

**EL LENGUAJE DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO
EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO**

Juan Gabriel Toro Londoño

Para optar al título de Magister en Derecho Penal

Asesor

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Doctor en Derecho Universidad de León, España.

Universidad EAFIT

Medellín - Antioquia

2022

"En la sociedad del riesgo no todos los
gatos son pardos"

Cornelius Nestler

CONTENIDO

CONTENIDO	
INTRODUCCIÓN.....	5
1. LOS USOS LINGÜÍSTICOS VIGENTES SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO	7
1.1 ¿Convertir los delitos de peligro abstracto en peligro concreto o eliminarlos?	19
1.2 ¿Eliminar las patologías de la administrativización del derecho penal aboliendo los delitos de peligro abstracto?	28
1.3 Restricción de los delitos de peligro abstracto precisando sus categorías y límites ...	31
2. AMPLITUD SEMÁNTICA. EL DESBORDAMIENTO DEL MARCO ANALÍTICO DE LOS “DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO”	36
CONCLUSIONES.....	41
REFERENCIAS	45

RESUMEN

El trabajo aborda el concepto de delitos de peligro abstracto, que ha sido objeto de un encendido debate en los últimos años en la ciencia penal pero que, en Colombia, pese a su gran importancia, poco se ha ocupado la doctrina. El trabajo plantea el problema a abordar y se desarrolla en dos grandes partes: la primera, los usos lingüísticos vigentes sobre los delitos de peligro abstracto, que remite a diversas categorías emergentes que pretenden proyectar un camino alternativo a la clásica distinción que muestra la carencia relacionada con una falta de connotación valorativa; la segunda, la amplitud semántica, en lo que el autor considera “el desbordamiento del marco analítico de los delitos de peligro abstracto”, particularmente por el uso funcionalista del derecho penal que ha hecho los discursos de la seguridad ciudadana aprovechando la evidente falta de determinación y dilucidación más adecuada de su funcionamiento. Sin buscar expresiones exactas, el trabajo termina con unas conclusiones en las que considera preferible asumir, de acuerdo con Ulrich Beck, un concepto descriptivo y normativo que distinga entre “macropeligros” y “micropeligros”, con el propósito de evitar no sólo la instrumentalización del derecho penal del riesgo sino también formular como bosquejo un programa despenalizador o de reacomodación sistemática de los delitos de peligro abstracto, de ser necesario.

PALABRAS CLAVE: derecho penal del riesgo, delito de peligro abstracto, macropeligros, micropeligros.

ABSTRACT

The work deals with the concept of crime of an object of abstract danger, which has been a heated debate in recent years in criminal science, but in Colombia, despite its great importance, little has been dealt with by doctrine. The work raises the problem to be addressed and is developed in two large parts: the first, the current linguistic uses on crimes of abstract danger, which refers to various emerging categories that seek to project an alternative path to the classic distinction that shows the related lack with a lack of value connotation; the second, the semantic breadth, in what the author considers "the overflow of the analytical framework of crimes of abstract danger", particularly due to the functionalist use of criminal law that has made the discourses of citizen security taking advantage of the evident lack of determination and more adequate elucidation of its operation. Without looking for exact expressions, the work ends with some conclusions in which it considers it preferable to assume, according to Ulrich Beck, a descriptive and normative concept that distinguishes between "macrohazards" and "microhazards", with the purpose of avoiding not only the instrumentalization of criminal law of risk but also formulate as a draft a decriminalizing program or systematic realignment of crimes of abstract danger, if necessary.

KEY WORDS: criminal risk law, crime of abstract danger, macrodanger, microdanger.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende realizar una aproximación al debate suscitado por los delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano desde una metodología “analítica”. Como se trata de un acercamiento desde el lenguaje y no propiamente político-criminal ni ceñido de modo exacto a lo dogmático, el estudio asume sus problemas con mirada descriptiva y valorativa en manifiesta correspondencia con la conciencia de la sociedad del riesgo. Claramente la crítica desde el lenguaje puede corresponder con un programa despenalizador frente a la expansión excesiva del derecho penal que se ha caracterizado por un creciente proceso de administrativización, o puede plasmarse en la modificación en el orden sistemático de dichos delitos y limitar así el espacio de tutela penal. La perspectiva se desarrolla a través de una serie de operaciones tratadas primordialmente desde los usos lingüísticos vigentes sobre la expresión *delitos de peligro abstracto*, no dejando de advertir como esbozo la ambigüedad y la determinación de dicha expresión lingüística y sus connotaciones valorativas¹.

Los usos lingüísticos vigentes sobre la expresión *delitos de peligro abstracto* son una manera de describir estos delitos sin limitarse a su forma tradicional de distinción (tipos de resultado de lesión o de peligro, y dentro de los tipos de peligros, peligro abstracto y concreto), que es usada metódicamente para advertir su ausente correspondencia con la lesividad y evidenciar en todos sus procesos su falta de justificación relacionada. En su lugar, se remite a diversas categorías emergentes que pretenden proyectar un camino alternativo a la clásica distinción, mediante categorías de delitos de acumulación, de idoneidad, de peligrosidad, de peligro potencial, de aptitud, de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético, entre otros. Estos usos lingüísticos mostrarán la carencia relacionada con una falta de connotación valorativa que será otra forma de su determinación.

Los usos lingüísticos vigentes aluden a una expresión que no pretende una comunicación basada en la idea de un carácter esencialista de los conceptos, donde las palabras tienen un significado intrínseco o exacto y donde sea necesario buscar la conversión funcional a un buen número de proposiciones elementales. Se refiere, más bien, a una invitación a indagar sobre las expresiones lingüísticas con especial énfasis en los usos. Por eso, no busca en estos delitos la relación entre lenguaje y realidad, tampoco representa aquella tesis que pretende defender su conversión en peligro concreto o señalar su inconstitucionalidad, tampoco indaga sobre la posible arbitrariedad del legislador en su tipificación, si lo direcciona razones lógicas, claras y exactas con referencia a factores empíricos. Los usos lingüísticos vigentes son una pequeña investigación que busca criterios de utilidad teórica sin olvidar las dificultades que han suscitado para que muchos juristas se adhieran a esta tipología de delitos.

Aunque se refiere a la ambigüedad y la determinación de la expresión *delitos de peligros abstracto*, esto solo se hace a modo de esbozo, pues, necesariamente genera inquietudes la identificación de gran parte de sus problemas desde el lenguaje. Sin limitarse a lo descriptivo, el propósito es explorar la falta de determinación con pretensión de lograr una dilucidación más adecuada de su funcionamiento, por supuesto, sin buscar definiciones explícitas o tratar

¹ La formulación sigue parcialmente lo planteado por Guastini (1999).

de formalizar el lenguaje hasta fijarlo en expresiones exactas. Este camino hace tiempo fue inspeccionado y declarado inviable como proyecto. Precisamente, sin buscar un significado originario para los conceptos (peligro, abstracto, posibilidad, potencialidad, probabilidad), se nombra efímeramente este lenguaje jurídico con la intención de señalar los problemas de ambigüedad de estos términos así sean un lenguaje conceptual más o menos acorde con la conciencia de la sociedad del riesgo.

De igual modo cuando se remite a las connotaciones valorativas de la expresión lingüística *delitos de peligros abstracto*. Si bien su carácter controversial ha llevado a muchos sectores académicos a expresar que estas estructuras delictivas no corresponden con un Estado de derecho desde un punto de vista dogmático, técnico-legislativo y de legitimidad, sus posturas tienen origen en otras connotaciones valorativas procedentes de un modelo de sociedad ajeno a la idea de lo abstracto como forma de peligro. El procedimiento de descripción de los usos de ese término en situaciones típicas vendría a ser la forma de entrar en una etapa de construcción que pueda lograr la formulación de una nueva expresión. En este caso, ya no como delitos de peligro hipotético, ni presunto, pero tampoco en un marco analítico como un derecho penal de varias velocidades, derecho penal nuclear, entre otros. Un derecho penal del riesgo referido a macropeligros, sin ropaje ideológico, se convierte en una connotación valorativa donde las imágenes que surgen prestadas de conceptos como la posibilidad, la potencialidad, la probabilidad terminan siendo una terminología con otras raíces sociales sin equivalente al peligro abstracto. Que los micropeligros propios de la sociedad del riesgo pueden ser tratados con técnicas de derecho administrativo; los macropeligros con el derecho penal. El adelantamiento de las barreras del derecho penal sólo es aceptable cuando estamos frente a los macropeligros, no los micropeligros o la denominada peligrosidad. Sólo así los delitos de peligro abstracto pueden entrar en una fase sistémica de reacomodamiento o desaparecer del derecho penal.

1. LOS USOS LINGÜÍSTICOS VIGENTES SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

La investigación sobre el uso lingüístico de los delitos de peligro abstracto tiene la pretensión de satisfacer ciertas exigencias de operatividad, sin buscar un marco conceptual esencialista donde se confunda entre definir una palabra y describir la realidad.² Esta indicación se puede formular de manera anticipada puesto que comparte la afirmación de Santiago Nino, según la cual “hay juristas que no advierten que una cosa es definir una palabra y otra describir la realidad” (2003, p. 14). Esto, claramente, porque resulta perjudicial para la identificación de los fenómenos jurídicos, generando dificultades artificiales o estériles disputas. En sí, los usos lingüísticos son un terreno teóricamente fecundo al derecho penal para responder a los retos advertidos por el contexto social de la sociedad del riesgo.

Se podría indicar que el análisis de lenguaje se centra fundamentalmente en el significado de ciertas expresiones lingüísticas (términos, sintagmas, enunciados). Por tanto, si los delitos de peligro abstracto se entendieran sólo como un término, entonces se podrían observar como un segmento de un sistema conceptual correspondiente a los elementos de la sociedad del riesgo, es decir, como concepto, unidad cognitiva o estructura de conocimiento. En cambio, como sintagma, los delitos de peligro abstracto se podrían abordar como expresión normalizada en el derecho penal, esto es, en tanto término que prefigura un aspecto de un lenguaje artificial, con conductas, cualidades y relaciones normalizadas. En general, el *delito* sería el núcleo del sintagma, *peligro* un determinante, mientras lo *abstracto* sería un adjetivo. Finalmente, como enunciado, estos delitos se considerarían como un grupo de palabras ordenadas con un sentido completo, es decir, toda la frase: delitos de peligro abstracto.

Aunque el enfoque de este trabajo es disímil al paradigma de la lesividad, no trata de realizar una caracterización de estos delitos con perfiles completamente claros. Más bien alude a los usos lingüísticos especialmente de uso informativo en el contexto estatal colombiano, con la finalidad de describir cierto estado de cosas relacionadas con los delitos de peligro abstracto, en razón a que estos presentan todavía cierta indeterminación que suele estar vinculada a una serie de imprecisiones con evidentes consecuencias prácticas.³ Desde esta observación, los usos lingüísticos vigentes pueden evidenciar cómo los delitos de peligro abstracto fueron

² El lenguaje con frecuencia se usa para transmitir información acerca del mundo; pero ésta no es, obviamente, su única función. Se puede proponer, como acertadamente indicó Santiago Nino: ordenar, amenazar, advertir, pedir, instruir, exigir, sugerir, informar, entre otros (2003, p. 63). Ahora, este análisis se puede centrar en alguno de los siguientes problemas: por ejemplo, aquellos que se originan en el abuso de los delitos de peligro abstracto cuando se pretende usarlo como modelo fuera de los contextos donde cumple cabalmente su función. La tarea aquí sería exhibir tales abusos y, si se quiere, tratar de repararlos; segundo, dominar un cúmulo de distinciones y matices que exhibe el propio lenguaje, aunque no garantice la solución ni la disolución de todos los problemas; tercero, tratar estos problemas usando un lenguaje claro y simple; cuarto, elucidar conceptos, poner en claro el aparato conceptual presupuesto en el empleo de las palabras y expresiones cruciales del lenguaje considerado.

³ Sin desconocer que una consecuencia negativa de “eliminar” la vaguedad del lenguaje técnico sería “renunciar a que el esquema conceptual propuesto recoja todas las variantes y matices de los usos lingüísticos vigentes” (Nino, 2003, p. 166), esto supone renunciar a algunos de sus usos, por ejemplo, excluirlos de la denotación por no guardar relación con la antijuridicidad material, que no es un precio muy grande si el fin es contar con un concepto más preciso para describir la realidad jurídica. Sin embargo, los macro y micro peligros son criterios diferenciadores que sirven para iluminar con distinción el uso lingüístico dado a los delitos de peligro abstracto como la posibilidad, la potencialidad y la probabilidad. Sin estos criterios, como se verá, este lenguaje no genera claridad.

deformados por una política criminal de emergencia y eficientista aprovechando la carencia de conceptos y distinciones que le son necesarios.

Para algunos defensores del paradigma de la lesividad se trata simplemente de la conversión de los delitos de “peligro abstracto” en peligro concreto, esto como consecuencia directa de la aplicación del artículo 11 del Código Penal -CP- que llevaría a la modificación del orden sistemático de estos delitos, o a la exigencia de adelantar un programa despenalizador al declarar su inconstitucionalidad por no guardar relación con la antijuridicidad material (Tamayo Medina 2007; Cita Triana, 2013). Como indicaría Prieto Sanchís, “en virtud de ese mismo principio de lesividad, habrían de suprimirse o sufrir una importante reformulación los delitos de peligro abstracto o presunto, así como los que representan actos preparatorios que se sancionan de forma autónoma” (2003, p. 61). Por eso, para adelantar un programa de supresión o reformulación de los delitos de peligro abstracto los argumentos están centrados usualmente en la lesividad, así estos no sean los más fértiles para juzgarlos incompatibles con un sistema penal que admite la realidad de la sociedad del riesgo.

Como se puede recordar, el origen de este debate se encuentra en el diagnóstico señalado por Ulrich Beck (1998) como “sociedad del riesgo” que, a causa de los peligros generados por la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, entre otros, trajo consigo la existencia de nuevos bienes jurídico y la “inevitable” expansión del derecho penal en tanto se proponía enfrentar esta nueva inseguridad. No obstante, esta expansión no ha sido bien vista por importantes sectores de la doctrina que la consideran un menoscabo de los principios básicos del derecho penal liberal en tanto sacrifica las garantías esenciales del Estado de Derecho (Hassemer, 1991; Ferrajoli, 1997).

Para Hassemer (1999), particularmente, las líneas de evolución que traza el “derecho penal moderno” no son equiparables. Estas líneas afectan al Derecho penal material, al Derecho procesal penal y a las teorías del Derecho penal y de la pena, así como al clima social y político general. Concretamente vienen dibujadas por los sectores que “definen” el nuevo Derecho penal como el medio ambiente, las drogas, la economía, el tratamiento informático de datos, el terrorismo y la criminalidad organizada. La moderna política criminal se aparta entonces de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto⁴ y el bien jurídico objeto de protección es universal y vagamente configurado⁵, en lugar de los tradicionales bienes jurídicos individuales.

Según Hassemer, el derecho penal se va convirtiendo así en un instrumento político, sobre todo en ámbitos como el económico y financiero, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado. Particularmente, los delitos de peligro abstracto prescinden de presupuestos de la pena, tales como el “resultado o la causalidad y permiten imponer una pena sólo con que el sujeto realice una determinada acción peligrosa”, por ejemplo, “presente una solicitud falseando los datos para conseguir una subvención pública” (1999, p. 9). Todo esto conduce a la “dialéctica de lo moderno” que no es otra cosa que la transformación del derecho penal

⁴ El autor pone como ejemplo, el fraude de subvenciones.

⁵ Resalta la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes.

en un instrumento de solución de los conflictos sociales “sin diferenciar su idoneidad ni su peligrosidad de otros instrumentos de solución social” (1999, p. 21).

Para resumir este planteamiento, se puede señalar lo siguiente: primero, con la sociedad del riesgo se asiste a una política de criminalización antes que de descriminalización⁶; segundo, los instrumentos de los que se sirve el “moderno derecho penal” son los bienes jurídicos a proteger universales y la técnica de los delitos de peligro abstracto, ambos para argumentar su capacidad de intervención anticipada, mientras los delitos de lesión y de peligro concreto se consideran “superados”; tercero, los instrumentos llevan a cambios visibles en las funciones del derecho penal, pues, se aproxima ahora a las funciones del derecho civil o administrativo, es decir, el derecho penal no como última sino como primera o sola ratio, perdiendo así su posición originaria en el ordenamiento jurídico. El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones y se transforma en instrumento de una política de seguridad; cuarto, el derecho penal queda reducido a una función simbólica cuando pierde sus funciones reales; quinto, los costos de los delitos de peligro abstracto se ven reflejados en la reducción de las garantías tradicionales del Estado de derecho, particularmente, en los presupuestos de la pena que supone también una reducción de las posibilidades de defensa y de pautas informativas del legislador que orienten a los jueces (Hassemer, 1999, p. 24-28).

Por su parte, Cerezo Mir califica este fenómeno en términos de evolución dando a entender que “la sociedad industrial está siendo sustituida” (2002, p. 54). El impacto que tiene esto en el Derecho penal es sustancial, pues éste ahora tiene una función preventiva frente a los nuevos riesgos nacidos del empleo de energía nuclear, la industria química, el medio ambiente, la utilización de técnicas derivadas de los progresos de la genética, entre otros. La expansión del derecho penal no sería otra cosa que la forma correspondiente de protección a esos nuevos bienes jurídicos (colectivos o supraindividuales), nuevos intereses o nuevas valoraciones (Silva Sánchez, 2001, p. 11).

