso, el mismo Honig menciona *“El segundo punto de apoyo para restringir el concepto causal filosófico lo ofrece el resultado. La ley lo fija como suceso, por medio de lo cual, él adquiere su significación jurídica. En él reside la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro”* ⁷⁴.

72. Por riesgo, en un sentido natural, entendemos la situación objetiva de peligro que existe para algo o alguien. Por lo tanto, la expresión riesgo, referenciando la posibilidad de un daño futuro, es valorada siempre ex ante. Así, esa posibilidad de peligro, valorada jurídicamente, asume luego características de permisón o prohibición, lo que determina, en últimas, la construcción del injusto penal de cara con el bien jurídico como fundamento de protección.

73. HONIG, Richard, “Causalidad e imputación objetiva” publicado en 1930, en: *Causalidad, Riesgo e Imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 114.

74. *Ibidem*.

Luego, Roxin, quien puede ser considerado el mayor exponente de la teoría de la que se viene hablando, intentó sistematizar ésta a partir de la agrupación de varios casos en niveles de imputación, así: primero evaluando la creación de un riesgo no permitido, segundo verificando la realización del riesgo no permitido y, por último, a través del nivel del alcance del tipo.

Ahora, no es posible afirmar que la teoría de la imputación objetiva sea solo establecida para los delitos de lesión, aceptando que en los delitos de peligro los criterios de imputación son distintos, al punto de requerir sólo del primer nivel de imputación. El mismo Roxin, establece: *“Los problemas de imputación se plantean no solo en los delitos de lesión, sino también en los delitos de peligro”*⁷⁵.

Una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado será aquella que, no guardando el cuidado debido, se presenta ex ante como idónea para afectar el bien jurídico, en términos de lesión o peligro concreto, superando el umbral permitido por el Derecho, en los casos en los cuales éste tolera o acepta ciertos riesgos para facilitar la convivencia social.

Si bien guardan una relación bastante cercana, los conceptos de riesgo y peligro, jurídico penalmente hablando no son sinónimos. Entendemos por riesgo o peligrosidad la valoración ex ante que concluye acerca de la posibilidad objetiva de daño a un bien jurídico, por lo que, con lo que se viene diciendo, el riesgo hace parte del llamado desvalor de acto. El peligro sería la valoración ex post que afirma que la conducta peligrosa efectivamente perturbó el bien jurídico, lo cual requerirá de la evaluación del bien jurídico frente al que se dio el riesgo, pues como se ha visto, en caso de ser colectivo deberá tener en cuenta la función del mismo.⁷⁶ Para nosotros,

75. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, cit. 403.

76. Autores como Luhmann, también proponen una diferencia entre riesgo y peligro, pero distinta a la que aquí se propone, así: *“Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así se diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre en relación a daños futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia*

por ejemplo, puede haber riesgo sin peligro, lo que ocurre, por ejemplo, en la falta al deber de cuidado que no produzca resultado alguno al bien jurídico. Si la falta al deber de cuidado ocasionó un resultado en el mundo exterior que casi termina en la lesión de un bien jurídico, existirá un peligro.⁷⁷

Como se ve, mencionada brevemente la teoría de la imputación objetiva, es posible plantear una sinonimia entre los conceptos de desvalor de acto, creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, violación objetiva al deber de cuidado⁷⁸ y peligrosidad de la conducta⁷⁹.

Todo desvalor de acto en el sentido que en este trabajo se defiende, será a su vez una violación al deber de cuidado, la que será también constitutiva de una conducta peligrosa ex ante. De allí que para efectos de garantía, en nuestra legislación, los tipos culposos requieran de un resultado con el cual se pueda hacer la valoración ex post.

En palabras del profesor Alfonso Cadavid Quintero, *“Claus Roxin y Gunther Jakobs, dos de los penalistas más influyentes de los últimos años, han venido proponiendo*

de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso, hablamos de peligro”. NIKLAS LUHMANN, *Sociología del riesgo*, Traducción de Javier Torres Nafarrete, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1992, p. 37,

77. Aun cuando afirmamos la existencia de un peligro efectivo, no admitimos, dogmáticamente, la posibilidad de plantear una tentativa culposa, pues se afirma que toda tentativa requiere de una finalidad lesiva al bien jurídico.

78. De ahí que, como se vio, algunos expliquen los delitos de peligro abstracto a través de los delitos imprudentes, pues es evidente que tienen muchos aspectos en común. Ahora, específicamente frente al concepto de riesgo permitido, ha sido la dogmática del delito imprudente quien, con mayor riqueza conceptual, ha explicado el concepto. Por ejemplo, Feijóo, explica la relación entre riesgo e imprudencia, así: *“La ciencia jurídico-penal se ha dado cuenta de que no siempre que existe un conocimiento de la peligrosidad abstracta de una actuación se puede hablar de imprudencia. Si así fuera, el derecho penal estaría actuando como un contrapeso insostenible para el desarrollo de la vida moderna y para el desarrollo de la vida en comunidad. En relación a esta constatación de la realidad se ha insistido muchas veces en la idea de que “toda conducta social encierra riesgos para los otros integrantes de la sociedad. A partir de esta idea surge la teoría del riesgo permitido como una teoría básica para el desarrollo de una teoría moderna del delito imprudente”* BERNARDO JOSÉ FEIJÓO, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá- Barcelona, Universidad Externado de Colombia-JM BOSCH, 2003, p.289.

79. Esto, salvo el caso denominado por Roxin como la disminución del riesgo, no existiendo en él imputación objetiva pues para el autor no se ha creado un riesgo no permitido. La salvedad se presenta pues, en el caso citado, debe valorarse el resultado de cara con el bien jurídico, lo que sería ya no sólo un aspecto referido al desvalor de acto, sino también al desvalor o valor de resultado.

que en la configuración del delito imprudente se suprima la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado; y han propuesto que su lugar lo ocupe la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, al entender que todo lo que constituye el contenido de la infracción del deber de cuidado, resulta explicado de manera más satisfactoria mediante los criterios de imputación objetiva”⁸⁰.

La relación de la teoría de la imputación objetiva a la propuesta que aquí se formula, se basa en el filtro que supone el ejercicio de ésta en cuanto a la atribución jurídica del resultado. La imputación, en términos normativos, hace que sólo algunas conductas merezcan un posterior estudio de reproche penal, pues deja de lado otros comportamientos que no alcanzan a colmar los niveles normativamente exigidos para la realización del juicio.

Es por eso que, no toda conducta generadora de un riesgo debe ser prohibida, pues, como se sabe, hay riesgos tolerados por el legislador; no toda conducta generadora de un riesgo prohibido, por ese sólo hecho, debe merecer sanción penal, pues se requiere de la producción de un resultado jurídico con el que guarde relación; y no todo resultado jurídico debe tener un comportamiento prohibido al que se le impute, pues puede que el resultado tenga otra causa relevante diferente al comportamiento. Si el juicio de imputación objetiva permitiera que se castigara sólo con la realización del comportamiento peligroso, se restringiría ampliamente la libertad al momento de actuar, porque son muchos los comportamientos humanos que generan riesgos prohibidos, sin abordar el tema la calificación que existe en cuanto a la prohibición o permisión de riesgos, pues también puede afirmarse que casi todo comportamiento humano genera riesgos al momento de su exteriorización.⁸¹

80. ALFONSO CADAVID QUINTERO, “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal”, en: *Nuevo Foro Penal N° 61*, Bogotá, Temis, 1999, p. 64.

81. Relacionado con lo anterior, Wolfgang Frisch, considera que “casi toda acción (conducta) puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien. Ello no puede bastar para desaprobado la conducta, pues de lo contrario las limitaciones de la libertad alcanzarían una magnitud tal en la que nadie está interesado. Para una prohibición debe atenderse únicamente a un círculo mucho más estrecho

Con lo dicho hasta ahora, se ha pretendido expresar que, en materia de injusto, una cosa es el desvalor de acto, y otra el de resultado, y que, llevados ambos términos a la teoría de la imputación objetiva, una cosa es que se cree un riesgo desaprobado por el ordenamiento, y otra que se materialice el riesgo en el resultado, a través de la afectación del bien jurídico. Entonces, no hay injusto cuando solo hay desvalor de acto, y no hay imputación cuando solo hay creación de un riesgo desaprobado.

Como bien lo menciona Günter Stratenwerth: *“La cuestión de si el resultado producido se basa en un peligro creado o aumentado por el autor se puede decidir adecuadamente sólo según una irrestricta apreciación ex post”*⁸².

Lo anterior opera para los delitos de lesión y los delitos de peligro, lo que ocurre es que en estos últimos, el criterio de la realización del riesgo en el resultado, o del desvalor de resultado, exige que se puedan comprobar ex post las circunstancias en las que se encontraba el bien jurídico antes de la conducta peligrosa, y en las que se encuentra una vez realizada ésta. Este proceso solo es posible realizarlo en los delitos de peligro concreto.

Podría establecerse que el concepto de riesgo en materia penal referencia la valoración que se hace de una conducta, considerada desde una perspectiva ex ante, unida a la forma y clase en que se lleva a cabo, que puede lesionar o poner en peligro efectivo un bien jurídico, por lo que el legislador, haciendo uso de su potestad de libre configuración normativa, solo hasta cierto punto la considera permitida, y a partir de allí, será desaprobada.

Es por ello que el riesgo jurídicamente desaprobado tiene que ver con la desvaloración en sede del acto que fundamenta la construcción inicial del injusto.

de formas de conductas punibles” WOLFGANG FRISH y RICARDO ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 25

82. GÜNTER STRATENWERTH, “Observaciones sobre el principio del incremento del riesgo” (1973), en: *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 205

En los delitos de peligro que protegen bienes jurídicos colectivos, el criterio de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado parece tener mayor incidencia en la construcción del injusto que el criterio de la materialización del riesgo en el resultado. Aceptar lo anterior no desconoce la construcción dual del injusto que se viene sosteniendo siempre y cuando se exija por lo menos un mínimo comprobable de desvalor de resultado.

En ocasiones, como en el tipo penal de concierto para delinquir, el legislador asume que la asociación con la finalidad de cometer delitos es *per se* una conducta reprochable al atentar contra el bien jurídico colectivo de la seguridad pública, por lo que se ha venido interpretando que la conducta que crea el riesgo desaprobado por el Derecho (la asociación con esa finalidad), colma el injusto en su totalidad.

Ahora bien, tanto en los delitos de peligro como el mencionado, como en las demás formas de protección de bienes jurídicos, el legislador asume que para el correcto desenvolvimiento social es necesario permitir ciertos riesgos que *ex ante* también supongan lesión o peligro a los objetos de protección.

La permisión de esos riesgos no desaparece el carácter peligroso del comportamiento, pero sí lo hace irrelevante para el Derecho Penal, por ejemplo, cuando se permite que, en ciertas circunstancias, particulares porten armas e incluso se asocien en empresas de seguridad privadas, situaciones estas que vistas desde una perspectiva *ex ante* representan riesgos a bienes jurídicos individuales e incluso colectivos como la seguridad; pero que han sido valorados hasta cierto punto como permitidos por el mismo legislador.