Bernardo Feijoo considera, afín a Hassemer, que vivimos una fase caracterizada por un claro proceso de creciente criminalización. Esta, como *topos* principal del actual debate político criminal, es un fenómeno evolutivo preocupante en la medida que “desnaturaliza el derecho penal como última ratio” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 187).⁷ El autor especialmente dirige la

⁶ Hassemer se refiere a la creación de nuevos tipos penales en ámbitos como el medio ambiente, la economía, drogas, impuestos, mercado exterior y, en general, todo lo relativo a la “criminalidad organizada”, de modo que las novedades legislativas penales se presentan sobre todo en la parte especial del Código Penal (1999, p. 23). Bienes jurídicos que se formulan de manera vaga y a grandes rasgos (valga de ejemplo la salud pública, el nuevo delito de estafa de crédito, etc.). De acuerdo con la perspectiva de Hassemer, el legislador utiliza la vía de los delitos de peligro abstracto por aplicación del derecho penal sin demostrar la causalidad. “Basta solo con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente” (Hassemer, 1999, p. 24). En el contexto colombiano se podría ilustrar muchos otros motivos de usar los “delitos de peligro abstracto” (Sotomayor, 2007). Los bienes jurídicos universales y los delitos de peligro abstracto plantean todavía un problema adicional que no debe ser menospreciado, generar “a largo plazo que se pierda toda evidencia y sensibilidad respecto a los actos delictivos en ellos implicados. Muchos de estos delitos característicos del moderno derecho penal son delitos sin víctimas o, por lo menos, con víctimas difuminadas” (Hassemer, 1999, p. 25).

⁷ Para ampliar los aspectos de la expansión del derecho penal en las sociedades postindustriales o “derecho penal del riesgo”, Jesús María Silva habla de nuevos intereses, nuevos riesgos, la sensación social de inseguridad y la forma de incorporar al derecho penal “los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización y la formación de un Estado de prevención” (2001, p. 21). Los aspectos de esta tendencia general a la que cabe referirse con el término “expansión” (creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de

mirada a la administrativización del derecho penal como característica de las sociedades posindustriales, no sólo por ser un proceso que crea nuevos tipos penales, nuevos delitos de peligro abstracto, sino por ser otra forma de abrir la puerta al “derecho penal del enemigo” donde la pena se vuelve un instrumento de gestión de la delincuencia como “macroriesgo” social (2007, p. 189)⁸. La posición crítica frente a ambos fenómenos de administrativización es que el uso expansivo de la pena tiene como consecuencia que el derecho penal en su conjunto “vaya perdiendo sus características, se desnaturalice y acabe adquiriendo otros contornos”. Por tanto, la solución no reside en la búsqueda de nuevas soluciones procesales, sino en “expulsar” del derecho penal “aquellas normas que resultan disfuncionales” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 190).

Para precisar este planteamiento y comprender la distancia de Bernardo Feijoo, él considera que Hassemer, Herzog, Kargl o Prittwitz le han dado un contenido mucho más amplio al término sociedad del riesgo que el que tiene en la formulación original de Beck. Allí 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 los delitos de peligro abstracto, donde el modelo político criminal del Estado liberal “termina sufriendo unas características negativas” que le son opuestas (2007, p. 194).⁹ No obstante, la crítica que formula el autor sobre la apreciación del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt es la siguiente: “el derecho penal no puede obviar las nuevas características de las sociedades contemporáneas si quiere cumplir sus funciones sociales” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 199). El descubrimiento de ciertas características de los sistemas sociales hace que en este punto

imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía) no tienen su propia cobertura ideológica, como en muchos países, incluido el colombiano. No obstante, para Silva Sánchez la “sociedad del riesgo” conduce inexorablemente al “Estado vigilante” o “Estado de la prevención” (2001, p. 138). En este contexto policial-preventivo, la barrera de intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. Por tanto, el fenómeno delictivo se “administrativiza”. Él representa todo esto desde cuatro fases que denomina alejamiento progresivo con respecto a los objetos de protección: en la primera, “la pretensión de evitación de la lesión de un interés personal o patrimonial da lugar a la descripción de conductas lesivas, concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para los mismos” (2001, p. 139). En la segunda, “se caracteriza el entorno típico de tales conductas peligrosas mediante la descripción de contextos”; a estos contextos se puede reconducir buena parte de los denominados bienes colectivos. “La lesión o puesta en peligro concreto e incluso abstracto de estos contextos típicos es, en ocasiones, objeto de protección administrativa y, de modo crecientemente importante, también de protección penal”. La tercera fase, se trata de “establecer unos indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos. Dichos indicadores son los que suele establecer la normativa administrativa como presupuestos de la aplicación de aquellas de sus sanciones que no se hallan vinculadas a peligros reales (ni abstractos ni concretos), sino a peligros presuntos o formales” (2001, p. 139). En estos casos el peligro abstracto para un bien jurídico penal de los llamados colectivos sólo resultaría de la acumulación (2001, p. 140).

⁸ La postura de Feijoo (2007) sería contraria a la de Silva Sánchez (2001) en tanto indica que la administrativización abre la puerta al derecho penal del enemigo, donde las fronteras de la segunda velocidad no estarían así bien delimitadas.

⁹ En la perspectiva de Feijoo Sánchez (2001), se trata: 1) de un derecho penal expansivo, mediante la creación de bienes jurídicos con un perfil vago, particularmente los delitos de peligro abstracto; 2) prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud con la funcionalización de los bienes jurídicos. Aquí, “no se trata de compensar la injusticia, sino de prevenir el daño; no se trata de castigar, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro” (2001, p. 197); 3) un derecho penal preventivo orientado a la reducción de riesgos y a una intervención que proporcione seguridad. La política criminal se ha convertido en política de seguridad; “no se trata únicamente de castigar, sino de infundir confianza en la colectividad o tranquilizarla; no se retribuye la creación de riesgos para bienes jurídicos, sino que el derecho penal sirve para prevenir o controlar que los riesgos se mantengan dentro de sus límites” (2001, p. 197). Con los delitos de peligro abstracto que caracterizan el moderno derecho penal se crean delitos de desobediencia y desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del derecho penal (2001, p. 198); 4) se pasa de un Estado liberal a un Estado de seguridad, donde el derecho penal opera como control social de forma más bien simbólica; 5) el derecho penal del riesgo erosiona las garantías procesales. Funcionalización social del derecho penal plasmada en la creciente creación de bienes jurídicos abstractos y la abstracción de protección de los bienes jurídicos clásicos mediante delitos de peligro (2001, p. 199).

Feijoo Sánchez esté de acuerdo por lo menos con la voz de alarma de Beck, advirtiendo que no todo se puede dejar en manos de la tecnocracia y las administraciones.

Los nuevos riesgos deben ser combatidos jurídicamente con una mayor intervención, en tanto son riesgos susceptibles de generar responsabilidad jurídico penal. Esos riesgos encierran un enorme potencial lesivo que obliga a desarrollar nuevas formas de control y el derecho penal tendrá que acompañar ese cambio de “paradigma social” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 200). En otras palabras, en rechazo de ese idealismo minimalista, Bernardo Feijoo advierte que “el derecho penal no se puede quedar impasible ante esa dinámica evolutiva” como aquellos que defienden un idealismo ingenuo tratando de acomodar “la sociedad existente a un modelo de sociedad ideal” (2007, p. 201).

En el actual contexto social el derecho penal no puede evadir el mayor papel intervencionista del Estado, pues, resultaría inapropiado “armonizar un derecho penal minimalista con un Estado máximo” (2007, p. 202)¹⁰. Por eso, como bien anota Bernardo Feijoo, “lo que precisa el análisis político-criminal en la actualidad no es una descalificación global del proceso de funcionalización social del derecho penal, sino desarrollar criterios que permitan delimitar en qué casos la intervención del derecho penal protegiendo nuevas funciones, políticas o modelos organizativos del Estado resulta ilegítima” (2007, p. 202).

Esta advertencia es de suma relevancia para quienes creen que “no tiene sentido deslegitimar todas las normas penales que tienen que ver con las nuevas características sociales como una desvirtuación del auténtico derecho penal, sino denunciar aquellos supuestos concretos donde se está haciendo un uso ilegítimo de la pena” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 203)¹¹. Esto significa que el “derecho penal puede atender a nuevas necesidades sociales siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen sus funciones y el papel que debe desempeñar legítimamente la pena estatal” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 203). Ello obliga a llevar a cabo un análisis político criminal más detallado que la simple descalificación global,¹² pues, como claramente indica el autor “no se trata de que los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos universales sean de partida ilegítimos, sino que se crean nuevos delitos de peligro abstracto o que protegen bienes jurídicos colectivos que son ilegítimos (2007, p. 203).¹³

Desde esta observación, se podrá juzgar de otra manera la idea según la cual la tendencia a utilizar de manera preferencial la técnica de los delitos de peligro abstracto se percibe en los campos más problemáticos de la regulación positiva, particularmente, por la “necesidad” de intervención en materia de drogas y terrorismo como política de seguridad y en sectores como el derecho penal económico, el medio ambiente y la salud pública, que son ahora la superficie

¹⁰ En el caso aquí propuesto, se llevaría a una limitación de la anticipación defendiendo una idea clara de los delitos de peligro abstracto, no negándolos de manera global.

¹¹ El ideal de la conversión o de la abolición puede resultar aquí propio de esto. Si bien puede identificar procesos de criminalización patológicos, no es esa la justificación propiamente dicha. ¿Sería menos patológico la probabilidad en lugar de la potencialidad y la posibilidad?

¹² En el caso colombiano se evidencia la descalificación global de los delitos de peligro abstracto. El análisis político criminal, ligado normalmente al principio de lesividad, así lo indica.

¹³ El análisis de lenguaje permitirá iluminar esto, con el concepto de macropeligros y micropeligros, para dar un paso más determinado a los usos lingüísticos como la posibilidad, la potencialidad y la probabilidad. Así, será preciso abandonar la crítica global y volver a un análisis más que dogmático, de lenguaje. Esto, se presentará como una connotación valorativa divergente de la propuesta por muchos autores nacionales o internacionales.

de los caracteres más visibles del desarrollo actual de las legislaciones penales (Mendoza Buergo, 2001). Aunque Mendoza Buergo califica este fenómeno como el “cambio del paradigma delictivo de la lesión al de la prohibición de acciones arriesgadas” (2002, p. 41), esto se debe a la simplificación de los delitos de peligro abstracto a un comportamiento *formal* que sólo es coincidente con el tipo y que “debe reputarse típicamente relevante” aun cuando en concreto carezca por completo de peligrosidad para el objeto de protección.

De acuerdo con su diagnóstico, los delitos de peligro abstracto resultan uno de los rasgos más característicos de las reformas penales en los variados ámbitos en los que ha llegado a ser el «tipo estándar», y confirma la impresión de que la importancia de los delitos de peligro ha crecido y sigue creciendo (Mendoza Buergo, 2002, p. 40). Sin embargo, la marcada tendencia que emplea el delito de peligro abstracto como modelo preferente de tipificación, no corresponde a un cambio de paradigma ni es un fenómeno evolutivo como anteriormente se mencionó. Más bien merece esto la calificación de utilización de una figura delictiva ante la demanda de seguridad que dibujaba borrosamente la sociedad del riesgo. Esta afirmación, ante la clara evidencia de que no es por una evolución como se ha tratado de hacer ver, sino fruto de una realidad social que extiende sobre otra, que denominan delitos de peligro abstracto cuando no lo son. De modo que es un error considerar que es la forma más extendida, más bien, la figura delictiva más utilizada, que se oculta bajo la forma prestada de la sociedad del riesgo.

Para darle un orden a las anteriores apreciaciones, la profesora Arias Holguín, considera que la doctrina penal general ha respondido a los retos que plantea la sociedad del riesgo de tres maneras: 1) mediante una postura crítica severa; 2) las que reconoce la necesidad de que el sistema penal evolucione para responder a los «nuevos conflictos»; 3) las posiciones intermedias que, “sin renunciar a los límites que son necesarios, aceptan que se requiere su transformación para poder responder con eficacia a los problemas que plantean las sociedades actuales” (Arias Holguín 2006, p. 7). Todas estas respuestas pretenden iniciar en un lugar común, esto es, en el supuesto que al Derecho penal «moderno» le precede el diagnóstico sociológico que realiza Ulrich Beck sobre la sociedad del riesgo (2008), pese a que los rasgos que caracterizan a estas sociedades post industriales¹⁴, no estén debidamente contemplados en las políticas legislativas.¹⁵

¹⁴ Las consecuencias que deriva de la postura crítica severa, se concretan en aspectos ya mencionados de las características del Derecho penal “moderno”: 1) adelantamiento de la intervención con énfasis en el aspecto preventivo del instrumento penal a través de delitos de peligro abstracto y la configuración de bienes jurídicos universales de vago contenido; 2) sacrificio de las garantías en aras de la eficacia; 3) marcado efecto simbólico, es decir, se acude a este instrumento para colmar el reclamo de seguridad de la sociedad, así sea peligros irreales; 4) internacionalización del Derecho penal; 5) finalmente, se presenta una versión del «Derecho penal del riesgo», que se denomina «Derecho penal del enemigo» (Arias, 2007, p. 17-22). Sin embargo, contrario a lo que afirma la profesora Arias Holguín (2006, p. 9), los rasgos de esta sociedad del riesgo no explican ni determinan la política criminal actual, ni siquiera en occidente que vive en mayor medida en una “sociedad del riesgo”. En el contexto colombiano este diagnóstico es sólo un comodín (una palabra que sustituye a muchas otras) utilizado por el legislador para impulsar una política criminal eficientista al contexto. No trata aspectos fundamentales como los descritos por Ulrich Beck ni trata de una compleja y vertiginosa evolución tecnológica e industrial. Sólo busca colmar la «sensación de inseguridad subjetiva», cuando deja por fuera este diagnóstico y la idea de micro y macropeligros que son categorías necesarias para dar cuenta de esa realidad.

¹⁵ Las objeciones que se lanzan a los delitos de peligro abstracto son “defendibles”, que no válidas, cuando se asimila el peligro abstracto al presunto; no porque se diga que éstos “están ayunos de peligrosidad”, tal como lo indica Arias Holguín (2006, p. 18). Sin embargo, estos ataques se relativizan cuando se entiende por peligro “la aminoración de las condiciones de seguridad del bien jurídico” y se exige, además, tanto en los delitos de peligro concreto como en los delitos de peligro abstracto, “no sólo

Ahora bien, saltando a las doctrinas intermedias que avalan la “modernización” del derecho penal, la profesora resalta dos argumentos: el primero, puntualiza en la necesidad de proteger las generaciones futuras, sobre todo a través del Derecho penal del medio ambiente. Aquí alude específicamente a Schünemann, para quien la defensa del Derecho penal como medio para proteger los derechos de las futuras generaciones, permite acudir como presupuesto de intervención a los daños cumulativos. La incriminación mediante la acumulación refiere a que es razonable esperar (que es probable) que de ellas se derivará “una lesión grave y global del bien jurídico”, es decir, los daños acumulativos se “convierten en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente” (Arias Holguín, 2006, p. 35).¹⁶

Un segundo argumento para avalar la modernización del Derecho penal consiste en sostener que “la transformación que han experimentado las sociedades post industriales aconseja una revisión de principios y reglas que tuvieron origen en un contexto social e histórico ya superado” (Arias Holguín, 2006, p. 37). Aquí, especifica la profesora Arias Holguín que la concepción de Schünemann, “supone la aceptación de que el contexto social exige un Derecho penal con instrumentos que permitan enfrentar esas nuevas complejidades”, como la criminalidad organizada, los delitos medioambientales, etc., pero sometiendo a control estos instrumentos como son los bienes jurídicos supraindividuales y los delitos de peligro

la carga de comprobación de peligrosidad *ex ante* de la acción sino, además, la prueba de que, *ex post*, se ha puesto en riesgo el bien jurídico tutelado. Riesgo que en el caso de los delitos de peligro concreto supone la reducción de la defensa del bien y en los delitos de peligro abstracto la idoneidad y capacidad de la acción para disminuir dichas condiciones de defensa” (Arias Holguín, 2006 p. 19). Es interesante cuando la profesora señala que Terradillos Basoco se aparta en lo que tiene que ver con el catálogo de lo protegible y en la asimilación del peligro abstracto al peligro hipotético, por ser “inadmisibles y además evitable, en atención al principio de lesividad” (Arias Holguín, 2006, p. 18). Otros, en un sentido contrario, consideran que asimilar el peligro abstracto a lo hipotético significa otra cosa, es decir, darle apertura a la modificación de la presunción y se admita prueba en contrario. Esto evitaría, claramente, la idea subyacente según la cual con el derecho penal del riesgo se denuncia la funcionalización social del derecho penal. Por lo menos, anularía la crítica según la cual en la sociedad del riesgo existen riesgos colectivos difusos que obligan a modificar los criterios de causalidad y responsabilidad. Así, la idea consistente en que se debe subsanar la prueba que reclaman estos delitos, significa que los delitos de peligro abstracto pasan a ser de peligro hipotético, pero pierde claridad cuando se asimila el peligro hipotético al de aptitud (Gracia Bogado M. y D. Ruth Ferrari, 2009).