La imputación objetiva, como criterio jurídico de atribución de resultados, establece que, por lo menos, la conducta debe superar el umbral de permisión establecido por el legislador y materializarse en el resultado producido por el mismo riesgo desaprobado.

Como se ve, a manera de conclusión, lo que tiene que ver con el concepto de riesgo en la actual discusión del Derecho Penal, en la línea con las posturas funcionalistas del Derecho Penal, se centra en establecer la naturaleza dual de la norma penal o su justificación monista.

5. Tratamiento jurisprudencial del tipo penal de concierto para delinquir

Nuestra Corte Suprema de Justicia se ha referido en varias ocasiones a la configuración del delito de Concierto para delinquir, en especial a la modalidad agravada, analizando sus elementos típicos y dando claridad sobre su postura en relación con la configuración del injusto penal.

No teniendo por objeto la presente investigación la delimitación de una línea jurisprudencial, se analizarán algunas providencias en relación con asuntos dogmáticos del tipo, más que siguiendo una línea cronológica, pudiendo al final extraer conclusiones frente al tratamiento jurisprudencial por el que nos preguntamos.

En la lectura jurisprudencial que se hizo se intentó ubicar la posición de la Corte Suprema frente a varios temas: definición de bienes jurídicos colectivos y en específico del bien jurídico de la Seguridad Pública, desvalor de acto y resultado y creación del riesgo desaprobado a través de la conducta descrita.

5.1. En cuanto al bien jurídico colectivo de la seguridad pública⁸³

83. Aunque en legislaciones como la española, el delito de asociación ilícita, que puede equipararse al delito de concierto para delinquir, no hace parte del bien jurídico seguridad colectiva, sí es viable decir que para algunos, como la profesora Susana Soto Navarro, a partir de planteamientos funcionalistas de la teoría de sistemas, el bien jurídico de la Seguridad Colectiva, que puede equipararse a la Seguridad Pública en Colombia, no es un bien colectivo, así: *“Característica fundamental de los bienes colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, prima facie, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por todos. Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición. En base a esta nota de indivisibilidad, considero que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se*

Frente a la definición de bien jurídico, en sentencia del ocho (8) de junio de (2011), en proceso con radicado 30097, la Corte tomó un concepto propio del modelo finalista puro promovido por Hans Welzel, en el cual, debe recordarse, la función de la pena se establecía partir de criterios de prevención general positiva, como el reforzamiento de los valores ético sociales.

En esa oportunidad dijo la Corte:

“El bien jurídico, definido como “todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones”, cuya suma representa el Orden Social, no es para la teoría finalista de la acción el fin último del derecho penal, sino la “protección de los valores ético- sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales. Para Welzel, la respuesta punitiva del Estado cuando se produce el ataque a esos bienes jurídicos que protege la norma penal, recae con mayor acento en el desvalor de acto para asegurar la vigencia de esos valores ético sociales del colectivo, que garanticen el respeto por esos bienes”

Aun cuando no se afirme aquí que la posición dogmática asumida en la sentencia que se analiza sea toda la que permea el pensamiento de la Corte Suprema, sí es importante establecer que el referente doctrinal, de manera textual citado por la Corte, es Hans Welzel, esto es, una corriente de pensamiento finalista.

Debe recordarse, como se vio en páginas atrás, cómo el mismo autor acepta que lo determinante en la constitución del injusto penal es el desvalor de acto, siendo el de

pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales, como es el caso, en especial, de los implicados en los delitos contra la seguridad colectiva”. SUSANA SOTO NAVARRO, “Concreción y lesión de bienes jurídicos colectivos”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Fasc/mes 3 2005, España, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado BOE, p, 887.

resultado apenas accesorio e incluso negado en eventos como el de los delitos de peligro.

Así pues, con base en esa corriente doctrinal, la cual parece no ser la adecuada a los pronunciamientos constitucionales también vistos, es posible configurar el injusto con el solo desvalor de acto.

En cuanto al bien jurídico seguridad pública, la misma sentencia acabada de mencionar, expresa:

“Esos bienes jurídicos que no se pueden considerar atomizadamente sino integrados al Orden Social y que trascienden la esfera individual de afectación para inscribirse en la protección de valores conglobantes que apuntan a la dignidad de la persona, adquiere connotación especial en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que soportan la estructura ontológica del delito de Concierto para Delinquir, en los que el desvalor de la conducta cobra su significado preciso adscribiendo el tipo penal al campo de los delitos que la doctrina acuña como de mera conducta y de peligro abstracto, en los que no se exige un resultado físico material y se presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, aunque tal presunción no implique abandonar el juicio de antijuridicidad material o lesividad”

Frente a la seguridad pública, continúa la Corte Suprema diciendo:

“La seguridad pública es condición para el ejercicio de los derechos y libertades que estructuran otros bienes jurídicos. Desde esa perspectiva, distanciándose de cualquier consideración ética, la Sala ha explicado cómo debe entenderse, en la hora actual, el bien jurídico de la seguridad pública, de manera que lo menos que se puede decir en ese giro conceptual, es que la seguridad pública no responde a políticas públicas de mera conservación del statu quo. En cuanto a la definición del bien jurídico, hay que reconocer que

es de la esencia de los bienes jurídicos colectivos su vaguedad en los contornos que los definen, debido, entre otras cosas, por estar constituidos solamente por valoraciones carentes de sustrato material, como ocurre, por regla general, con los llamados bienes jurídicos individuales”.

También, en sentencia del veintiuno (21) de febrero del (2011), en proceso con radicado 27918, se expresó, frente al mismo bien jurídico, lo siguiente: *“Esa comprensión del concepto de seguridad como bien jurídico, la relación con la libertad y la ponderación entre esos principios, permite una aproximación distinta al tipo penal en orden a determinar dentro de la imprescindible armonía entre conducta y tipicidad estricta, el actual sentido del aparte segundo del artículo 340 del código penal.”*

Como se ve, la Corte plantea una definición de Seguridad a partir de la teoría personalista de los bienes jurídicos⁸⁴.

Por nuestra parte se comparte esa forma de concepción de los bienes jurídicos colectivos e individuales, incluso a partir de ella, es que en este trabajo se pretenden reformular los tipos de peligro abstracto como tipos de peligro concreto, lo que se critica, sí, es que considerar la seguridad pública de una forma tan amplia como lo hace la sentencia con la referencia doctrinal, podría hacer más fácil la justificación del desvalor de resultado, por ejemplo, especificando, que la conducta peligrosa ex ante, causó, ex post, un peligro efectivo al ejercicio de libertad de los demás ciudadanos, siendo esto una simple argumentación de la cual no sea posible hacer comprobaciones empíricas que actúen como garantías a favor del procesado.

5.2. En cuanto a la configuración del injusto penal

84. El profesor Sternberg-Lieben, en búsqueda de la explicación del concepto personal de bien jurídico (aceptado por nuestra Corte Suprema), manifiesta: *“Éste parte de los bienes jurídicos fundamentales, mientras que los supraindividuales solo deben recibir protección jurídico-penal cuando puedan inferirse a partir de intereses individuales. En mi opinión, esta teoría refleja correctamente la relación entre el individuo y la sociedad establecida por el orden de valores de la Ley Fundamental para el ámbito penal”* DETLEV STERNBERG-LIEBEN, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad”, en: *La teoría del bien jurídico*, cit. 109.

Ahora, en lo referente a la configuración del injusto penal a través de sus dos desvaloraciones, se ha dicho lo siguiente:

En sentencia del veintitrés (23) de septiembre de (2003) en proceso con radicado 17089, la Corte expresó:

“En relación con el bien jurídico tutelado, la seguridad pública, el concierto para delinquir es un delito autónomo y de peligro, que se entiende derivado de la realización misma de la conducta incriminada; y respecto de su contenido, de mera conducta, por cuanto se reprime el simple comportamiento de concertarse con la finalidad indicada en él, es decir, “de cometer delitos”, sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la asociación criminal”. (Subrayas fuera del texto)

Por nuestra parte, como se concluirá posteriormente, creemos que lo adecuado sería entender el tipo penal de concierto para delinquir, si bien de peligro, también de resultado material. El resultado sería la exteriorización de la finalidad mediante un desvalor, por lo menos de acto, del delito por el cual se dio la asociación. Aunque no se exige aquí de la consumación del delito por el cual se concertaron los sujetos activos, la consagración del delito como de mera conducta haría que sea más sencillo justificar el injusto con la sola presencia del desvalor de acto.

Continúa la Corte con su exposición: *“el tipo penal de concierto para delinquir no solamente es predicable en los eventos donde se atenta contra los poderes públicos, o contra la existencia y seguridad del Estado; y tampoco exige la verificación de delitos contra la vida, ni atentados terroristas, etc. El simple hecho de ponerse de acuerdo para cometer delitos indeterminados, sea cual fuere su naturaleza, sea cual fuere el modus operandi, y sea cual fuere el cometido final, es ya punible”.*

Importante es manifestar que, aun cuando en la sentencia sí se verifican hechos que a nuestro parecer son mucho más que constitutivos de desvalor de acto de otros delitos⁸⁵, la argumentación que se subraya da a entender, por parte de la Corte Suprema de Justicia, que incluso sin importar el modus operandi de la asociación, el hecho es por sí solo punible. Cabe preguntarse entonces si para la Corte Suprema una asociación que no represente siquiera idoneidad para menoscabar, lesionar o poner en peligro el bien jurídico, merece reproche penal.

Si se ha seguido la exposición planteada en este trabajo, el simple hecho de ponerse de acuerdo, sin más, no podría ser constitutivo nunca de un desvalor de resultado, salvo que el último se presuma, o que, como también parece hacerse, en este tipo el desvalor de acto refunde el desvalor de resultado, cuestión que, como se ha demostrado, dogmáticamente sería incorrecto, ya que ambos conceptos obedecen a situaciones diferentes.

El simple hecho de ponerse de acuerdo, unido al modo o forma en que se lleva a cabo el comportamiento, es decir, las circunstancias que a él acceden, será una conducta peligrosa ex ante o, lo que es lo mismo, una conducta jurídicamente desaprobada por el ordenamiento. Lo que ocurre es que un entendimiento dual del injusto penal hace que no sea suficiente el solo hecho de ponerse de acuerdo para afirmar la responsabilidad penal, pues lo que aquí se propone para este tipo, al igual que para

85. En relación con todo el régimen de la celebración indebida de contratos, son enunciados por la misma sentencia, así: *“Las acciones y omisiones cometidas en desarrollo de dicha organización, imputables a los miembros de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, constituyeron la materialización de una verdadera asociación criminal concebida de antemano y dirigida a la comisión de indeterminados delitos, con el propósito final de apropiarse en beneficio personal o de terceros de buena parte del presupuesto asignado para el funcionamiento de esa Corporación Pública, a través de la comisión de los punibles que fueren necesarios. Al aprovechamiento personal del presupuesto de la Cámara, llegaron básicamente a través de la contratación pública, de suerte que en desarrollo de lo concertado, posteriormente, a través de cada contrato que lograron manipular avanzaron hacia sus objetivos, incurriendo en los delitos que en cada caso resultaron necesarios”*. Subrayas fuera de texto.

las demás formas de peligro, es que deben considerarse como formas de peligro concreto donde sea viable verificar el desvalor de resultado producido.