Los delitos de aptitud, de peligro potencial o hipotético como categorías dentro de los delitos de peligro o bien como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto, permiten develar y diferenciar ideas prácticas importantes, pero oscurecen la interpretación cuando no dan cuenta de la diferencia entre micropeligros y macropeligros. Esta clase de tipos penales, que tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, termina generando así mayores confusiones. Claramente, si se tipifica un comportamiento «idóneo» para producir peligro para el bien jurídico protegido, siendo dicha «idoneidad» un elemento normativo del tipo objetivo que necesariamente deberá concurrir y ser constatado judicialmente, es una categoría que tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro (Gracia Bogado M. y D. Ferrari, 2009, 3). La contribución de esta categoría radica en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo, idoneidad del comportamiento o apto para producir peligro para el bien jurídico, solucionándose relativamente los problemas probatorios. No obstante, no debemos dejar de expresar que esta novedosa categoría, que ha sido rechazada por parte de la doctrina defensora del principio de lesividad, se debe referir a los bienes jurídicos colectivos en correlación a los delitos de macropeligros, no en correspondencia con los micropeligros. Desde esta perspectiva, no sería aceptable la afirmación: “el uso de los bienes jurídicos supraindividuales y los delitos de peligro abstracto, según Hassemer, genera el efecto indeseable de la proliferación de delitos sin víctimas o de difícil individualización, desvinculando, en consecuencia, el delito del daño” (Arias Holguín, 2006, p. 18).

¹⁶ Luego de presentar algunos rasgos de las líneas de discusión suscitadas por el sector doctrinal crítico del Derecho penal «moderno», la profesora afirma, con plena razón, que la propuesta de Silva Sánchez en modo alguno es superadora de los defectos del Derecho penal de riesgo (Arias Holguín, 2006, p. 30). No obstante, citando a Silva Días, señala que “los tipos cumulativos no requieren comprobación alguna de la causalidad (e imputación objetiva) entre la contribución individual y el daño global” (2006, 34). Si se exigiese dicha comprobación, sólo sería objetivamente imputable la conducta que sobrepase el límite de destrucción del bien jurídico colectivo evitable. La crítica es que estos no logran satisfacer las exigencias que se derivan del principio de lesividad, dado que a través de los tipos cumulativos se le asigna pena a una conducta que en sí misma es inocua para generar el menoscabo del bien jurídico. Por tanto, el legislador solamente “constata qué contribuciones sucesivas de multitud de individuos, una vez sumados se aproximan, alcanzan o sobrepasan ampliamente un determinado umbral de lesividad global” (Arias Holguín, 2006, p. 34-35). Cada contribución es inocua en sí misma, pero desplaza el bien colectivo a una situación más próxima a ese umbral de lesividad.

abstracto (2006, p. 39). Desde esta perspectiva, comparte completamente la afirmación de Schünemann, según la cual “es equivocado anatemizar por principio los delitos de peligro abstracto; ello resulta reaccionario, entre otras cosas, porque con ello se bloquea la necesaria aportación de la ciencia del Derecho penal a una legitimación tanto constructiva como crítica de los delitos de peligro abstracto, y con ello, la aportación a una actividad legislatora racional en este ámbito” (2006, p. 39).

Sin embargo, para no tropezar como Schünemann aceptando ciertas cuotas de flexibilización y desformalización, la profesora Arias Holguín manifiesta, citando a Corcoy Bidasolo ante la pregunta sobre cómo reaccionar frente a los nuevos riesgos suscitados en la sociedad moderna, que “a esta cuestión se puede responder en el sentido que propone la Escuela de Frankfurt [...] o proponer una «tercera vía» como la planteada por Stratenwerth, para resolver la cuestión del aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal, sin que ello obedezca a una concepción puramente funcionalista. La nueva dogmática debe ir en esta dirección sin olvidar los principios garantistas” (2006, p. 40).¹⁷

En el caso de la doctrina penal colombiana la profesora Arias Holguín observa que a este subyace otro diagnóstico. En este contexto el diagnóstico de la sociedad del riesgo sólo sirve para justificar tendencias legislativas que se adscriben a la expansión de la intervención punitiva. Lo anterior le conduce a valorar las políticas legislativas como aquellas que “se caracterizan por la creación de tipos penales cuyo objeto de protección es de naturaleza supraindividual y cuyo contenido material es difuso, por recurrir indiscriminadamente a los tipos de peligro abstracto, y por la tendencia a flexibilizar las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las de naturaleza procesal, entre otras” (Arias Holguín, 2006, p. 7)¹⁸.

Aunque la valoración será un tema que reclama otros elementos para abordarlo, es importante señalar que la posición o tesis que asume la profesora Arias Holguín supone necesariamente “optar por el rechazo de las propuestas, o mejor, del programa de Derecho penal que surge en el sector de la doctrina que avala su modernización” (2006, p. 41). Esta tesis se sostiene en la crítica de aquellos que optan por defender la modificación de los presupuestos de la responsabilidad penal o por defender la idoneidad del Derecho penal como instrumento para proteger los derechos de las futuras generaciones, porque le otorgan una excesiva confianza al Derecho penal para cumplir tales funciones. Eso sí, enfatiza que “no se trata de rechazar de plano la tutela del medio ambiente mediante el Derecho o los derechos de las futuras generaciones. Lo único que se está afirmando es que el medio legítimo no puede ser a través de la pena sin mayores esfuerzos justificativos” (Arias Holguín 2006, p. 42).

Frente a la crítica que defiende la modernización del Derecho penal, asumiendo la necesidad de transformarlo por el contexto distinto en que éste surgió y considerando anacrónico el Derecho penal «tradicional», la profesora Arias Holguín advierte que “una cosa es que el contexto en el cual se originan los principios y límites al ius puniendi sea uno históricamente ya superado, y otra cosa es que ésta sea razón suficiente para modificarlo” (2006, p. 43). Desde esta observación, indicará que “lo que sí resulta anacrónico es la flexibilización de

¹⁷ Hasta aquí se puede decir que el sector de la doctrina que defiende la necesidad de este «nuevo Derecho penal» “parte del reconocimiento de que en la actualidad se han incrementado los factores de riesgo, “aunque esto no siempre implique la aceptación de la «sociedad del riesgo» como diagnóstico del estado de cosas” (Arias Holguín, p. 40).

garantías y disolución de reglas de imputación penal, que está en la base no sólo del Derecho penal «moderno» sino también en la del Derecho penal de enemigo” (Arias Holguín 2006, p. 44). Por eso señala, desde la afirmación de Díez Ripollés, que “los argumentos que se exponen para justificar la modernización del Derecho penal se vienen usando para legitimar un modelo de intervención punitiva basado en la seguridad ciudadana”. Más aún, el “modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo” (Arias Holguín, 2006, p. 44)¹⁹.

Frente a la situación descrita, considera la profesora que es necesario abordar dos cuestiones; la primera, se debe determinar el punto de partida político y filosófico para la explicación, valoración y aplicación del Derecho penal; la segunda, responder a la cuestión relativa a qué hacer con los tipos penales que están en el centro del debate o del Derecho penal «moderno». La primera cuestión pasa por la elección entre dos opciones contrapuestas, esto es, “un Derecho penal limitado o un Derecho penal intervencionista y expansivo” (2006, p 46). El precio de seguir la segunda opción sería la excesiva instrumentalización o funcionalización del Derecho penal cuyos fines políticos conducen a la erosión del Estado de Derecho que en últimas termina pagando el ciudadano. Por ese motivo, aconseja sólo recurrir a éste cuando sea estrictamente necesario y con todas las garantías que salvaguardan al individuo frente a esta intervención estatal.²⁰ Optar por este camino condiciona los resultados de cualquier investigación sobre los delitos situados en el debate de los modernos riesgos, incluso, “también los de aquellos delitos que se adscriben al Derecho penal de la seguridad ciudadana” (Arias Holguín, 2006, p. 47)²¹.

Sobre la segunda cuestión, relativa a qué hacer con los tipos penales del Derecho penal «moderno», la profesora Arias Holguín indica que el reto que tenemos aquí en Colombia pasa, a su vez, por elaborar nuestro propio diagnóstico. Esta idea la lleva prudentemente a considerar que “se deben descartar todos los argumentos que apelen a la sociedad del riesgo para fundamentar proyectos de criminalización, porque es claro que a estos países no ha llegado el alto desarrollo post industrial y tecnológico generador de los riesgos y de los miedos de las actuales sociedades europeas” (2006, p. 48)²². En ese sentido, y “siguiendo” la propuesta de Díez Ripollés, considera que se debe diseñar criterios de racionalidad de las leyes penales (tanto en el nivel de creación como de aplicación de las normas), de modo que se pueda presentar “el Derecho penal como una alternativa”, no como la única y exclusiva fórmula para combatir la criminalidad (Arias Holguín, 2006, p. 48).²³

¹⁹ Este es el lugar donde se debe poner la mirada. Sin embargo, esto significa que la crítica no se dirige a la sociedad del riesgo ni al derecho penal moderno, más bien apunta a una crítica sobre la utilización de los delitos de peligro abstracto en un contexto de seguridad ciudadana.

²⁰ En muchos casos no necesariamente se debe hacer con plenas garantías. Un caso puntual sería el terrorismo en el contexto de la ética del mal menor. Las otras vías podrán ser la abolición o la conversión.

²¹ Si bien la autora indica que éstos responderían a un modelo concreto de sociedad, la idea de riesgo no responde a ésta como política criminal ni como derecho penal. La idea de riesgo de la sociedad del riesgo se utiliza por la eficiencia, para anticipar la tutela penal en casos que no le son propios, aprovechando la flexibilización de reglas de imputación del delito. Los delitos de peligro abstracto no son herramientas de lucha contra micropeligros, ejemplo, el narcotráfico. Los delitos de peligro abstracto deberían ser únicamente medios para luchar contra macropeligros -energía y armas nucleares, nuevas tecnologías en el terreno de la química o la biotecnología-. Decir que los delitos de peligro abstracto son aquellos que se formulan ante hechos que encierran un elevado peligro y un enorme potencial y capacidad lesiva, tienen sentido desde esta previa distinción.

²² Sin perder de vista el contexto latinoamericano, tener menos desarrollo no significa vivir lejos de la sociedad del riesgo.

²³ En un contexto político como el señalado por Beck, no implicaría asumir el derecho penal como última ratio. El problema radica en que la experiencia colombiana ha mostrado claramente la utilización de este contexto para tratar la delincuencia común.

Desde otro lado, Juan Oberto Sotomayor (2008), considera que la legislación penal orientada a la seguridad ciudadana no debiera confundirse con las propuestas de Derecho penal del riesgo, así ambos modelos político-criminales concurren en la deslegitimación cultural y deterioro institucional de un Derecho penal garantista o liberal. Por eso, considera importante este debate en Colombia porque en el contexto del mundo globalizado es innegable que las transformaciones que se producen en los países centrales tienen efectos en los países periféricos, dando lugar al fenómeno de la internacionalización del Derecho penal.²⁴ En este contexto, resulta legítimo trasladar tales doctrinas y debates, aunque “los resultados de su implementación en uno y otro contexto sean siempre muy diferentes” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 154).

Una buena razón que soporta lo enunciado la encuentra en que no puede negarse que el actual Código Penal colombiano es en alguna medida un código «moderno», destacándose por la amplia cobertura de la protección penal de bienes jurídicos colectivos (Sotomayor Acosta, 2008, p. 155).²⁵ Pero, aunque tradicionalmente en el país “la flexibilización de las reglas de imputación penal y la relativización de los principios suele llegar por vía del denominado Derecho penal de emergencia” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 155), los delitos de peligro abstracto, acompañados de leyes penales en blanco, los tipos indeterminados, etc., serían otra puerta para extender dichas consecuencias a nuevos ámbitos del Derecho penal. Por eso, el debate sobre la modernización del Derecho penal tiene un sentido particular desde la compleja realidad colombiana, donde además no se puede partir del Estado de Derecho (y por ende del Derecho penal) y la democracia como datos consolidados, pues éstos “más que una realidad, son proyectos en construcción” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 156).

En consecuencia, la salida no es oponerse de forma radical a que el Derecho penal intervenga frente a nuevos riesgos e intereses sociales. Tal actitud resulta no sólo anacrónica sino incluso ucrónica, a juicio del profesor Juan Oberto Sotomayor.²⁶ Ni siquiera esta actitud ideológica que se propone desterrar del Derecho penal la protección de bienes jurídicos “colectivos” podría atribuirse a la denominada Escuela de Frankfurt.²⁷ Más bien este argumento de la

²⁴ El profesor Juan Oberto Sotomayor considera que este no es un debate de interés exclusivo del Derecho penal europeo. Por eso, si bien “traerlo al país podría ser entendido como parte del viejo vicio del penalismo nacional de reproducir, fuera de contexto, las normas, doctrinas y debates que produce la ciencia penal española, italiana o alemana”, no obstante, existe más de una razón para interesarse en el tema desde la realidad colombiana (Sotomayor Acosta, 2008, p. 154).

²⁵ Aquí pone como ejemplo los delitos contra el orden económico social, contra el sistema financiero, la urbanización ilegal, el contrabando y el lavado de activos. Asimismo, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y los delitos contra la salud pública. Sin cuestionar su aplicación práctica, la diferenciación de peligro hipotético para lo micropeligros y peligro abstracto para los macropeligros muestra que los ejemplos citados no serían propios para ser tratados globalmente como peligro abstracto.

²⁶ De otra parte, con la calificación de anacrónico a veces parece que se quiere significar que el Derecho penal liberal no tiene en cuenta la existencia en la actualidad de una criminalidad muy diferente a la tradicional, en especial aquella de carácter ambiental y económico, así como la aparición de nuevas formas de delincuencia organizada. Con la distinción entre macro y micro peligros no se pondrían en un mismo costal o de manera asistemática estos delitos que se hacen pasar como peligro abstracto.

²⁷ Para Juan Oberto Sotomayor, “la concepción personal del bien jurídico no supone el rechazo de plano de la protección de bienes jurídicos supraindividuales ni de la posibilidad de recurrir en algunos casos y con moderación a la tipificación de delitos de peligro abstracto” (2008, p. 157). En sí lo que se cuestiona es la ampliación excesiva de la criminalización a través de estos dos instrumentos, es decir, la objeción a algunas propuestas de modernización del Derecho penal no puede entenderse orientada a cuestionar la admisibilidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos, sino, más bien, al recurso desmesurado a la tutela penal con miras a la protección de meras funciones o de intereses carentes de materialidad. Por tanto, “una concepción liberal o garantista del Derecho penal no parte de la ilegitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos como a veces se entiende” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 158). De esa manera, los bienes jurídicos colectivos, sólo deben cumplir con el

imposibilidad de una vuelta a un pasado²⁸ procede de un sector de la doctrina que opta por un programa renovador o modernizador del Derecho penal para “enfrentar con éxito los desafíos de la criminalidad actual”, cuando realmente se propone “la ampliación del catálogo de bienes jurídicos y una flexibilización de los principios y reglas de imputación de la responsabilidad penal en algunos de estos nuevos ámbitos” (Sotomayor Acosta, 2008, p, 160).

Ante este panorama de modernización del Derecho penal, el profesor considera que se puede reivindicar un Derecho penal liberal. Claro está, reconociendo que las actuales propuestas no pueden entenderse orientadas a demandar una vuelta a la legislación penal del siglo XIX o a la sociedad de entonces. Es más, no se puede desconocer que el moderno Derecho penal es también producto, en mayor o menor grado, de la intrínseca ambivalencia que caracteriza el modelo tradicional de Derecho penal liberal y por tanto no puede establecerse una división tajante entre Derecho penal «clásico» y Derecho penal «moderno». Pero lo que cabe deducir de esto no puede ser la ampliación, sino por el contrario la reducción de la intervención penal exclusivamente a aquellos ámbitos de intervención donde resulte idóneo conforme a las reglas que lo legitiman (Sotomayor Acosta, 2008, p 161).²⁹

De este modo, el verdadero obstáculo al que se enfrentan las propuestas de modernización del Derecho penal es determinar los problemas que efectivamente ameritan intervención penal, teniendo en cuenta no sólo su gravedad sino también y de forma muy especial “la idoneidad del mecanismo punitivo en tales casos” (Sotomayor Acosta, 2008, p 161). En otras palabras, no se trata de renunciar a la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras dando una vuelta a la sociedad del siglo XIX. Se trata de algo más elemental: “de recordar que el uso del Derecho penal presupone la previa demostración de la idoneidad y eficacia de los instrumentos penales para lograr dichas metas” (Sotomayor Acosta, 2008, p. 162). Por tanto, lo que no se debe hacer es presentar el sacrificio o desconfiguración del sistema de garantías del Derecho penal en aras de la modernización del Derecho penal como una consecuencia «necesaria» o «inevitable» de la sociedad moderna, dejando de lado que se está ante una cuestión valorativa. En este terreno cualquier consideración utilitarista no debería prevalecer sobre los valores del Estado de Derecho y de la democracia (Sotomayor Acosta, 2008, p. 162).³⁰

Aunque Juan Oberto Sotomayor piensa que no se puede hablar de una combinación entre utilitarismo y garantismo, sino de un modelo garantista de “menor nivel” que abre paso a los nuevos riesgos, sí precisa sobre la necesidad de diferenciar el Derecho penal que surge como respuesta a los nuevos riesgos de la sociedad del riesgo y el Derecho penal de la seguridad

requisito de materialidad y por tanto deben tener un carácter lesionable, lo que por supuesto no significa que se deban proteger de cualquier manera y ante cualquier ataque.

²⁸ Cuando se afirma que el derecho penal del riesgo es otro paradigma, en concreto, al entender que «no hay vuelta atrás», este autor acepta de forma «resignada» la modernización del Derecho penal.

²⁹ Si bien se puede estar parcialmente de acuerdo, no por las mismas razones. A esta perspectiva le falta la distinción entre micro y macropeligros si se pretende limitar la expansión excesiva de bienes jurídicos colectivos que no son macro sino micropeligros o de peligro hipotético. En lo planteado el derecho penal puede adquirir velocidades distintas a las formuladas por Silva Sánchez.