En sentencia del veinticinco (25) noviembre (2008), en proceso con radicado 26942, se establece:

“En ese sentido se debe convenir en que conversar con un paramilitar no necesariamente significa desde el punto de vista penal que ese hecho configure un delito, pero ese acontecimiento unido a otros elementos de juicio sí puede interpretarse como un indicio de un acto ilegal.” (Subrayas fuera del texto).

Del párrafo, distinto a lo que se dijo en la sentencia anteriormente citada, es posible extraer que sí se requiere hacer una evaluación en cuanto a la asociación, pues sería una interpretación extrema considerar que el sólo hecho de dialogar con alguien de quien se sabe pertenece a un grupo armado que ejerce la actividades ilícitas, es, por sí solo, un ilícito penal. Esto afirma que efectivamente el desvalor de acto requiere de evaluaciones no sólo de la intención de realización de la conducta, la cual, por más perversa que sea, sólo constituirá el desvalor en cuestión sí se demuestra que, unida a las circunstancias modales que la circundan, es generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado.

El cuestionamiento, entonces, radica, de las argumentaciones que siguen:

“Por lo tanto, “refundar la patria” o suscribir un nuevo “pacto social” no pueden ser por fuera de una política institucional los fundamentos de acuerdos con grupos al margen de la ley, pues si el grupo armado de por sí encarna un peligro para la seguridad pública, mayor será el riesgo si mediante supuestos consensos se propician espacios de acción para incidir ante la sociedad.

Como se comprende, no se trata de una imputación ética, para lo cual bastaría decir con Kant que “a la auténtica política le es imposible dar un solo paso sin

antes haber rendido homenaje a la moral”, sino de una imputación jurídica que se construye como todo proceso de alteridad, sobre la base del riesgo que generan las acciones de los grupos armados al margen de la ley contra el bien de la seguridad pública, entendido, según ya se indicó, como el conjunto de condiciones materiales mínimas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora, desde luego que en el documento de Santafé de Ralito no se dice que con él se pretende promover al grupo ilegal, pero se infiere de sus proclamas, pues “refundar la patria” implica aceptar, en las concretas condiciones de ilegalidad en que actuaban las autodefensas, que los pactos con los grupos ilegales por fuera de la institucionalidad eran una posibilidad válida” (Subrayas fuera del texto)”

Si bien el sólo hecho de dialogar con personas que se encuentran al margen de la ley no es por sí solo punible, como bien lo indica la Corte, lo que dependiendo del contenido de la conversación puede ser considerado incluso dentro del ámbito del riesgo permitido o tolerado por el legislador; causa asombro sí cómo en la sentencia parece confundirse desvalor de acto con desvalor de resultado, como si solo se exigiese una desvaloración.

Así, la imputación jurídica en los términos de la Corte se concreta en el riesgo que generan los grupos armados al margen de la ley, cuestión que, a nuestro parecer, unida al convenio concretado en los términos manifestados por la misma sentencia son un típico acto de desvalor de acción. Es decir, la acción es idónea, apta o jurídicamente desaprobada para afectar (en términos de peligro), el bien jurídicamente tutelado, esto es, la seguridad pública.

Pero de ahí a afirmar que, por los solos términos del convenio se pueda inferir la existencia del peligro efectivo al bien jurídico seguridad pública, hay mucho camino por recorrer. No es que se desconozca aquí la eventual potencialidad de la conducta

en cuanto a su relación de menoscabo con el bien jurídico. Por ello es que afirmamos desvalor de acto. Se critica es que la función atribuida al bien jurídico seguridad pública no se ve menoscabada con los simples acuerdos, los cuales, además, en cuanto a la finalidad ilícita del tipo, son inferencias que surgen del grupo con el cual se suscriben. Por eso exigimos más que los acuerdos en los términos planteados, pues, vistas así las cosas, técnicamente sólo se ha afirmado por la sentencia la presencia del desvalor de acción.

En sentencia de junio trece (13) de (2012), en proceso con radicado 32781, se dijo:

“Aun cuando la prueba del concierto ilícito tiene su mayor afluente en compromisos y alianzas electorales, no se debe perder de vista que estas formas contemporáneas de criminalidad afectan la seguridad pública y que allí es donde subyace el desvalor del injusto.

De acuerdo con ello se reitera que lo electoral es un componente del acuerdo y un medio para promover al grupo ilegal.

En ese contexto, es claro que la finalidad de la conducta corresponde al plan de autor y lo electoral se constituye en el medio para alcanzar dignidades con el fin de auspiciar intereses de las autodefensas, que es una singular manera de promover al grupo armado por fuera de la ley y de crear, o incrementar, el riesgo contra la seguridad pública” (Subrayas fuera del texto)

De la sentencia citada puede inferirse cómo la Corte Suprema, a nuestro parecer, confunde el desvalor de acto con el desvalor de resultado, incluso aceptando que el injusto en relación con el bien jurídico seguridad pública se basa en el simple incremento del riesgo a éste, si se tiene en cuenta el medio electoral como un medio idóneo para poner en peligro el bien jurídicamente tutelado.

Por su parte, en sentencia del veintinueve (29) de junio de (2011), en proceso con radicado 33.994, estableció la Corte Suprema lo siguiente:

“En ese orden, la creación o incremento del riesgo contra el bien jurídico de la seguridad pública admite ponderaciones del aporte, pues no es lo mismo, en el marco del juicio de exigibilidad personal y social, el peligro que al bien jurídico le crea la conducta de quien ostenta la condición de Congresista de la de quien aspira a hacerlo, o el comportamiento de quien por su fugaz tránsito o su paso episódico por el Congreso, no tuvo oportunidad de incidir en temas puntuales que beneficien en concreto a las autodefensas, aun cuando por la sola manera de acceder al cargo haya estado en potencialidad de hacerlo, situación que explica ese mínimo “desvalor de peligro”, indispensable para conferirle contenido a la efectividad del peligro de que trata la categoría dogmática de la antijuridicidad (artículo 11 de la ley 599 de 2000), que es a su vez una medida de la pena, pues la sanción se debe individualizar teniendo en cuenta “el daño real o potencial creado” (artículo 61 de la ley 599 de 2000).” (Subrayas fuera del texto)

Lo anterior, a nuestro parecer, es totalmente cierto frente al desvalor de acción, o mejor, en los términos de la sentencia, en la creación o incremento del riesgo. Lo que no se comparte es que esa potencialidad de peligro, por sí sola, justifique la conformación total del injusto. Se reconoce en esta sentencia que la Corte argumenta frente al juicio de peligro como fundamento de la antijuridicidad, pero se queda corto en él y solo logra justificar el desvalor de acto.

En sentencia del treinta y uno (31) de mayo de (2012), en proceso con radicado 31652, a nuestro juicio se volvió a aceptar que el simple incremento del riesgo justifica el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto, así:

“El tipo penal imputado en la acusación-artículo 340 del Código Penal-, se estructura atendiendo diversas formas de afectación de la seguridad pública en

una escala progresiva que no oculta la gravedad de las conductas, y por ello se sanciona: i) el acuerdo de voluntades para cometer delitos; ii) el acuerdo para promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley; y, iii) la ejecución material del acuerdo, consistente en promover, armar o financiar efectivamente grupos armados al margen de la ley; inscribiéndose los dos primeros comportamientos dentro de los denominados tipos de peligro y el tercero dentro de los de lesión” (Subrayas fuera del texto).

Debe preguntarse el intérprete, entonces, si de acuerdo con la redacción típica es posible interpretar la conducta descrita en el sentido de afirmar que en el concierto para delinquir la afectación a la seguridad (desvalor de resultado), se da con el simple acuerdo de voluntades unida a la finalidad ilícita, sin necesidad de comprobar nada más. De este punto es de donde surge la crítica que pretende solucionar la propuesta que aquí se presenta.

Continúa la Corte en esa sentencia, así:

“Sobre el contenido de la conducta y la manera como se manifiesta el concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover grupos armados al margen de la ley, cuando nace de consensos entre congresistas y actores armados, la Sala ha expresado:

“Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder- todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse no tanto en la creación de disfunciones institucionales- que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto-, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal, como puede ocurrir cuando por la influencia de las autodefensas se crean

condiciones materiales mediante inversión estatal en lugares donde la acción del paramilitarismo es evidente”.

Aquí es importante manifestar que, de acuerdo con la sentencia, si efectivamente se demuestra la creación de las condiciones materiales mediante la inversión estatal, este acto, en concordancia con nuestro planteamiento, sí será merecedor de reproche penal, pues podrá constituirse como una prueba de la afectación funcional necesaria para la justificación del desvalor de resultado, o lo que, de acuerdo a la propuesta teórica aquí establecida, constituirá el desvalor de acto que materializa la finalidad ilícita del tipo de concierto para delinquir.

Se le reconoce a la Corte en algunas decisiones judiciales el hecho de explicar el bien jurídico y su afectación a través de la perturbación funcional a la seguridad pública; lo que ocurre es que las justificaciones en concreto del desvalor de resultado terminan siendo bastante abstractas y difusas, tal vez por la imposibilidad de concreción material del bien jurídico de la seguridad pública⁸⁶.

6. Conclusiones

La criminalización de comportamientos a modo de tipos de peligro abstracto es una constante en las legislaciones penales actuales. En Colombia, no son pocos los casos de los tipos penales que acuden al “peligro” como fundamento del injusto. La anticipación de la protección penal de bienes jurídicos a estadios previos a su lesión, supondrá siempre una pregunta frente a la legitimidad de un Derecho Penal, con

86. En España, por ejemplo, y aun cuando el bien jurídico de acuerdo a la denominación sistemática del Código Penal no sería la seguridad pública, se ha dicho, frente al tipo de Asociaciones Ilícitas, que sería el referente más cercano al tipo penal de Concierto para delinquir, lo siguiente: Desde el punto de vista político-criminal, la inclusión de estas conductas en el CP es, a nuestro modo de ver, discutible, pues no están protegiendo un bien jurídico específico, sino reprimiendo comportamientos que, suponiendo un abuso del ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente, pueden ser peligrosos por ser la “antesala” de la lesión o la puesta en peligro de otros bienes jurídicos protegidos por el CP. En realidad, lo que se está haciendo es convertir en delitos *sui generis* comportamientos que no son sino actos preparatorios de un delito o, cuando menos, actos cuya lejanía con la efectiva lesión del bien jurídico es evidente. BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, “Delitos contra la Constitución”, Lección 52, en: *Compendio de Derecho Penal español*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 948.

características de mínimo, en aquellos eventos donde reviste una importancia superlativa el desvalor de acto en comparación con el juicio sobre el resultado jurídico.