³⁰ No hablaría entonces de evolución ni paradigma, sólo de una cuestión valorativa. Sin embargo, entre garantismo o utilitarismo el debate no es tan claro. En casos de terrorismo u otros relacionados, prima el utilitarismo como mal menor sobre el garantismo. En el caso del mal menor, se podría hablar de una «segunda velocidad», pero con pena privativa. Un derecho penal de menores garantías sólo para casos muy excepcionales, dentro de una lógica racional de acción del Estado (Bellamy, 2009), una ética del mal menor (Ignatieff, 2018), o una acción racional y razonable (Cardona-Restrepo; Patiño Aristizábal; Toro Londoño, 2022).

ciudadana, confusión ésta que podría seguir propiciando la instrumentalización del discurso de la modernización por el de la seguridad ciudadana. Lo anterior implica no equiparar los riesgos derivados de la sociedad del riesgo con otros, sino separar las “dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas” (Díez Ripollés, 2006, p. 212). La confusión se sustenta únicamente en “la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos”, sólo políticos (Díez Ripollés, 2006, p. 213).³¹

En relación con esto, Juan Oberto Sotomayor advertirá que “el Derecho penal de la seguridad extiende el discurso modernizador a ámbitos muy diferentes a los que le dieron origen, tratando de abarcar con la idea del riesgo a situaciones de criminalidad común” (2007, p. 17). Claramente, esta observación la anticipa Díez Ripollés indicando que “el modelo penal de la seguridad ciudadana se ha servido parasitariamente del debate sobre la sociedad del riesgo y, singularmente, de las propuestas que abogan por una modernización del Derecho penal. Este hecho, condiciona inevitablemente el futuro del discurso modernizador, el cual no puede proseguir como si no hubiera pasado nada. De ahí que los justificados esfuerzos por introducir el Derecho penal en nuevos y novedosos sectores sociales necesitados de su intervención han de desarrollarse teniendo en cuenta, y previniendo, esa instrumentación por parte del discurso securitario de una serie de valoraciones y decisiones político-criminales propias del argumentario modernizador” (2006, p. 240).

La conclusión a la que llega el profesor Juan Oberto Sotomayor, es la siguiente: buscar “el mantenimiento de las garantías y reglas de imputación propias del Derecho penal clásico no significa una vuelta al siglo XIX, ni la desprotección de los derechos de generaciones futuras, sino regresar a la idea del Derecho penal liberal (centralizado en el ser humano y construido con el programa de menos penas y más garantías), que puede denominarse hoy, siendo las leyes y el contexto actual diferentes de aquellas de la Ilustración, como un Derecho penal garantista” (2007, p. 19). Ciertamente, esta afirmación sin olvidar que la “modernización” del Derecho penal, al menos en Colombia, tiene lugar mediante la configuración de un Derecho penal de la seguridad. Frente a esto, en las páginas referidas insiste que tal modelo no se aplica realmente, pues no hay una política criminal que busque perseguir ese tipo de criminalidad, sino que, como siempre, el interés de persecución radica en “el conflicto interno y en la delincuencia común”.

Por tanto, en Colombia no hay modernización del Derecho penal sino un Derecho penal de la seguridad que se ha construido utilizando la modernización, pero aplicado a la delincuencia de siempre: “un Derecho penal del enemigo donde, además, casi no hay ciudadanos” (2007, p. 19).³² Por ende, en nuestro país formalmente se recogen algunos de los rasgos del Derecho penal moderno, como se empezó a hacer con el Código Penal de 1980 y se consolidó con el Código Penal de 2000, al incluirse tipos penales con nuevos bienes jurídicos (delitos ambientales, manipulación genética, etc.), pero ello sólo es un manto ideológico. Así, para

³¹ Subrayado por fuera del texto.

³² Este, que parece ser el origen de la funcionalización del Derecho penal por satisfacción de las exigencias de seguridad, lo visualiza el profesor Juan Oberto Sotomayor “en el uso que en el país se ha dado al Derecho penal como instrumento de guerra, que ha convertido al delincuente político en delincuente común” (2007, p. 5).

Juan Oberto Sotomayor no se puede trazar una línea divisoria clara entre partidarios y no partidarios de la modernización³³, advirtiendo al mismo tiempo que difícilmente pueda encontrarse algún autor que en la actualidad no acepte algún grado de esta (2007, p. 14).³⁴

Para ampliar un poco lo anterior, conviene mencionar otras perspectivas: 1) quienes creen que sus soluciones apuntan a convertir los delitos de peligro abstracto en peligro concreto o suprimirlos del sistema por considerar estos ilegítimos de manera global a causa de una definición particular de los delitos de peligro abstracto; 2) los que abogan por un giro de control preventivo mediante mecanismos disponibles en el derecho civil o público con el fin de suprimir las patologías del derecho penal; 3) las que procuran la restricción de los delitos de peligro abstracto dibujando de nuevo sus límites.³⁵

1.1 ¿Convertir los delitos de peligro abstracto en peligro concreto o eliminarlos?

Esta alternativa hace referencia a una postura crítica “severa” que haciendo un equivocado uso lingüístico de los delitos de peligro abstracto no reconoce la necesidad de que el sistema penal “evolucione” para responder a los nuevos conflictos. En lugar de la apertura, defiende la conversión de los delitos de peligro abstracto en peligro concreto o su declaratoria de inconstitucionalidad, su abolición. Lo anterior, siguiendo las líneas que dibuja la Sentencia C-430 de 1996 de la Corte Constitucional donde, a pesar de sus consideraciones, sostiene que en los tipos de peligro se debe observar la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Si bien la sentencia no refiere a la conversión, sino a un caso de eliminación, construye la siguiente comparación buscando “precisión” conceptual:

“Cuando el peligro es **remoto**, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la **mera desobediencia o violación formal** de la ley con la realización de una **acción inocua** en sí misma. En última instancia, la **potencialidad dañina** que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al **acto** mismo sino a su **autor**. Por el contrario, cuando el peligro es **próximo** porque la realización de la conducta está vinculada con la **potenciación de un daño concreto**, resulta justificada la

³³ Frente a esta aparente contradicción, no creo que la discusión termine siendo solo definir la posición entre utilitarismo y garantismo. No obstante, su línea divisoria es la siguiente: a) un sector de la doctrina que acepta, con ciertas limitaciones, la asunción de ciertos ámbitos del Derecho penal moderno, pero sobre la base del respeto, en lo esencial, a los principios y reglas tradicionales del Derecho penal. Ésta parece ser la posición, sin duda, de la gran mayoría de la doctrina penal actual; b) otro sector doctrinal va más allá y considera que la eficacia preventiva del Derecho penal debe conducir a la revisión de algunos de los principios y tradicionales reglas de imputación de la responsabilidad penal para adaptarlas a las nuevas realidades (Sotomayor Acosta, 2007, p. 15).

³⁴ Frente a esta crítica, cabe anotar lo siguiente: si bien la sociedad del riesgo no tiene fronteras, esto no justifica una exportación acrítica que, como en nuestro caso, resista el eco procedente de la sociedad del riesgo. Si bien, el legislador colombiano no ha seguido este eco de la sociedad del riesgo, mostrando que es un manto ideológico para impulsar la emergencia penal del contexto colombiano, *los delitos de peligro abstracto son en muchos casos copia de la imprecisa reacción de otras naciones*. En el caso de la crítica abolicionista, esta sigue una ideología ecologista y economicista para tratar de eliminar estos delitos. Esta connotación valorativa, no del todo aceptable, se impulsa en un uso lingüístico de los delitos de peligro abstracto como presuntos. La visión resulta reduccionista de estos delitos tanto desde el momento de su existencia como desarrollo, sea en términos de presunción o de peligrosidad.

³⁵ Nuestra propuesta para sacar estos delitos del “cajón de sastre”, será: 1) mediante la aclaración lingüística que define el alcance de la posibilidad, la potencialidad, la probabilidad; 2) dibujar con claridad la diferencia entre micro y macropeligro.

represión de la misma, pues el derecho penal no sólo tiene por objeto sancionar los delitos, sino también prevenirlos” (Corte Constitucional, 1996).³⁶

En aquel caso la Corte Constitucional procedió a declarar la inexecutable del artículo 7 y la exequibilidad condicionada del artículo 8 de la Ley 228 de 1995 sobre aquellas sustancias que producen los mismos efectos de la escopolamina, es decir, “cualquier otra sustancia semejante que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas” y no se utilizan como medicamento. Por tanto, se declara inexecutable el tipo penal que sancionaba el porte de llaves maestras o ganzúas, porque su porte no representaba más que una hipotética opción dentro de “un amplio espectro de posibilidades” frente a la vulneración de la propiedad.

En cambio, en el caso de la prohibición del porte de escopolamina, la sentencia precisa no tanto en los efectos que esta sustancia produce según los datos que brinda la experiencia relacionados con un uso criminal de la sustancia, sino respecto a que su tenencia representa una amenaza concreta para el bien jurídico, de modo que justifique su tutela anticipada. Lo concreto aquí para quien la porta en lugar público es un supuesto de hecho de tener la intención de suministrársela a otra persona con el propósito de ponerla en estado de indefensión. La sentencia solo aclara que la conducta no será antijurídica cuando el porte de la escopolamina obedece a fines distintos, quedando en un espacio abierto de posibilidades.

Según esto, pareciera razonable afirmar que, las normas demandadas, constituían tipos de mera conducta, porque sancionaban el simple porte de llaves maestras o ganzúas, como también en el caso de escopolamina o cualquier sustancia semejante, sin llegar a precisar la modalidad de peligro con la segunda conducta, pues, la Corte Constitucional considera que se amenaza los bienes jurídicos protegidos. En este caso el razonamiento fue el siguiente:

“En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es **enteramente contingente**, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la **potencialidad** dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor” (Corte Constitucional, 1996).³⁷

En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Así, será necesario determinar si el peligro es remoto o próximo para indicar si se encuentra o no amenazado en forma concreta un bien jurídico. En el caso de peligro remoto, se castiga la mera desobediencia o violación formal de la ley de modo que la acción tendría una realización inocua en sí misma, es decir, equiparable a una hipotética opción dentro de “un amplio espectro de posibilidades”.

En el caso de la escopolamina, la Corte Constitucional juzga que el peligro es próximo porque la realización de la conducta está vinculada con la potenciación de un daño concreto. Es decir, su tenencia relacionada con un uso criminal de la sustancia representa una amenaza concreta para el bien jurídico y, por tanto, merece una forma anticipada de tutela. Así, quien la porta en lugar público tiene la intención de suministrársela a otra persona para ponerla en estado

³⁶ (Subrayado por fuera del texto).

³⁷ (Subrayado por fuera del texto).

de indefensión, de manera que la conducta no será antijurídica cuando el porte de la escopolamina obedece a fines distintos.³⁸

Los lugares indicados en la norma serán claves para determinar cualquier circunstancia que rompa la relación de causalidad entre el porte de la sustancia y la probabilidad de causar daño a otro, como su destinación al uso farmacológico. Por esa razón, apoyándose en la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa, Tamayo Medina considera que el peligro es aquel que hace referencia a las conductas que amenazan o ponen en riesgo el objeto de la acción. A esta noción de peligro como amenaza o riesgo, añade la posibilidad o probabilidad “objetiva” de un daño o resultado lesivo; de modo que, si el peligro “es la mayor o menor probabilidad de un resultado dañoso, la más o menos elevada posibilidad de producción”, será razonable entonces rechazar en nombre de la antijuridicidad material los delitos de peligro abstracto por ser delitos de mera conducta (Tamayo Medina, 2007, p. 95).

Sin duda, lo anterior queda oscuramente justificado para fundamentar la tutela anticipada y prevenir el daño concreto porque la potenciación no se define por la proximidad o distancia del peligro. Lo próximo sería lo potencial y lo remoto lo posible, dejando a un lado el lenguaje de lo probable y otros conceptos que son necesarios para definir los delitos de peligro.

Utilizando sin distinción los conceptos de posibilidad y probabilidad como lo previsto por la Corte Constitucional, Tamayo Medina esgrime como un argumento trasladable, pero en favor de la conversión, que el artículo 11 CP indica que se modifican y desaparecen los delitos de peligro abstracto. La dificultad no está solamente en que la anticipación pretenda evitar un resultado, porque el peligro justificaría la anticipación; está en que solo extraería la “probabilidad” de un resultado, pero no el carácter lesivo del mismo. De allí que afirme la “necesidad de adelantar la protección de ciertos bienes jurídicos que, por su elevada importancia, no se espera a la producción del resultado, sino que se juzga conveniente castigar las conductas peligrosas para ellos, en orden a evitar el suceso dañoso” (Tamayo Medina 2007, p. 96).

Esta necesidad de adelantar la protección estará “bien valorada” para los casos de concierto para delinquir, incendio, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego. De ese modo, Tamayo Medina considera que la verdadera discusión gira en torno a los delitos de peligro presunto, es decir, que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque en ellos el peligro se presume de derecho, no exigen prueba ni permite prueba en contrario (2007, p. 100, 101). En otras palabras, considera que esta apreciación se sustenta aún en la distinción propuesta en la Sentencia C-430 de 1996 relativa al peligro remoto y peligro próximo: el primero refiere a la *contingencia* de la relación de causalidad cuando está lejos de poner en riesgo el bien jurídico; el segundo, cuando la conducta está vinculada con la *potenciación* de un daño concreto, se dirige inequívocamente a la lesión del bien jurídico (Tamayo Medina, 2007, p. 98). Así, el grado de “probabilidad” será la clave que encuentra para abrir y determinar la puerta de la peligrosidad, y, con ello, la penalización de la conducta.

³⁸ Las consideraciones anteriores, realizadas a propósito de la prohibición del porte de escopolamina, se hacen extensivas por la Corte Constitucional a la represión del porte de “cualquier otra sustancia semejante”, siempre que se entienda aquellas que produzcan los efectos de la escopolamina (estado de pasividad, somnolencia o sueño profundo, eliminación de las reacciones instintivas, de los actos inteligentes de la voluntad y de la memoria), y que además no se utilicen como medicamentos o estupefacientes, pues en estos casos, la relación de causalidad entre el porte de la sustancia y la intención de causar daño a otro, es meramente contingente; de nuevo, una hipotética opción dentro de “un amplio espectro de posibilidades” (Sentencia C-430/1996).

Si los delitos de peligro abstracto son realmente delitos sin peligro, se puede concluir con la distinción de peligro presunto y peligro demostrable, que presume la posibilidad de un daño y excluye la posibilidad de indagación sobre la probabilidad del perjuicio o lesión. En esta solo cabe la antijuridicidad formal, o sea, basta con la realización de la conducta. Lo anterior, lleva a Tamayo Medina a concluir que, teniendo presente el artículo 11 CP, relativo al peligro efectivo, la norma indica que se modifican y desaparecen los delitos de peligro abstracto, es decir, la presunción *juris et de jure* de peligro (2007, p.103). Así, la actividad del legislador se debe limitar a la punición de conductas reales o potencialmente lesivas de bienes jurídicos. Lo que quiere decir que el potencial remoto es un desvalor de acción insuficiente para fundamentar el injusto. La antijuridicidad material que consagra el art 11 CP ofrece, según Tamayo Medina, las razones de la proscripción de los delitos de peligro abstracto por el principio de lesividad, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Vulnera el principio de inocencia, contradicción, defensa y deber de investigar.
2. Los delitos de peligro abstracto no satisfacen las exigencias del principio de antijuridicidad material.
3. Sería una punición de hipótesis en la que no está presente de modo efectivo el riesgo para el bien jurídico.
4. Entran en conflicto con el principio de lesividad y de intervención mínima al suponer el adelantamiento de la actuación penal (Tamayo Medina, 2007, p. 104-106).

Si bien la creciente expansión del derecho penal a través de los delitos de peligro abstracto ha generado el desarrollo de una nueva dogmática, ésta, según indica el autor, debe considerar los límites en su configuración, esto es, que los delitos de peligro abstracto son tipos penales que no ostentan antijuridicidad material (Tamayo Medina, 2007, p. 107, 111).³⁹ Desde esta posición, Tamayo Medina propone que para salvar los problemas de los delitos de peligro abstracto se debe regular las conductas atinentes a la protección de intereses suprapersonales como bienes jurídicos intermedios, que no es otra cosa que tutelar intereses colectivos con bienes jurídicos de particulares, de modo que así se convierten los delitos de peligro abstracto en peligro concreto (2007, p. 108). Por tanto, sería inadmisibles la punibilidad de una conducta a la que no se haya juzgado como idónea para afectar el bien jurídico. Si los delitos de peligro riñen con la lesividad, son inconstitucionales. De ese modo, el juez debe comprobar que el peligro sea próximo, no remoto, que exista relación de probabilidad entre el comportamiento y el resultado lesivo; sin esta verificación se castiga la simple desobediencia, cuando el artículo 11 del CP expresamente está aludiendo al peligro efectivo. Por tanto, para Tamayo

³⁹ La postura de Tamayo Medina está guiada por el pensamiento de Ferrajoli, para quien, si el peligro no es materialmente identificable, se castiga la acción inocua en sí misma (Ferrajoli, 1997, p. 479). Ferrajoli propone una doctrina garantista del bien jurídico atendiendo al principio de lesividad, que constituiría un factor de ilegitimidad política y jurídica de los delitos de peligro abstracto. Un programa de derecho penal mínimo implicaría, que el principio de lesividad se convierte en un criterio para excluir muchos tipos penales. El requisito de lesividad concreta en cuya lesión solo estarían las personas de carne y hueso generaría cambios estructurales en términos de despenalización. Los delitos de peligro abstracto o presunto, que no se requieren un peligro concreto, sino que se presume en abstracto, por la ley, no es otra cosa para Ferrajoli que el castigo de la mera desobediencia o la violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma. Por tanto, estos tipos deberían ser reestructurados con base en el principio de lesividad, como delitos de lesión o al menos de peligro concreto, aceptando la anticipación sólo cuando se trata de estos últimos. La lesividad sería así un principio de minimización de las prohibiciones penales, casos puntuales: delitos de asociación, conspiración, instigación de ciertos delitos contra la seguridad interior del Estado, provocación, insurrección, guerra civil. En ese sentido, lo oportuno para Ferrajoli es su supresión y tratar estos como violaciones de normas administrativas, bien porque duplican la responsabilidad, bien porque operan como delitos de sospecha (1997, p. 479).