A partir de las razones que pregonan la existencia de un Derecho Penal rodeado de garantías y que justifican su intervención sólo cuando se demuestre una perturbación de bien jurídico penalmente tutelado, consideramos que el delito de peligro abstracto es, por esencia, ilegítimo, en atención a que sus contenidos no se corresponden con las exigencias del injusto penal dual al que parece reconducir un Derecho Penal mínimo. Un planteamiento conclusivo similar lo expresa el profesor Sergio Moccia, así:

“En este contexto queremos recalcar la incompatibilidad existente, desde diversas perspectivas entre la utilización de tipos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en un sentido formal y substancial. Nos referimos, como es de sobra conocido, a supuestos de hecho cuya realización, desde el punto de vista de la ofensividad, no requieran ni la causación de un daño, ni la creación de un peligro real para el bien en cuestión. De hecho, la total ausencia de lesividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, soslayando cualquier otra consideración, hace difícilmente aprehensible el desvalor del acto, tanto para la globalidad de los ciudadanos como para el eventual reo. Éste no podrá darse cuenta de la extrema gravedad de su conducta —solo «abstractamente» peligrosa—”⁸⁷

Bien sea por el fenómeno de la sociedad del riesgo, o por razones que miran con la libertad de configuración legislativa, lo cierto es que, para llegar a la conclusión de afirmar la ilegitimidad de los delitos de peligro abstracto, es necesario realizar un

87. SERGIO MOCCIA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, JM BOSCH, 1997, p. 136

estudio riguroso de la conformación del injusto en estos esquemas, sobre todo, en lo que tiene que ver con el desvalor de resultado donde se concreta el juicio de lesividad de la conducta.

El injusto requiere una evaluación a partir del que es su fundamento de existencia: “el bien jurídico”. Debe tenerse presente que, independiente del contenido del bien jurídico, su existencia no depende de las críticas o consideraciones que desde un punto de vista externo se le formulen. La valoración de los bienes jurídicos colectivos requiere de la anterior premisa, pues realmente existen como bienes jurídicos aun cuando consideremos que, en muchas ocasiones, no deberían existir.

Otra cosa es que afirmemos su legitimidad solo si sirven de instrumentos o medios para la protección del individuo, a partir de los postulados de la llamada tesis personalista del bien jurídico.

Son los bienes colectivos aquellos que de mejor manera se prestan para la configuración de delitos de peligro abstracto, pues en ambos, lo difuso e inmaterial compone su esencia.

Se toma postura aquí por la legitimidad de los delitos de los delitos de peligro, pero sólo si estos se interpretan siempre como de peligro concreto. En estos, el peligro es un elemento del tipo, el cual servirá para construir la desvaloración en sede de resultado. Frente a los denominados de peligro abstracto, proponemos que se valoren de forma que permita verificar el peligro como elemento del tipo y no solo como razón o motivo de existencia.

La construcción del injusto penal, de cara con la estructura y función de la norma, supone, en todo caso, de la comprobación de dos desvalores. El primero, que referido a la peligrosidad del comportamiento, se conoce como desvalor de acto. Éste incluye la forma y modo en que se llevó a cabo la conducta, y siempre debe ser valorado desde un punto de vista ex ante, por lo cual, la idoneidad o probabilidad

de afectación del bien jurídico, hacen parte del desvalor de acto. Por otro lado, el desvalor de resultado, compone el juicio frente a la lesión o peligro al bien jurídico. La peligrosidad o desvalor de acto es un elemento común a todos los delitos y comprende el riesgo prohibido por el legislador, prohibido en cuanto a que, ex ante, se valora como idóneo para la producción de un resultado disvalioso. El desvalor de resultado será, bien la lesión al bien jurídico, ora el peligro efectivo, dependiendo de si evaluamos delitos de lesión o de peligro.

Es común que en los denominados delitos de peligro abstracto, por ejemplo el concierto para delinquir, se justifique el injusto penal solamente con la existencia de la conducta peligrosa valorada ex ante por el legislador. Varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia toman en consideración un esquema de injusto que parece ser monista, desvalorando, únicamente, el juicio sobre la conducta.

Ello, como se ha dicho, contraría incluso los postulados de la imputación objetiva que tienen como referente al bien jurídico. La existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado es requisito necesario, más no suficiente, para realizar el juicio de imputación. Se quedan cortos los planteamientos que, bien pretenden omitir la comprobación del juicio sobre el resultado producido, bien lo confunden con la peligrosidad del comportamiento, o bien lo presumen.

La redacción de los tipos penales que criminalizan el peligro debe ser clara en referenciar el peligro como un elemento del tipo, desde donde se construirá el juicio de antijuridicidad. No ocurre así con la redacción que se utiliza al tipificar el concierto para delinquir, la cual, además de ser una fórmula que evidentemente castiga el peligro, se califica también como de mera conducta, según los pronunciamientos judiciales vistos. Al no exigir ningún resultado que se siga de la realización de la conducta, se interpreta por algunos, que la finalidad para cometer delitos, la cual se prueba con el mismo acuerdo, es suficiente para colmar el injusto penal. Se ha dicho aquí que, si bien lo anterior constituye un desvalor de acto, faltará comprobar el desvalor de resultado.

Por eso se propone que el tipo del concierto para delinquir varíe su redacción de modo que permita con claridad interpretarse como de resultado, aun cuando siga siendo de peligro. El resultado sería la exteriorización de la finalidad para la comisión de delitos —que no la consumación del delito por el que se realizó la asociación—. Ese resultado serviría para valorar el peligro concreto que hemos venido exigiendo, a partir del cual, se cree es posible, únicamente, construirse el desvalor de resultado.