Medina “todos los delitos de peligro en Colombia son de peligro concreto” (2007, p. 113, 118, 120).

Frente a la tesis anterior, Ricardo Cita Triana plantea que, si bien Tamayo Medina ha reconocido la imposibilidad de admitir en el derecho penal colombiano los delitos de peligro abstracto, se propone en su argumentación asimilarlos como delitos de peligro concreto en los cuales hay una presunción que ha de ser comprobada por parte del juez, donde los delitos de peligro abstracto pasan a ser delitos de peligro efectivo o demostrable sin más. Tal postura, empero, no la considera aceptable por cuanto desconoce que hay delitos en los que resulta imposible determinar la puesta en peligro (Cita Triana, 2013, p. 64). Por tanto, es necesario hacer una distinción entre los delitos de puesta en peligro, en los que realmente se puede establecer una relación negativa con determinados bienes jurídicos según la potencialidad lesiva de lo injusto, y los delitos de peligrosidad que se caracterizan por la imposibilidad de determinar la situación de peligro en el caso concreto y su difusa conexión con la protección de bienes jurídicos. Solo los delitos de puesta en peligro son admisibles en un derecho penal que respete las exigencias de un modelo político-jurídico como el Estado de derecho, ya que “son estos los que logran compaginarse con los principios de intervención mínima, de protección de bienes jurídicos, y con las garantías elementales en las que se enmarca la acción penal llevada a cabo por el Estado” (Cita Triana 2013, p. 64).

De acuerdo con esta apreciación, “en el derecho penal colombiano existen argumentos para establecer la inadmisibilidad de los delitos de peligro abstracto por ser estos una forma de romper categóricamente con los lineamientos político-criminales de la legislación penal en el país” (Cita Triana 2013, p. 67). Si bien se ofrece argumentos con los cuales se trata de conciliar tal definición de los delitos de peligro con las exigencias del artículo 11 CP, es decir, la puesta en peligro efectiva y la simple punición de la desobediencia al derecho, los delitos de peligro abstracto por definición contrarían formalmente el ordenamiento jurídico (Cita Triana 2013, p. 69).⁴⁰

Las “consecuencias” dogmáticas, le harán concluir que estos delitos son una criminalización que no tiene sentido dentro de los parámetros de una política criminal democrática. El delito de peligro abstracto como criterio que apela a la peligrosidad muestra cómo estos delitos se reducen a una criminalización de la desobediencia de los ciudadanos, refiriendo al autor y no al peligro “que apela a la conducta” (Cita Triana 2013, p. 73).⁴¹ Esto significa que la afectación del bien jurídico no se vincula a la creación de una situación de peligro concreto, sino a un elemento de peligrosidad.

Por consiguiente, no cualquier forma de criminalización hechas por el legislador resulta aceptable, empezando por la imposibilidad de admitir delitos que solo se basen en la desobediencia formal. Por eso considera Ricardo Cita Triana que “la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto no es una categorización adecuada para la

⁴⁰ No tiene sentido plantear en esos términos el problema, teniendo presente que muchos “delito de peligro abstracto” realmente no lo son. Uno de esos delitos reconocido como de peligro abstracto, es el del porte de estupefacientes, que son delitos de conducta, no de peligro abstracto. Lo abstracto no es sinónimo de presunto.

⁴¹ Refiriendo a la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de octubre de 2009, radicación 29655, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, señala que para la apreciación del tipo previsto en el artículo 374 del Código Penal no es necesario que se ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas; lo que sanciona este delito es la situación de riesgo, de peligro abstracto a la que se somete la colectividad por la ejecución de la conducta allí descrita (Cita Triana, 2013, p. 73).

criminalización de conductas peligrosas, sean de tipo individual o colectivo” (2013, p. 79). Los delitos de peligro abstracto resultan ser delitos sin peligro y, por tanto, son delitos de peligrosidad en los que la punibilidad está referida a un acto de desobediencia del ciudadano (Cita Triana 2013, p. 80). Si en los delitos de peligrosidad está ausente los elementos del delito (la antijuridicidad material como menoscabo al bien jurídico), no hay posibilidad de admitir en la legislación penal estas tipificaciones.⁴² Con esta indicación, juzgará que “es imposible establecer la necesaria relación negativa con el menoscabo de los bienes jurídicos, lo cual rompe con los principios de lesividad, de la intervención mínima y con el carácter subsidiario de la intervención penal” (Cita Triana 2013, p. 80).

Luego de concluir que los delitos de peligro abstracto son delitos sin daño, la tesis de Ricardo Cita Triana es su conversión o su eliminación. Lo más conveniente, según dice, es acoger la denominación de delitos de peligro concreto pues no tiene sentido insistir en la posibilidad de existencia de delitos de peligro abstracto.⁴³ Si este delito no tiene cabida en el sistema penal colombiano cuya estructura penal contraría los valores del Estado de derecho, entonces los pretextos para expandir el derecho penal sólo pueden sustentarse en dos falacias: la primera, la seguridad nacional como un bien superior que justifica la anticipación de la represión penal; la segunda, la argumentación de la sociedad de riesgo y la urgencia de anticipación protectora para justificar los delitos de peligro abstracto (Cita Triana 2013, p. 5).⁴⁴

En resumen, los delitos de peligro abstracto son antes que nada delitos de peligrosidad, de desobediencia, no referidos a la creación de una situación de riesgo, sino a falta de adaptación de la conducta de los ciudadanos a las exigencias del derecho, en la cual no se puede verificar “una relación negativa con lo que el derecho penal pretende proteger, los bienes jurídicos” (Cita Triana 2013, p. 12). Esta es la problemática general de la existencia de los llamados delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano que encuentra el autor. Sin embargo, la presentación sobre las precisiones conceptuales acerca de los delitos de peligro no supera los inconvenientes terminológicos que trata de resolver.⁴⁵ Como el peligro no es un elemento del tipo y dado que no hay necesidad de otra exigencia probatoria, la conducta es de mera actividad. De modo que la ley sólo presume la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado (Cita Triana 2013, p. 12).

Esta definición implica que en los delitos de “peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal debe ser sancionada aun cuando no hay

⁴² Empujando el problema a un esquema dogmático, no analítico, la crítica se proyecta en análisis de antijuridicidad; en cambio, en término de usos lingüísticos vigentes las precisiones conceptuales indicarían que esta discusión se ha conducido a tipos que no son peligro abstracto: la precisión conceptual como resultado analítico, muestra que la clasificación tradicional entre lo abstracto y lo concreto puede mantener su vigencia, proponiendo la peligrosidad sólo como alteración conceptual.

⁴³ El delito de peligro abstracto aquí genera incompatibilidades con las categorías de la dogmática penal en tanto refiere a un delito sin daño, sin menoscabo del bien jurídico, delito sin antijuridicidad, delito sin culpabilidad.

⁴⁴ Explora la posibilidad conceptual de los delitos de puesta en peligro, que supere la distinción entre lo concreto y lo abstracto de la clasificación tradicional. Así, los delitos de puesta en peligro, no de peligrosidad, pueden subsistir en la legislación penal condicionados a la demostración empírica del daño al bien jurídico. Esto, en razón a que la introducción de delitos de peligro abstracto muestra muchas dificultades para acoplarse a las exigencias dogmáticas para la conformación del injusto, sobre todo en el adelantamiento de la barrera punitiva a fases muy previas a la lesión desde presunciones no susceptibles de verificación. La discusión termina en la siguiente tesis dentro del esquema dogmático, los delitos de peligro abstracto son delitos de peligrosidad, con claras consecuencias político-criminales y dogmática.

⁴⁵ Con la distinción entre peligro y peligrosidad trata de superar los problemas de la jurisprudencia colombiana al momento de aplicar algunos tipos de delitos que se reconocen como de peligro abstracto (Cita Triana 2013, p. 12). No obstante, este enfoque trae una caracterización que no permite ver todo el fondo como hace ver el enfoque analítico.

determinado el peligro que constituye la razón de la norma" (Cita Triana 2013, p. 12).⁴⁶ Un delito de peligro abstracto es la acción criminalizada, no necesita verificar su potencialidad peligrosa, simplemente se presume que puede pasar⁴⁷, de modo que "la presunción que se establece para estos casos está determinada por el conocimiento científico, la estadística sobre las posibilidades de daño a intereses protegidos de determinadas acciones de los sujetos y por la experiencia del legislador" (Cita Triana, 2013, p. 15).⁴⁸ En este último caso, el autor considera que el legislador, a partir de su experiencia, simplemente realiza "la selección de conductas típicamente peligrosas para bienes jurídicos sin que resulte imperativa la evaluación de una concreta puesta en peligro para el objeto protegido" (Cita Triana 2013, p. 15).⁴⁹

Para cerrar esta visión terminológica sobre los delitos de peligro abstracto, el autor diferencia entre peligro y peligrosidad en términos de proximidad a la lesión. Si bien muchos siguen los criterios usados por la Corte Constitucional de proximidad, para este autor la diferencia en términos de proximidad conduce a hablar de delitos de peligrosidad y no de peligro abstracto. Así, hay dos clases de injustos: por un lado, un injusto —peligro concreto— basado en el desvalor de la acción y un componente de desvalor de resultado; por otro lado, un injusto que solamente tiene como contenido el desvalor de la acción que encarna una presunta peligrosidad determinada por el legislador a partir de su experiencia (Cita Triana 2013, p. 16). Con esta terminología de peligro y de peligrosidad, el autor cree que se "introduce en el debate sobre la delimitación conceptual nuevas dimensiones que pasaban desapercibidas en la presentación tradicional del tema" (Cita Triana 2013, p. 17). Por tanto, el binomio peligro concreto-peligro abstracto, resulta precario e incorrecto para comprender la dinámica de la tipificación. Superada esta controversia con la inadmisibilidad de los delitos de peligro abstracto al interior del derecho penal, el autor prefiere hablar de delitos de peligrosidad y delitos de puesta en peligro (Cita Triana 2013, p. 25).⁵⁰ Son las propuestas funcionalistas y

⁴⁶ Las clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo al bien jurídico tutelado, indicarían que hay delitos de peligro presunto y delitos de peligro demostrable.

⁴⁷ Potencialidad y posibilidad serían aquí dos formas lingüísticas de diferenciar el peligro en su versión abstracta y concreta, aun cuando estas pueden ser referidas únicamente a los DPA. La posibilidad no sería la forma lingüística propia de los delitos de peligro abstracto -DPA.

⁴⁸ Ricardo Cita Triana todavía se mueve dentro del círculo interpretativo de la proximidad. Dice: "este criterio aproximativo hace que, en los delitos de peligro concreto, el peligro sea un elemento contenido en el tipo, porque se necesita demostrar la relación de la potencialidad lesiva de la acción, desde una perspectiva ex ante, con el eventual resultado que se ha querido evitar a través de la norma penal" (2013, p. 15). (Subrayado por fuera del texto).

⁴⁹ La experiencia del legislador no queda bien registrada ante las discrepancias a nivel de elaboración dogmática y las analíticas o "terminológicas" de lo que se entiende por delito de peligro abstracto. Igualmente, respecto del uso de la expresión lingüística posibilidad, potencialidad o probabilidad como medio de descripción de este. En general, las definiciones ofrecidas tanto de los delitos de peligro concreto como de los delitos de peligro abstracto se establecen teniendo en cuenta la proximidad de la lesión, seleccionando conductas no propias a una sociedad del riesgo en las que extrañamente se confunde el concepto de potencialidad con el de posibilidad, perdiendo de vista la idea de peligro la diferencia entre micro y macropeligro que son la razón de ser de los delitos de peligro abstracto. Desde este marco categorial de micro y macropeligro toma significado la distinción entre posibilidad, potencialidad y probabilidad.

⁵⁰ Precisamente para tomar distancia de las propuestas funcionalistas, el autor sigue la tesis de Hans-Joachim Hirsch, para afirmar que el uso tradicional de la expresión "delitos de peligro abstracto" resulta ser inconveniente porque la puesta en peligro ha de ser concreta, de lo contrario no es puesta en peligro. La razón es la siguiente, en esta categoría delictiva no se califica el efecto de la acción, sino la acción misma, la cual se juzga como "peligrosa en sí" (Cita Triana, 2013, p. 19). Por eso, en referencia a Hirsch, el "arcaico binomio conceptual peligro concreto y peligro abstracto" no alcanza a distinguir el matiz necesario para el análisis de los delitos de peligro. Por tanto, propone una reclasificación de los delitos de peligro, a saber: "delitos de puesta en peligro y en delitos de peligrosidad, que a su vez se dividen en delitos de peligrosidad concreta y de peligrosidad abstracta" (Cita Triana, 2013, p. 31). Aunque el autor menciona que resulta difícil imponer una nueva denominación y clasificación cuando existe una ya muy consolidada en la que los referentes básicos están asentados, aunque no del todo claros y, precisamente por ello, un cambio puramente nominativo puede producir más confusión" (Cita Triana, 2013, p. 37). No obstante, la peligrosidad no arroja mayores frutos analíticos. Por tanto, sin bien se puede estar o no de acuerdo con aceptar la terminología tradicional, lo que

normativistas las que reconocen la necesidad de punición de conductas por medio del modelo de delitos de peligro abstracto.

La idea general que atraviesa esta explicación de los delitos de peligro consiste en la inconformidad con el hecho de que haya una presunción del peligro (Cita Triana 2013, p. 27). El poder punitivo del Estado estaría simplemente castigando la desobediencia de los ciudadanos, lo cual resulta un contrasentido (Cita Triana 2013, p. 27).⁵¹ Así, se aclara y profundiza la diferenciación que se presentaba como imprecisa y sujeta a cambios, dependiendo de la consideración de proximidad del riesgo.⁵² “Los de puesta en peligro son delitos de resultado, mientras que los de peligrosidad son meros delitos de acción” (Cita Triana, 2013, p. 53)⁵³.

Después de haber planteado las líneas generales acerca de la noción de injusto necesaria para el balance de la pertinencia sistemática o no de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto, el autor formula algunas conclusiones que se pueden enumerar, así:

- 1) Es necesario marcar distancia de las posturas que admiten el peligro como una presunción.⁵⁴
- 2) La admisión de la presunción implicaría que la conducta típica se reduce a la verificación del tipo sin ningún miramiento al real menoscabo de bien jurídico.
- 3) Los delitos de peligro abstracto son delitos de peligrosidad.⁵⁵
- 4) Los “delitos de peligro abstracto” no ofrecen la posibilidad de estructurar la protección de bienes jurídicos penalmente tutelados, en tanto, no establecen una idea material de lo injusto.

implica el compromiso de convertir los delitos de peligro abstracto en concreto, sería establecer la causalidad como elemento definitorio y no normativo. La denominación tradicional de los delitos de peligroso me parece la terminología básica más correcta y ajustada a la descripción, siempre y cuando se tenga presente la denuncia de Díez Ripollés (2006), extensible al caso colombiano, no porque sea propiamente el peligro abstracto una definición equivocada, sino por la utilización de este en un espacio que no le es natural.

⁵¹ Un reto para los delitos de peligro abstracto es la exigencia de la prueba del resultado en el caso particular. Para Cita Triana “el aporte de Rabl consiste haber pasado de una presunción *iuris et de iure* a una de tipo *iuris tantum*, con lo cual la diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto se establece simplemente en términos probatorios” (2013, p. 27). Esta misma distinción estaría ya prevista en la noción de peligro hipotético. Sin embargo, la dificultad aquí es aludir a los casos sin distinción, tratando de manera global todos los delitos.

⁵² La peligrosidad no añade mucho para superar la imprecisión terminológica. De hecho, el camino no es todavía seguro para quien se mantiene distante al concepto o no acepta una realidad social (sociedad del riesgo). Además, sigue siendo una dicotomía de análisis que no deja observar los espacios intermedios previstos en la terminología acumulativa. Lo arcaico sería la proximidad, no la visión dicotómica abstracto-concreto. Por tanto, la clave está en diferenciar el peligro en términos micro o macro en el contexto de la sociedad del riesgo, así como el lenguaje que le es propio.

⁵³ Si la distinción no versa sobre si la puesta en peligro es concreta o abstracta, sino entre puesta en peligro de un determinado bien y la mera peligrosidad de una acción, entonces la advertencia sería que la “puesta en peligro son delitos de resultado, mientras que los de peligrosidad son meros delitos de acción” (Cita Triana, 2013, p. 53). Sin embargo, el punto de partida no sería reparar en esta tradicional diferencia, sino en el mal uso discursivo con fines securitarios como señaló Díez Ripollés (2006). El caso colombiano muestra un diagnóstico similar de mal utilización con fines económicos, ambientales y luego securitarios. Aquí la forma tradicional de clasificarlos no sufriría tal problema, se diría que los delitos de peligro abstracto son de peligrosidad, no como rechazo a los mismos sino a su utilización discursiva. Por tanto, se trata de eliminar su mal uso y delimitar bien o restringir bien a través de la denotación su comprensión. En la lesión de los bienes jurídicos colectivos se encuentra un daño potencial luego del peligro creado, se pasa de una situación de riesgo a peligro. No es desobediencia formal a la norma, sino una puesta en crisis de la misma coexistencia de una especie humana o animal.

⁵⁴ Los delitos propiamente de peligro abstracto no son de peligrosidad, ni de presunción de peligrosidad. La presunción y la posibilidad no son propios para aproximar a los delitos de peligro abstracto. Peligro abstracto no es presunto. Cuando introduce la potencialidad para referir al peligro concreto. Se puede diferenciar que potencialidad y presunción, son dos cosas diferentes, pero quedan igualmente en indeterminación.

⁵⁵ Aunque hay una clara denuncia sobre el desarrollo que han tenido, lo cierto es que han sido usados como delitos de peligrosidad. Una cosa es el uso, otra su esencia.

- 5) La noción material del bien jurídico es necesaria para analizar críticamente la admisibilidad de los llamados delitos de peligro abstracto en la legislación penal colombiana.⁵⁶
- 6) Los bienes jurídicos colectivos son principalmente elementos para la protección de un determinado funcionamiento del sistema social, de carácter masivo y universal. La necesidad se dirige a determinar si estos nuevos intereses son realmente bienes jurídicos dignos de protección penal o son solo protecciones de ámbitos funcionales.
- 7) La admisibilidad o el rechazo de los bienes jurídicos colectivos dependerá en tanto que estos entren o no como una nueva forma de reforzar los intereses individuales de los ciudadanos, es decir, han de tener necesariamente una conexión con los bienes jurídicos individuales, con lo cual se afirma que no se trata en general de nuevos bienes jurídicos, sino de nuevas formas de protección de estos.
- 8) La normativización no ofrece realmente un criterio confiable o viable para la consideración de la criminalización. El peligro no es normativo, solo un juicio relacional de probabilidad de desvalor, la afirmación de una potencialidad lesiva y concreta de agresión a bienes jurídicos. (Cita Triana, 2013, p. 56-58).

¿Hay que expulsar los delitos de peligro abstracto del derecho penal? Si los delitos de peligro abstracto son delitos de peligrosidad en los que no se puede comprobar ningún estado de peligro creado por la conducta y, por tanto, la única opción es presumirlo. Es decir, que con los delitos de peligro abstracto se castigan delitos de peligro sin peligro (Cita Triana, 2013, p. 62). La respuesta de Ricardo Cita Triana es sí, deben ser expulsados, pues, sería una insensatez desde la óptica de la protección de los bienes jurídicos que existan delitos solo en virtud de punir la desobediencia, reviviendo un derecho penal de autor (Cita Triana, 2013, p. 62).⁵⁷ El punto es que esas puestas en peligro han de existir, y han de partir de la determinación del curso causal en cada caso concreto (potencialidad), lo cual da fundamento para establecer una relación de probabilidad de desvalor basada en criterios científicos que afirmen su potencialidad lesiva (Cita Triana, 2013, p. 63) Así, siguiendo a Hirsch, el autor considera que es necesario abandonar la distinción tradicional basada en criterios de proximidad, pues, la puesta en peligro ha de ser concreta siempre, de otra manera se estaría hablando de algo distinto, de delitos de peligrosidad con función organizativa. En la lógica de una protección de bienes jurídicos relacionada con una noción material de lo injusto solo es posible establecer la distinción entre delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad. (Cita Triana, 2013, p. 63)⁵⁸. La tarea, entonces, en la legislación penal colombiana, es analizar los tipos de la parte especial con el propósito de reconocer cuáles son realmente delitos de puesta en peligro y cuáles son delitos de peligrosidad.

⁵⁶ Debe ser una consecuencia lógica si se comprende los delitos de peligro como peligrosidad. En la seguridad (en sus múltiples dimensiones: estatal, ciudadana, técnica, tecnológica, económica), la protección de la economía, la lucha contra el tráfico de drogas, la protección del ambiente y la lucha contra el terrorismo (Cita Triana, 2013, p. 50). Sin embargo, estos no son bienes jurídicos colectivos. El error aquí consiste en aplicar a cualquier caso la categoría de delito de peligro abstracto.

⁵⁷ La propuesta de conversión o eliminación estaría en esta orientación: los delitos de peligrosidad abstracta, al ser la simple punición de la desobediencia, deben ser excepcionales en el derecho criminal. En cambio, la peligrosidad concreta, exigen una comprobación concreta del potencial lesivo de la conducta, lo cual establece que esta debe contener esa potencia de peligro desde una perspectiva ex ante (Cita Triana, 2013, p. 63). En la medida en que se abre la posibilidad de que el derecho penal admita en su construcción sistemática los delitos de peligrosidad, Hirsch plantea la tendencia de que los delitos de peligrosidad abstracta paulatinamente se conviertan en delitos de peligrosidad, esto es, una conversión.

⁵⁸ Aunque hay una diferencia entre peligro y peligrosidad, no la abandona del todo siguiendo los criterios de posibilidad y potencialidad creyendo que ahí está una forma de diferenciación correcta. Pero, la diferenciación no está solo en el lenguaje de posibilidad, potencialidad y probabilidad sino, sobre todo, en la diferencia entre micro o macropeligro.

1.2 ¿Eliminar las patologías de la administrativización del derecho penal aboliendo los delitos de peligro abstracto?

En el sector colombiano se puede ilustrar la misma postura de la primera tesis en tanto que considera que se podría eliminar los delitos de peligro abstracto, pero esta vez no se trata de convertirlos en peligro concreto sino en meras contravenciones o un control preventivo desde mecanismos disponibles en el derecho civil o público. Esto, con el propósito de quitar las patologías administrativas del derecho penal que se sostienen por los delitos de peligro abstracto, los delitos cumulativos, los tipos penales en blanco, que llevan a la tutela o adelantamiento penal.⁵⁹ Convertirlos en contravenciones indicaría evitar las patologías de la administrativización del derecho penal, por lo menos en el caso de delitos ambientales o de salud, promoviendo en su lugar un control preventivo mediante mecanismos disponibles en el derecho civil o público y su consecuente abolición de la vía penal. La despatologización equivale entonces a la abolición de los delitos de peligro abstracto como categoría delictiva.⁶⁰

Una de las posturas que se propone justamente la abolición del derecho penal ambiental es la de Isabel Gómez (2015) que considera que el recurso a los delitos de peligro abstracto, los acumulativos y las normas penales en blanco, son una manera ilegítima para perseguir los atentados contra el medio ambiente y los recursos naturales, pues, son herramientas que generan la administrativización del Derecho Penal, además que implican la flexibilización de las garantías jurídico-penales (2015, p. 317). En Colombia, esta protección se encuentra a partir del Código Penal de 1980 donde se incluyeron los delitos ambientales dentro del bien jurídico, orden económico y social.⁶¹ Si bien con la Ley 491 de 1999 se modifica la anterior

⁵⁹ De ese modo, los delitos que se hacen pasar como peligro abstracto cuando no lo son, sino que son micropeligros, pueden pasar a ser parte de estas fuentes normativas en tanto son una escala menor de peligro. De este modo, se señala que no se avanza mucho cuando se usan expresiones del derecho penal abstracto que todavía resultan equivocadas.

⁶⁰ El camino que indica Feijoo Sánchez (2007) frente a la patología de la administrativización, sin desconocer la realidad de la sociedad del riesgo, es la despatologización sin la eliminación global de los delitos de peligro abstracto. El análisis político-criminal no debe conducir a una descalificación global como si estuviese evitando el proceso de funcionalización social, sino desarrollar criterios que permitan delimitar en qué casos la intervención del derecho penal resulta ilegítima, denunciando aquellos supuestos concretos donde se está haciendo un uso ilegítimo de la pena” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 203). Lo anterior, significa que el “derecho penal puede atender a nuevas necesidades sociales siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen sus funciones y el papel que debe desempeñar legítimamente la pena estatal” (Feijoo Sánchez, 2007, p. 203). Ello obliga a llevar a cabo un análisis político criminal más detallado, pues, como bien advierte el autor “no se trata de que los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos universales sean de partida ilegítimos”, el problema es que se crean nuevos delitos de peligro abstracto o se protegen bienes jurídicos colectivos que son ilegítimos.

No obstante, para pasar de la despatologización a una connotación valorativa, sería necesario además recorrer otro camino de orden conceptual, para ilustrar que no son delitos de peligro abstracto los que se señalan como causantes de esta patología o que se debe en otros casos a un uso discursivo de emergencia penal. Por ejemplo, esta despatologización puede realizarse desde una distinción de los delitos ambientales desde una connotación ecologista o supraindividual (Alcacer Guirao, 2002; Soto Navarro, 2005; Fuentes Osorio, 2012). La patología de la administrativización se puede comprender como consecuencia de un mal uso de la expresión delitos de peligro abstracto. En ese sentido, se puede referir a “delitos” cumulativos en tanto sirvan como criterios para sancionar micropeligros o remitir al Teorema de Coase, que trata estos temas ambientales como asuntos meramente económicos. Para examinar cuáles usos son ilegítimos, incluso, se podría usar las categorías de potencialidad o probabilidad como infracción administrativa si refieren a un micropeligro, no un macropeligro donde fácilmente caben los delitos de peligro abstracto. En caso de que sean tratados como delitos, no deben considerarse peligro abstracto, así usen la terminología propia de la sociedad del riesgo como potencialidad o probabilidad. Al no referir a los micro o macropeligros la noción queda reducida a otro campo sin atender a sus criterios diferenciaciones.

⁶¹ Isabel Gómez señala que en 1974 se plantean ciertas actividades relacionadas más con la economía que con los recursos ambientales. En 1978 se amplió el grupo de conductas con esta misma orientación, incluyendo la ocupación de parques y zonas de reserva forestal, exploración y explotación indebida de esmeraldas, exploración y explotación de sustancias radioactivas, invasión de concesión maderera o zona de minería, entre otras (Gómez Vélez, 2015, p. 312).

regulación y la protección penal del medio ambiente ya no está ligada al orden económico, es una diferencia apenas formal ya que “en la criminalización de las conductas que pudieran atentar contra el ambiente, se busca mantener la estabilidad económica del país y la confianza de los inversionistas” (Gómez Vélez, 2015, p. 313).⁶² La misma orientación se puede apreciar en la reforma Penal en materia ambiental difundida en la Ley 1453 de 2011, conocida como la ley de “seguridad ciudadana” para enfrentar la criminalidad organizada y el terrorismo.

Según Isabel Gómez, se evidencia la mixtura de temas regulados, donde no se logra explicar o justificar la necesidad de modificar los tipos penales que tutelan el medio ambiente. Por eso, cree que todo apunta a un “afán de proteger el medio ambiente”,⁶³ mediante los delitos de peligro abstracto a pesar de las dificultades que presentan a la luz de los principios político-criminales (2015, p. 315). Estas dificultades las encuentran Isabel Gómez en la siguiente definición: “los delitos de peligro se diferencian de los delitos de lesión, porque éstos exigen que el bien jurídico penalmente protegido sea efectivamente lesionado, que se le cause un daño real” (2015, p. 317). Con esta definición los delitos de peligro abstracto equivalen a delitos presuntos, de modo que estos delitos tipifican conductas que no exigen que se cree efectivamente un peligro para el bien jurídico o no requieren que se demuestre la puesta en peligro efectiva. Por tanto, “no será necesario demostrar la capacidad lesiva frente al bien jurídico protegido”, basta con suponer la peligrosidad (Gómez Vélez, 2015, p. 318).

Claramente, quienes avalan la protección del medio ambiente a través de la consagración de los delitos de peligro abstracto, entendiendo estos como presunción de peligro, se conducen a una evidente crítica. Isabel Gómez la expresa así: “las críticas más contundentes se dirigen contra la modalidad de delitos de peligro abstracto consistente en la incriminación de meras infracciones administrativas que, por sí solas, no implican necesariamente un peligro para el bien jurídico protegido” (2015, p. 318).

Además del delito de peligro abstracto, la situación se ve más problematizada en la medida que se ha dado importancia a la figura acumulativa para protección del medio ambiente, “que supone que este bien jurídico se proteja de acciones individuales, consideradas inocuas y que no producen la puesta en peligro de aquel, pero ante la repetición de estos comportamientos, cada uno se percibe peligroso” (Gómez Vélez, 2015, p. 319). Por tanto, la forma de daño acumulativo “implica la criminalización de acciones que individualmente consideradas no generan daño, pero se aduce que si estas conductas se repitieran frecuentemente y fueran llevadas a cabo por la generalidad de las personas si se lesionaría el bien jurídico” (Gómez

⁶² Con la Ley 599 de 2000 se creó otros tipos penales ambientales adicionales a los existentes. Pero a diferencia del Código Penal de 1980, esta ley estableció un título aparte para los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, de acuerdo con la modificación realizada por la Ley 491 de 1999 (Gómez Vélez, 2015, p. 314). Según esto, no sería adecuado afirmar que todos los delitos de peligro abstracto se deben a un derecho penal de emergencia, sino que aquí precede una visión ecologista, como recientemente se reafirma con la Ley 2111 de 2021.

⁶³ El afán lo considera por el “deterioro en el que se encuentra el medio ambiente que ha implicado el aumento de riesgos por el desarrollo tecnológico e industrial que pone en peligro a las generaciones futuras (Gómez Vélez, 2015, p. 318). Aunque el argumento se extrae sin base empírica porque supone que hay industrialización, la forma adoptada para la protección ambiental es, en general, la del “peligro abstracto”, entre otras “razones”, por la necesidad de regular y criminalizar determinadas conductas desde una etapa previa. En adelante insistirá que este adelantamiento de las barreras de protección penal no produce resultados eficaces, es más efectiva la intervención administrativa a través de sus sanciones, lo que indica que en estos supuestos el derecho penal funciona más como una herramienta simbólica (Gómez Vélez, 2015, p. 318). Empero, también se puede indicar que lo administrativo adolece de eficacia.

Vélez, 2015, p. 319).⁶⁴ Así, siguiendo a Alcacer Guirao, manifiesta que “esta modalidad no necesita siquiera de un peligro abstracto, basta concluir que, si otras personas realizan esas mismas conductas, la suma de éstas implica un poder destructivo al medio ambiente” (Gómez Vélez, 2015, p. 320).

Sin la lesión o efectiva puesta en peligro del bien jurídico, debe argumentarse la ilegitimidad de la consagración en modalidad acumulativa, porque ni siquiera se puede sostener la creación de un peligro en abstracto para el bien jurídico, ni el nexo de lesividad penalmente relevante de cada una de “las contribuciones mínimas con el medio ambiente y los recursos naturales como un sistema” (Gómez Vélez, 2015, p. 321). En este sentido, citando a Donini afirma: “es evidente que se temen daños masivos a gran escala como efecto de conductas repetidas cuyo resultado se produce por acumulación. Y como en estos casos no se puede esperar a que exista un peligro concreto para intervenir, porque sería ya muy avanzado, y como tampoco se dispone de un aparato administrativo adecuado, se recurre a la sanción penal como *prima et única ratio*” (2015, p. 321). Por tanto, el modelo de función preventiva del derecho penal se constituye partiendo del principio de precaución.

La administrativización del Derecho penal se realiza⁶⁵, entre otras técnicas, a través de la norma penal en blanco, donde se debe completar la conducta prohibida con el contenido de “una norma de carácter extrapenal” (Gómez Vélez, 2015, p. 322). No obstante, Isabel Gómez considera en sentido contrario que el Derecho penal no tendría nada que hacer si los demás mecanismos de control social y otros ordenamientos cumplieran adecuadamente su papel. Por tanto, deberían actuar otras instancias de control e intervención social que permitan la prevención del deterioro ambiental, puesto que el Derecho penal es una herramienta que no genera conciencia de su importancia ni respeto por el medio ambiente para la existencia de la humanidad. Si su contribución es meramente simbólica en materia ambiental, es necesario pensar en otros mecanismos, tales como la educación y “el replanteamiento de los modelos de consumo para la disminución de la explotación de los recursos naturales renovables, e incluso mecanismos de reacción diferentes como el Derecho administrativo sancionador” (Gómez Vélez, 2015, p. 324).

Por ende, si el Derecho penal lo único que está haciendo en materia ambiental es obstaculizar la correcta aplicación de otros mecanismos, por demás “idóneos”, la propuesta debe apuntar hacia la despenalización o abolición de las conductas que atentan contra el medio ambiente (Gómez Vélez, 2015, p. 326). De la mano de la despenalización, Isabel Gómez defiende una solución de carácter ideológico, esto es, un cambio radical del comportamiento de todas las personas, de todas las sociedades y del sistema económico, pues, a su juicio, el actual sistema contribuye al deterioro ambiental. Acudir al aparato punitivo sería impedir que se genere conciencia del cambio que se requiere y obstaculizar la participación de otros mecanismos

⁶⁴ En esta figura, Isabel Gómez sigue de cerca la descripción de Kindhäuser, resaltando que “no se espera al momento de lesión o puesta en peligro abstracto porque esto podría suponer, si todas las personas lo hicieran, la destrucción total del bien jurídico, razón por la cual ha tenido tanto eco en la tipificación de las conductas ambientales” (2015, p. 319). En los delitos acumulativos, el comportamiento de una determinada persona puede no ser en absoluto peligroso, considerado de forma aislada. Ante la ruina ecológica las conductas completamente inofensivas devienen altamente peligrosas como resultado de la acumulación (Kindhäuser, 2009).