La forma de construir el desvalor de resultado cuando se trata de tipos de peligro que protegen bienes jurídicos colectivos requiere de la evaluación de la función del bien jurídico, debido al carácter instrumental del bien colectivo. El desvalor de resultado sujeto de verificación, o la afectación funcional al bien jurídico, depende de la manera en que se protejan los bienes colectivos. En algunos casos servirá la verificación del grado de cercanía de perturbación con el bien individual puesto en peligro; en otros, la argumentación de la afectación funcional requerirá del referente material del tipo; y en los últimos casos, se requerirá de la interpretación del mismo tipo para encontrar en qué grado se puede afectar la función del bien colectivo, teniendo en cuenta que todos los casos deben tratarse como de peligro concreto, y por ende, no bastará la realización de la conducta peligrosa, sin exigir nada más.

Los anteriores planteamientos sugieren una restricción al ámbito de aplicación del Derecho Penal, pues, como se ha visto, es común que en los denominados delitos de peligro abstracto se omita la consideración del desvalor de resultado, ya que el peligro no hace parte del tipo. Quitando un elemento del tipo, hace que se puedan adecuar más conductas a lo por él descrito; y en sentido contrario, esto es, exigiendo del peligro concreto, se querían por fuera de la órbita penal conductas que no alcanzan a colmar los filtros que suponen las categorías dogmáticas del delito, las cuales deben contener uno o varios principios limitadores al ejercicio del *Ius Puniendi*.

Con todo, se concluye con una reflexión propia de la profesora Méndez Rodríguez: “No se puede pretender que los delitos de peligro abstracto cumplan una función reguladora —como está sucediendo en muchos casos—, no se puede pretender regular el desarrollo ordenado de determinadas actividades peligrosas exclusivamente a través de ellos. No es ésta la función propia del Derecho penal y, sobre todo, no lo es a costa de la violación a los principios que lo legitiman”⁸⁸

7. Bibliografía

Alcácer Guirao, Rafael, “Apuntes sobre el concepto de delito”, en: *Derecho Penal Contemporáneo*, N° 2, Chile, Legis, enero-marzo 2003.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 2012.

Cadavid Quintero, Alfonso, “El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal”, en: *Nuevo Foro Penal N° 61*, Bogotá, Temis, 1999.

Cancio Meliá, Manuel, El injusto de los delitos de organización: peligro y significado, en: *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Buenos Aires, UTEHA, 1944.

88. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit. 162

Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en: *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.

-----, “Ontologismo y Normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, en: *Temas fundamentales del Derecho Penal*, Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant Monografías, N° 132, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

Del Rosal Blasco, Bernardo, Delitos contra la Constitución, Lección 52, en: *Compendio de Derecho Penal español*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Feijóo Sánchez, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, Bogotá-Barcelona, Universidad Externado de Colombia-JM BOSCH, 2003.

-----, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Madrid, Colex, 1997.

-----, “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo”, en: *Derecho y justicia penal del siglo XXI*, Libro homenaje al profesor Antonio González – Cuellar García, Madrid, Colex, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2005.

Frish, Wolfgang Y Robles Planas, Ricardo, *Desvalorar e imputar*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 2010, p. 40.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Lección 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 174.

Hassemer, Winfried *Persona, mundo y responsabilidad*, Bogotá, Temis, 1999, p. 20.

Hefendehl, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en: *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Hirsch, Hans Joachim, “Peligro y peligrosidad”, en: *Derecho Penal Obras Completas*, Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 1999.

Honig, Richard, “Causalidad e imputación objetiva”, en: *Causalidad, Riesgo e Imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1930.

Horkheimer, Max, *Teoría crítica*, Buenos Aires – Madrid, Amorrortu Editores, 2003, p. 223.

Huerta Tocildo, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984.

Jakobs, Günter, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jeschek, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, Granada, Comares, 2002.

Kindhauser, Urs Konrad, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto”, en: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Traducción de Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2005.

-----, *Sociología del riesgo*, Traducción de Javier Torres Nafarrete, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1992.

Manzini, Vincenzo *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1948.

Mata y Martín, Ricardo M, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, 1997.

Méndez Rodríguez, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

Mendoza Buergo, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Estudios de derecho penal, N° 31, Granada, Comares, 2002.

Mir Puig, Santiago, *Estado, Penal y Delito*, Maestros del derecho penal, Vol. 21, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

Moccia, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, JM BOSCH, 1997.

Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Maestros del Derecho Penal, Vol. 3, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2007.

Santana Vega, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 77.

Sampedro Arrubla, Camilo, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Lección 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Schünemann, Bernd, “La estructura de los delitos de peligro”, en: *Cuestiones actuales del sistema penal*, Perú, Ara Editores, 2008.

Solano Vélez, Henry Roberto, *Pulimento raciovitalista del concepto de derecho*, Medellín, Diké, 2012.

Soto Navarro, Susana, “Concreción y lesión de bienes jurídicos colectivos”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Fasc/mes 3 2005*, Madrid, Ministerio de Justicia – Boletín Oficial del Estado BOE.

Sternberg-Lieben, Detlev, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad”, en: *La teoría del bien jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Stratenwerth, Günter, “Observaciones sobre el principio del incremento del riesgo” (1973), en: *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

Pastor Muñoz, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005.

Reale, Miguel, *Fundamentos del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1976

Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959.

Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, 1997.

-----, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, en: *Fundamentos Político-criminales del Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

Rodríguez Montañes, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1994.

Vargas Pinto, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, Navarra, Thomson Arazandi, 2007.

Velásquez Velásquez, Fernando, El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 15*, España, Red de Bibliotecas Universitarias, 2005.

Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, Reimpresión, Maestros del Derecho Penal, Vol. 4, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Argentina, Ediar, 1981.