⁶⁵ Isabel Gómez define la administrativización como “la intromisión del *ius puniendi* en asuntos correspondientes al Derecho administrativo” (2015, p. 322).

menos lesivos y “realmente efectivos” (2015, p. 326).⁶⁶ En suma, la inconveniencia de la intervención penal en asuntos ambientales, conllevaría a la necesidad de su abolición, por “tres aspectos básicos: (1) por ser ineficaz en protección del medio ambiente y los recursos naturales; (2) por cumplir únicamente funciones simbólicas; (3) por afectar varias de las garantías más importantes que son necesarias para que el *ius puniendi* esté justificado” (Gómez Vélez, 2015, p. 328).⁶⁷

1.3 Restricción de los delitos de peligro abstracto precisando sus categorías y límites

La doctrina ha incluido los delitos de acumulación, de peligrosidad, de idoneidad, de peligro potencial o de aptitud y delitos de peligro abstracto- concreto, aun cuando “no son categorías determinadas” (Gracia Bogado M. y D. Ferrari, 2009, 3).⁶⁸ Si bien estas tratan de restringir los delitos de peligro abstracto, la doctrina también ha planteado que la restricción es primaria desde la precisión de los bienes jurídicos. Hassemer, por ejemplo, cree que los bienes jurídicos colectivos deberían ser reducidos al mínimo, mientras que Cerezo Mir piensa que los bienes jurídicos colectivos deben ser definidos con la mayor precisión posible. En rigor, dice él, “debería diferenciarse entre los bienes jurídicos colectivos, que tienen, sin duda, un carácter intermedio y son un mero instrumento para la protección de los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos supraindividuales” (2002, p. 57). Esta distinción la dibuja Cerezo Mir, así:

“la seguridad del tráfico es un claro ejemplo de los primeros. En los delitos contra la seguridad del tráfico se trata de proteger la vida, la integridad corporal y la salud de las personas y la propiedad. La salud pública es también un bien jurídico colectivo; en realidad lo que se protege en los delitos contra la salud pública es la vida y la integridad corporal y la salud de

⁶⁶ Para crear conciencia y educar respecto del valor del ambiente, los espacios adecuados son “los recintos escolares, no las cárceles” (Gómez Vélez, 2015, p. 327). Si bien puede ser aceptarse que no se crea conciencia a través del sufrimiento físico y psicológico, proteger el futuro de las generaciones a través de los delitos de peligro abstracto crea conciencia del riesgo, no conciencia ambientalista. El derecho penal tiene como fin proteger o prevenir, no educar.

⁶⁷ Las conclusiones terminan afirmando varios aspectos problemáticos. La ineficacia y las funciones simbólicas como síntoma para promover la abolición. Sin embargo, el debate estaría más específicamente en la afectación de las garantías, pues, aquí sería pertinente observar este aspecto de acuerdo con la sociedad del riesgo para no quedarse encerrado en el paradigma de la lesividad, sin proponer otras razones desde la diferencia entre micro y macropeligro. La propuesta termina mostrando una argumentación con rasgos de ideología ecologista impulsada en la visión de un modelo o sistema económico “poscapitalista” y un inexistente derecho administrativo efectivo. En Alcácer Guirao (2002), Cerezo Mir (2002) y Fuentes Osorio (2012), se pueden encontrar argumentos de no menor importancia sobre la diferencia entre bienes jurídicos colectivos y supraindividuales lejanos de esta perspectiva abolicionista, orientando el debate hasta cierto lugar, aunque llegue a un callejón sin salida sin la distinción micro y macropeligro. Por lo menos ciertos bienes jurídicos y la idea de delitos de peligro abstracto pueden conducir a las patologías de la administrativización del derecho penal a partir de una falsa anticipación. Podría pensarse que la protección de los bienes jurídicos colectivos y supraindividuales puede ser llevada a cabo de un modo más eficaz, por otros sectores del ordenamiento jurídico para evitar la hipertrofia del Derecho penal. Con Alcácer Guirao (2002), los bienes jurídicos colectivos corresponden a una ideología ecologista, no antropocéntrica.

⁶⁸ Estas categorías son usos lingüísticos que no arrojan mucha claridad cuando se trata de referir a los delitos de peligro abstracto. Igualmente, no logra la restricción deseada con nombrarlos peligro hipotético o abstracto-concreto respondiendo a la exigencia probatoria. Para precisar el delito de peligro abstracto no sólo es necesario cumplir de cierto modo con esta exigencia, o referir a su lenguaje (posibilidad, potencialidad y posibilidad), sino también a las categorías de distinción micro y macro peligros. Sin esto, los delitos de peligro abstracto seguirán adoleciendo la indeterminación y utilización arbitraria del legislador. Esto implica abolición o eliminación en muchos casos, conversión a peligro concreto o hipotético, así no sea una categoría formalmente aceptada. Las categorías micro y macro peligros, como connotaciones valorativas, no sólo ayudan a superar la indeterminación de la posibilidad, la potencialidad, la probabilidad, se plantean además como propuestas distantes del derecho penal de varias velocidades o nuclear. Hay otras categorías aun no aceptadas pero que tratan de orientar el debate. Lo acumulativo, como categoría no aceptada en lo penal, se considera precisa a lo administrativo cuando se trata de micropeligros. El tráfico de drogas igualmente son micropeligros, no peligro abstracto.

las personas. En general, en todos los delitos contra la seguridad colectiva (que abarca, además de los mencionados, los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, los delitos de estragos, los relativos a la tenencia y manipulación de explosivos y los delitos de incendio) se protegen bienes jurídicos colectivos. Son bienes jurídicos, en cambio, supraindividuales la fe pública (las falsedades), la Administración de Justicia, la Administración Pública y la seguridad del Estado” (2002, p. 57).⁶⁹

De acuerdo con esta visión, el medio ambiente será un bien jurídico colectivo si es concebido de un modo antropocéntrico (protege la vida, la integridad corporal y la salud de los seres humanos actuales y futuros), mientras que, si se concibe de un modo ecocéntrico será un bien jurídico supraindividual (donde se protege «el equilibrio de los sistemas naturales» y sólo en el tipo calificado se alude al «riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas»). Sin estos rasgos esenciales, la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sería de contornos imprecisos (la salud pública, el medio ambiente, el sistema de crédito, las subvenciones, en el Derecho penal económico, etc.), así como la proliferación de los delitos de peligro abstracto.⁷⁰

Dicho esto, Cerezo Mir señalará luego que “la proliferación de los delitos de peligro abstracto en el moderno Derecho penal se basa, en las figuras delictivas que protegen bienes jurídicos colectivos, en el deseo de anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad caracterizada por un notable incremento de los riesgos para los mismos” (2002, p. 60). Esta proliferación se puede observar desde dos principios: a) de precaución, que sería un riesgo sospechado o no previsible); b) de prevención, que parte de la idea de previsión o de previsibilidad, con base en leyes causales conocidas. Al incluir los supuestos de mera sospecha de la posibilidad de la producción de un daño, los delitos de peligro abstracto generan una ampliación que supondría una desnaturalización del concepto mismo de peligro. El principio de precaución sólo debería servir de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas, pues, “la conducta no reviste gravedad suficiente para constituir un ilícito penal” (Cerezo Mir, 2002, p. 62). Por eso, el autor cree que estos delitos así concebidos se pueden excluir, además que la protección de estos bienes jurídicos puede ser llevada a cabo de un modo más eficaz por otros sectores del ordenamiento jurídico, pues, los bienes jurídicos supraindividuales conducen a una falsa anticipación.

⁶⁹ La diferencia es interesante en comparación con la propuesta por Alcacer Guirao (2002) o Fuentes Osorio (2012). Pero, sin esa distinción llegaría al mismo callejón sin salida, señalando como peligro abstracto el delito de conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En el fondo, no se trata de la razón de la imposibilidad de desconectar los bienes jurídicos colectivos de los bienes jurídicos individuales, se trata de diferenciar si son micro o macro peligros. Además, cabe anotar que los bienes jurídicos colectivos y los supraindividuales, parecieran ser dos bolsas distintas donde se ponen los delitos, sin embargo, sin las categorías micro y macropeligro, terminan siendo una sola bolsa donde no se logra diferenciar cada delito ni el peligro correspondiente.

⁷⁰ Cerezo Mir distingue un tercer grupo de delitos de peligro, llamados de aptitud o de peligro abstracto-concreto. Este es el caso de la mayor parte de los delitos contra la salud pública — sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, 363, 364 y 365 referentes a la elaboración o venta de productos alimenticios susceptibles de causar daño a la salud de las personas y tráfico de drogas —, así como la mayor parte de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (2002, p. 48). En relación con lo anterior, considera fundamental distinguir con claridad la peligrosidad de la acción y el resultado de peligro, sobre todo, profundizar en el concepto de peligro. Se trata de un juicio *ex ante*, pues *ex post* si el resultado no se ha producido es porque no concurrían las condiciones necesarias para ello. Es decir, la acción no era peligrosa. De modo que el peligro aparece como una cualidad inherente a la acción. El concepto de peligro es siempre un concepto normativo, no naturalístico (2002, p. 49). No obstante, aunque trata de profundizar, sin otras distinciones estos conceptos salen rápidamente a la superficie, flotando. Las categorías micro y macro peligro harían que el juicio de valor no pierda sentido para precisar la conducta micro o macropeligrosa.

En el plano del injusto las dudas acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se han planteado con mayor dinamismo, particularmente, porque trataría según Cerezo Mir de “una presunción *iuris et de iure*, irrefragable, de la existencia del peligro” (2002, p. 63). Esta legitimidad es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido de injusto material, desde “el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*” (2002, p. 65). Es decir, la situación de peligro para el bien jurídico es presumida. En cambio, en los delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto, es mucho mayor la gravedad del desvalor de la acción. En estos delitos no basta con la realización de una acción, como sucede en los delitos de peligro abstracto de mera actividad, «sino que es necesario que de la misma se haya derivado ese resultado externo que configura la situación de peligro» (Cerezo Mir, 2002, p. 64). Por tanto, el contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se cifra en el desvalor de la acción.

Propuestas de restricción de los delitos de peligro abstracto.

1. Con el fin de asegurar la presencia de un contenido de injusto material sugiere que se admita la prueba en el caso concreto, no una presunción de peligro sino una existencia del peligro. Lo que anteriormente se ha denominado peligro hipotético.
2. Por otra parte, el término delitos de peligro presunto utilizado para designar los delitos de peligro abstracto es “absolutamente inadecuado” (Cerezo Mir, 2002, p. 67). El peligro del bien jurídico es únicamente la *ratio legis* de la creación de estas figuras delictivas, pero esto no significa que se castigan sólo ciertas conductas porque *generalmente* llevan consigo el peligro de un bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto no se presume, ni con una presunción *iuris tantum* ni *iuris et de iure*, la existencia de un peligro para el bien jurídico.
3. Si se exige, “como hace Schröder, que sean la acusación o el juez los que corran con la carga de la prueba se introduce subrepticamente en el tipo la exigencia de un resultado de peligro. De este modo se transformarían, en contra de la voluntad de la ley, los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto” (Cerezo Mir, 2002, p. 67).
4. No es convincente la propuesta de exigir que se dé la probabilidad de la producción de un peligro concreto, pues supone la introducción en el tipo de un requisito inexistente y ajeno, además, a la esencia de los delitos de peligro abstracto. En esta línea está la propuesta de Torío de exigir en los delitos de peligro abstracto que quepa caracterizar como de peligro hipotético (es decir de posible peligro para un bien jurídico) la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante* y la comprobación por el juez de la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico (Cerezo Mir, 2002, p. 68).
5. La propuesta de Schünemann y Roxin propugna la exclusión del tipo de los delitos de peligro abstracto de las acciones que respondan al cuidado objetivamente debido. La acción no sería típica si el sujeto había adoptado medidas de cuidado o seguridad para evitar el peligro de bienes jurídicos ajenos. “Los delitos de peligro abstracto serían conductas imprudentes sin resultado, por así decirlo tentativas imprudentes” (Cerezo Mir, 2002, p. 68).
6. Terradillos y Blanca Mendoza proponen exigir la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*; es decir, que en el momento de la realización de la acción aparezca como probable, “aunque no se trate de una probabilidad matemática la producción de la lesión del bien jurídico” (Cerezo Mir, 2002, p. 70). Esta propuesta le parece aceptable sólo *de lege ferenda*, siempre que se considere suficiente para afirmar la peligrosidad de la acción, es decir, que “la producción de la lesión del bien jurídico aparezca *ex ante* como no absolutamente improbable, pues de lo contrario se restringiría en exceso el ámbito de las conductas punibles, lo que sería cuestionable desde un punto de vista político criminal”. De *lege lata* la propuesta es inaceptable, pues supondría una nivelación de las figuras delictivas

de peligro abstracto. En virtud de esta interpretación restrictiva “todos los delitos de peligro abstracto se transformarían en delitos de aptitud para la producción de un daño, o delitos de peligro abstracto-concreto” (Cerezo Mir, 2002, p. 71).⁷¹

Desde esta perspectiva, el problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto sólo puede ser resuelto por el legislador mediante el reforzamiento del contenido de injusto material, transformando los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud o peligro abstracto-concreto en la producción de un daño. Precisamente, José Cerezo Mir considera que “el legislador español ha seguido esta pauta en el nuevo Código penal, transformando los delitos de peligro abstracto contra la salud pública en delitos de aptitud para la producción de un daño o peligro abstracto-concreto e incluso sustituyéndolos, en ocasiones, por delitos de peligro concreto” (2002, p. 71). Su conclusión reside en que esta transformación de los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud debe realizarse únicamente en los delitos contra bienes jurídicos colectivos que tienen un carácter intermedio. De modo que a la transformación de los delitos contra la seguridad del tráfico en delitos de aptitud no cabe oponer objeciones desde el punto de vista de la prevención general, pues “el sujeto que realiza la acción descrita en el tipo puede saber cuándo no es absolutamente improbable que de su acción se derive un accidente” (2002, p. 71). En cambio, no debe transformarse en delitos de aptitud aquellos delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos supraindividuales, como “los delitos contra la Administración Pública y los delitos contra la Administración de Justicia” (Cerezo Mir, 2002, p. 72).⁷²

⁷¹ En la inobservancia del deber subjetivo de cuidado, Cerezo Mir pone como referencia la conducción de un vehículo de motor o de un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En estos, podría exigirse que, debido a dicha influencia, apareciera como probable, en el momento de empezar a conducir el vehículo, la producción de un accidente, de un resultado de muerte, lesiones o daños (2002, p. 71).

⁷² Aquí no se trata de transformar, se debe eliminar. Ahora, para Hefendehl la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Casos como los “tipos penales que protegen el medio ambiente, los que castigan el blanqueo de capitales, los delitos de terrorismo o pertenencia a una banda armada” (2002, p.2) En este mismo ámbito, refiere a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin provocar una situación crítica, es decir, cuando se conduce en un grave estado de ebriedad y sin embargo no se produce una situación crítica. Por citar otro ejemplo, los efectos contaminantes de los desechos industriales asimilados por el agua sin causarse un grave perjuicio. Así, el verdadero problema vendrá en el caso hipotético de que todas las fábricas cercanas hicieran lo mismo (2002, p. 5). Sin embargo, Hefendehl identifica el problema cuando un bien jurídico colectivo se entiende lesionado o puesto en peligro de forma concreta, pero comprendiendo los delitos de peligro abstracto como un conjunto de supuestos indeterminados. Para él, no supone una construcción dogmática muy atinada entender “el delito de peligro abstracto como aquel cajón de sastre donde guardamos todos los casos problemáticos” (2002, p. 7). La solución que encuentra es entender “el delito de peligro abstracto como estructura delictiva que debería quedar reservada para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, por ejemplo, riesgos para la integridad corporal o la vida”. Esto significa que “los delitos de peligro abstracto deberían ser aquéllos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar”, por ejemplo, “la intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores” (2002, p. 7). De este modo, afirma Hefendehl que “un uso correcto del concepto de bien jurídico ha de conducirnos a desenmascarar aparentes bienes jurídicos que en realidad no lo son” (2002, p. 9). Esto, lo explica del siguiente modo: el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero “no se trata de un bien jurídico colectivo sino de la suma de bienes jurídicos individuales” (2002, p. 9). En ese sentido, Hefendehl afirmación que “tendríamos que ser prudentes en este punto e intentar en la medida de lo posible la erradicación del ordenamiento penal de los bienes jurídicos aparentes” (2002, p. 9). Sin embargo, no creo que así esté bien formulado los problemas ante errores, omisiones o catástrofes del presente, pues, no son los bienes jurídicos el problema, sino la forma de su peligro o de atacarlo la que permitiría desenmascarar aparentes delitos de peligro abstracto que en realidad no lo son. Las categorías micro y macropeligros serían clave en ese propósito. Además, Hefendehl considera que el bien jurídico protegido no puede ser ecocéntrico, sino en su función con respecto al ser humano y sus necesidades existenciales, de modo que estamos ante un caso especial de bienes jurídicos colectivos “consumibles”. (2002, p. 10). Si antes tachó de imprecisa y vaga la estructura del delito de peligro abstracto, de modo que sorprende por qué se habla de la existencia de un peligro abstracto, cree que en materia ambiental la verdadera razón que determina su criminalización se basa más bien en la idea de la acumulación,

Para Maldonado Fuentes, la aptitud indica acreditación de potencialidad peligrosa, mientras peligro abstracto remite a peligro presunto, esto es, donde se presume el peligro con base en consideraciones estadísticas generales” (2006, p. 44).⁷³ Realmente, para Maldonado Fuentes los delitos de aptitud sólo exigen la concurrencia de peligrosidad más no de peligro, es decir, “la acreditación de potencialidad peligrosa de la conducta (la peligrosidad), sin que sea necesario acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico” (Bogado & Ferrari, 2009, p. 8). En cambio, hay quienes advierten que los delitos de aptitud, de peligro potencial o hipotético han sido considerados como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto, especialmente, porque son tipos penales que tienen la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente y “cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez” (Bogado & Ferrari, 2009, p. 2). Se trata de precisar en que los delitos de aptitud deben ser considerados como una «tercera categoría» o como peligro abstracto-concreto, junto a los delitos de lesión y de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

Claramente, esta subcategoría o tercera categoría tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias para poder tutelar los bienes jurídicos colectivos, mientras otros consideran que los delitos de peligro hipotético no existen como tal, de modo que deben ser subsumidos dentro de la tradicional categoría de «delitos de peligro abstracto», por cuanto no requieren un resultado de peligro concreto (Roxin, 2010). En sí, su contribución radica especialmente en la introducción de un elemento normativo en el tipo objetivo, «idoneidad del comportamiento», apto para producir peligro para el bien jurídico, “solucionándose” de esta manera los problemas probatorios de los tipos de peligro concreto (Bogado & Ferrari, 2009, p. 3). Si bien hay consideraciones como sustituir los delitos de peligro abstracto por delitos de aptitud, al menos cabe la diferencia entre los delitos de peligro hipotético de los de peligro concreto y abstracto. No obstante, esta pretensión de distinguir dentro de los «delitos de peligro abstracto», entre los delitos de peligro hipotético o de idoneidad y los delitos de peligro abstracto tradicionales, en tanto categoría residual, termina con nociones no muy claras cuando estos delitos de peligro abstracto agrupan el resto de los delitos meramente formales de desobediencia sobre los que se termina reclamando su inconstitucionalidad (Bogado & Ferrari, 2009, p. 8).

Se puede postular los delitos de peligro hipotético como una categoría «intermedia», pero los avances no son muy claros cuando se entiende que “los delitos de peligro hipotético o de idoneidad constituyen una *subespecie* de los delitos de peligro en lo que la idoneidad es un elemento de la acción, por lo que no son delitos de resultado, sino de mera actividad, y, por tanto, no han de ser sometidos al tamiz de la relación de causalidad” (Bogado & Ferrari, 2009, p. 9). Más aún, cuando lo potencial se somete a una forma de ciencia hipotética de

es decir, “la idea de la acumulación nos sirve de equivalencia material” (2002, p. 11). Con esto, no creo que logre ese paso en la idoneidad ni logre una precisa conceptualización. (creación de espacios propicios para la producción o desarrollo de riesgos –
⁷³ Maldonado Fuentes diferencia esto de la siguiente manera: **Delitos que generan condiciones de peligro**, donde no se sanciona por lo que ocurrió ni por lo que va a ocurrir sino por lo que podría llegar a ocurrir (2006, p. 45). Esta sería una pretensión legislativa ilegítima del derecho penal preventivo que sanciona generar condiciones de riesgo, como serían delitos de preparación. **Delitos de acumulación** que refiere a la reiteración de conductas o masificación, recae en la probabilidad en la reiteración (2006, p. 47). **Delitos de peligro hipotético, de aptitud o idoneidad**, relativos a la concurrencia de peligrosidad sin peligro, en el sentido concreto del juicio. Para Maldonado Fuentes, la conducta es idónea para producir peligrosidad, con ausencia de lesividad ante bienes jurídicos intermedios y colectivos (2006, p. 49).

comprobación, pero es objetada no sólo porque no atiende a los principios del derecho penal, particularmente, la lesividad, sino porque no se presentan las categorías de micro y macro peligro, abandonando así muchos delitos en el “cajón de sastre”. De modo que, no son sólo las exigencias probatorias o la necesidad de revisión sistemática, sino la idoneidad frente al peligro abstracto o macropeligro, porque estas evidencian que la mayoría de las legislaciones recurren a esta técnica de delitos de peligro buscando tipificar comportamientos que no son macropeligrosos.

2. AMPLITUD SEMÁNTICA. EL DESBORDAMIENTO DEL MARCO ANALÍTICO DE LOS “DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO”.

Es importante aclarar que, si bien para calificar el peligro ha sido atractivo el empleo de términos distintos a los tradicionales de "concreto" y "abstracto", esto no se debe a cuestiones meramente terminológicas. De hecho, la doctrina ha propuesto sustituirlo porque la expresión abstracto se refleja incompatible con la idea de peligro. Como bien observa Terradillos parece metodológicamente recomendable “centrarse en el estudio de los conceptos y, partiendo de ahí, pasar al de sus etiquetas, para terminar, prefiriendo las ya consolidadas, en la medida que puedan designar las diferentes categorías de peligro” (1999, p. 77). Claramente, no estaría mal pretender sustituir el “clásico, vago e impropio calificativo de abstracto” (Terradillos, 1999, p. 77), pero no por otro que pretenda desterrar la vieja terminología o sustituirla por otra como la de delitos de peligro hipotético, incorporando sólo la peligrosidad de la conducta y la probabilidad del resultado peligroso. Con esta sustitución no se sortearía el escollo de la confusión, ni siquiera con el amplio catálogo de términos (posible, potencial, probable) que se han venido empleando para aludir a esa realidad social del riesgo que se pretende proteger con los delitos de peligro abstracto.

No creo que esta propuesta exceda lo terminológico, pero creo, como indica Terradillos, que no resuelve el problema de designar las modalidades de peligro, no “en la medida que da por compartida la respuesta frente al cuándo y con qué ha de determinarse la peligrosidad de la conducta, si estadística y apriorísticamente por el legislador, o, en concreto, por el juez, dejando de lado que solo puede calificarse de peligrosa la conducta que genera peligro” (Terradillos, 1999, p. 77), sino porque no incorpora otras categorías más ajustadas. Se trata ciertamente de opciones susceptibles de sugerir la continuidad de una categoría residual de peligro abstracto, no en conservar supuestos diversos que no comportan riesgo alguno que van desde meras infracciones administrativas a presunciones de peligro. Lo anterior, no con el ánimo de impulsar los “recelos garantistas” que “han provocado un importante esfuerzo doctrinal por encontrar categorías intermedias entre la lesión y la conducta peligrosa, en sus múltiples gradaciones que satisfagan las exigencias de antijuridicidad material”, particularmente ante infracciones formales o situaciones de peligro presunto, donde el campo que “se abre a nuevas categorías intermedias es bastante angosto” (Terradillos, 1999, p. 78), sino con un interés político-criminal, que busca ir más allá de las simples pretensiones que no logran superar la idea de peligro que está ausente cuando se trata de aclarar lo abstracto.⁷⁴

⁷⁴ Precisamente, Terradillos piensa que es preferible hablar de peligro abstracto, reivindicando que solo cuando realmente haya peligro a bienes jurídicos protegibles puede existir delito. Y “afirmando, coherentemente, que se impone una interpretación acorde con el principio de lesividad, y por tanto de consecuencias fuertemente restrictivas, de los preceptos penales en que el legislador no haya explicitado la concurrencia de peligro” (1999, p. 78). Los denominados "delitos de aptitud" pertenecen a este grupo. Afirmar, al igual que antes se hizo a propósito de los denominados "delitos de peligro hipotético", tan próximos a estos,

Por tal motivo, creo que en un primer momento se debe analizar en qué condiciones se usa la expresión delitos de peligro abstracto; la respuesta debe, siguiendo a Santiago Nino, consistir en una información acerca del lenguaje, y no acerca de la realidad mencionada por él, salvo en el aspecto obvio de que “definir una palabra implica acotar los hechos a que la palabra se refiere”. En el segundo caso, “se presupone un significado de la palabra y en consecuencia se pueden identificar los hechos que ella denota” (Nino, 2003, p. 250).⁷⁵

La referencia aquí propuesta sería la expresión macropeligros como aquella que acota los hechos de los delitos de peligro abstracto. Lo que indica que toma distancia de lo sugerido por Bernardo Feijóo consistente en que “la referencia al derecho penal de la sociedad del riesgo no es un concepto dogmático ni presenta un contenido claro, sino que se trata más bien de un eslogan con el que se realiza un diagnóstico crítico del derecho penal actual” (Feijóo Sánchez, 2007, p. 193). Ciertamente, las palabras posibilidad, potencialidad y probabilidad entrarían dentro un marco analítico establecido por la distinción entre macropeligros y micropeligros que son los criterios que limitarían esa amplitud semántica.

También podría ampliarse una crítica a la anterior pretensión terminológica con una especie de análisis conectivo como el que alude Strawson. Si bien no creo que la expresión delitos de peligro abstracto contenga piezas que no pueden ser desmontadas de la estructura en elementos más simples, es bastante mejor usar la palabra elucidación en lugar de análisis, que sugiere el modelo de la descomposición, porque se encuentra decantada por el uso, abandonando la perfección del concepto. Siguiendo a Strawson, se prefiere en su lugar imaginar un sistema, una red elaborada de elementos conectados entre sí, de conceptos; porque sólo puede comprenderse captando sus relaciones con los demás, es decir, “elucidando su lugar en el sistema” (1997, p. 63). Todavía sería mejor sugerir la imagen de un conjunto de sistemas de este tipo formando todo él un dispositivo mayor. No para señalar el peligro abstracto como si fuese una conexión arbitraria. El programa de análisis reductivo o atomista pareciera aquí implausible, por lo menos, no sería propiamente la escuela de análisis a seguir porque nuestra imagen de los delitos sería irreductible. Se trataría de observarlos con una luz especial, con ingredientes básicos de una estructura conceptual, que implica ir más allá del modelo atomista asumiendo el modelo de la conexión teniendo como concepto básico el delito de peligro. El rasgo de peligrosidad o de presunción, serían calificativos dados por su falta de relación con la lesividad. Pero la lógica jurídica aquí no indica que esta sea una forma de ordenar los conceptos por su relación con la lesividad o buscando la respuesta de significado de lo abstracto en lo hipotético. No se hace uso de esta noción de peligro como forma de desarmar el peligro abstracto porque sería recurrir a un concepto que no responde a las exigencias de la sociedad del riesgo, ni se supera con ello la contingencia. El peligro abstracto-concreto o hipotético no es un concepto que goce de ser básico o fundamental para superar la insuficiencia del derecho penal preventivo. Al parecer

que se trata de delitos de peligro abstracto, parece adecuado porque en todos ellos es preciso un juicio de idoneidad y de posibilidad lesiva” (Terradillos, 1999, p. 79).

⁷⁵ Los delitos de peligro abstracto al igual que los bienes jurídicos colectivos son símbolos de la sociedad del riesgo. Esta afirmación contrastarse con lo siguiente: para Santiago Nino “las palabras constituyen símbolos para representar la realidad, como las notas musicales, las sirenas de las ambulancias, las luces de los semáforos, las banderas de los marinos”. De igual modo, “los símbolos deben distinguirse de los signos, que tienen una relación natural o causal con el objeto que representan: así, el trueno respecto del rayo, el humo con relación al fuego, el llanto de un niño pequeño respecto de su hambre. La concepción mágica del lenguaje, a diferencia de la correspondiente en una relación convencional, establecería una conexión causal con el fenómeno representado que encara las palabras como si fueran signos, o sea, como si tuvieran una relación natural, independiente de la voluntad de los hombres” (Nino, 2003, p. 248).

lo abstracto sería un concepto altamente general, que no se puede descomponer (que se resiste a una definición reductiva), no contingente.

Elucidar indicaría establecer conexiones con otros conceptos, es decir, establecer conexión entre delito y peligro, junto a otros que se encuentran a estos relacionados. El concepto delito es genérico mientras lo abstracto no lo sería. Pero de esto no se deduce que lo abstracto lleve a un aparato conceptual que no satisface las necesidades dogmáticas del sistema ni técnico legislativas. El concepto, como política criminal, es una reacción a los peligros de la sociedad del riesgo que genera la conexión más allá de la posibilidad, la potencialidad y la probabilidad. Esto sería propio del modelo alternativo de análisis que propuso Strawson, el modelo de trazar conexiones en un sistema, mejor que el de “reducir lo complejo a elementos simples” (1997, p. 69). Esta idea no permitiría formar una imagen distorsionada del delito. Superar la condición contingente e indigente de la noción, no significa superar la ambigüedad o la vaguedad. Significa lograr establecer la conexión de las palabras con la probabilidad o la potencialidad, no invitaría a la conversión en delitos de peligro concreto. La probabilidad sería sacar a lo abstracto de su indigencia conceptual, pero no lograría llevarlo al sistema penal sin contradicciones o con la misma justicia. Lo coherente con el sistema dependería de la idea de micro y macropeligro. Este sería trazar un límite a la contingencia complementando con la probabilidad como criterio, igual que la potencialidad. No genera contradicción negar la posibilidad como concepto de uso vigente de lenguaje en los delitos de peligro abstracto. Lo que se indica es que usar estos conceptos sin remitirlos a las categorías de macropeligro no es del todo correcto para ilustrar los delitos de peligro abstracto. La probabilidad y la potencialidad serán elementos no contingentes de la estructura conceptual de los delitos de peligro si remiten a este. La posibilidad sólo es síntoma de su deficiencia conceptual.

En un segundo momento, se debe advertir que subsiste una mala comprensión de los delitos de peligro abstracto gracias a la amplitud semántica que aprovecha y permite la irrupción de la seguridad ciudadana y el desbordamiento del marco analítico (Díez Ripollés, 2006). Para Díez Ripollés, estamos ante “dos corrientes de signo opuesto, que abordan realidades sociales diferentes desde perspectivas ideológicas también distintas, y que merecen, en consecuencia, un juicio diferenciado” (2006, p. 201). Pese a esta importante observación, una de estas, la corriente de la seguridad ciudadana ha generado un desbordamiento de su marco analítico aprovechando que la sociedad del riesgo ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad y la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos, para presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculado a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo. Por eso, para Díez Ripollés el objetivo es “cuestionar los presupuestos analíticos y las estrategias de intervención del discurso doctrinal que está consolidando el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, a partir de la presentación de los términos en que está teniendo lugar la discusión frente a la llamada sociedad del riesgo” (2006, p.198).

La utilización discursiva de elementos de la sociedad del riesgo para avalar una política de seguridad ciudadana, podría variar la apreciación sobre la pretensión de impulsar la declaración de inconstitucionalidad, de conversión, o la valoración de los delitos de peligro abstracto señalando que muchos delitos que se llaman peligro abstracto realmente no lo son. Particularmente, como menciona Díez Ripollés, esto ya se había podido apreciar en plena discusión sobre las demandas de la sociedad del riesgo donde “no faltaron autores que incluyeran o advirtieran de la inclusión entre los ámbitos sometidos a debate de algunos que

poco tenían que ver con riesgos tecnológicos, como es el caso de la violencia doméstica, el acoso sexual y los delitos contra la libertad sexual en general, y la delincuencia patrimonial convencional, o de otros sectores delincuenciales ya tradicionales para los que las facilidades organizativas que les suministraba la sociedad tecnológica no era desde luego el aspecto más relevante, como son los casos del narcotráfico o el terrorismo” (2006, p. 210).⁷⁶

La integración del fenómeno de la inseguridad ciudadana en el fenómeno de la sociedad del riesgo ha sido una política “exitosa”. Precisamente, “las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de equiparaciones conceptuales que, basándose en la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idénticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos” (Díez Ripollés, 2006, p. 211). Esto es lo que indica Díez Ripollés señalando que “se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico, y el sentimiento de inseguridad callejera” como si se tratara de una eficiente variante más de la gestión administrativa de riesgos (Díez Ripollés, 2006, p. 211). Esto es lo que está detrás de las interpretaciones de los aconteceres sociales de las últimas decisiones político-criminales, que “pecan de un voluntarismo que les conduce a tratar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas, donde termina dando al modelo penal de la seguridad ciudadana una cobertura fáctica que no se merece, por no corresponder con la realidad” (Díez Ripollés, 2006, p. 212).

Esta política criminal conlleva la disposición a trasladar conceptos de un contexto a otro, borrando o dejando en un segundo plano su trasfondo ideológico. Claramente, “equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas en su origen, agentes sociales que las activan, naturaleza objetiva y subjetiva de los comportamientos, y consecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que pueden ambas dar lugar a conductas delictivas, se sustenta únicamente en la amplitud semántica del término riesgo, pero no parece estar en condiciones de rendir frutos analíticos” (Díez Ripollés, 2006, p. 212).

Díez Ripollés se pregunta, ¿en qué se materializa hoy en día esa expansión del derecho penal que iba a permitir en sus orígenes acomodar el instrumento penal a las nuevas realidades de las modernas sociedades del riesgo? A su juicio en un bloque de comportamientos que han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada, que podrían agruparse así: en primer lugar, bajo el concepto de delincuencia organizada, que se concentra en dos fenómenos delictivos tradicionales, el terrorismo y el narcotráfico; en segundo lugar, un bloque de conductas constituido por la “delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual”. En tercer lugar, un bloque contenido en la nueva expansión securitaria, que está concentrado particularmente en “la criminalidad de la marginación y la exclusión social” (2006, p. 2018-219). Como es notorio, los medios delictivos señalados no corresponden con la sociedad del riesgo. La amplitud semántica del término riesgo, parece

⁷⁶ Situación que en la terminología aquí adoptada indica que se trata de delitos contrarios a una política criminal propia de la sociedad del riesgo, cobijando bajo el concepto de riesgo, situaciones que no son propiamente a macropeligros sino micropeligros.

entonces que puede rendir mejores frutos analíticos cuando se separa los micropeligros de los macropeligros, así como lo indicó parcialmente Ulrich Beck:

“Al menos una triple negación separa los macropeligros ecológicos, nucleares, químicos y genéticos de los (subsistentes) riesgos de la primera industrialización. Primero, los macropeligros no pueden limitarse ni local, ni temporal, ni socialmente. Por lo tanto, no sólo conciernen a los productores, ni sólo a los consumidores, sino también (en el caso límite) a *terceros no involucrados*, incluyendo a los nonatos. Segundo, no pueden atribuirse según las reglas de causalidad, culpa y responsabilidad civil. Y tercero, no pueden recompensarse (irreversibilidad, globalidad) según la regla *destrucción a cambio de dinero* y, por consiguiente, representan, en este sentido, una coerción irremediable para el sentido de seguridad del ciudadano alarmado. En la misma medida falla el cálculo de riesgos con el que la administración de peligros fundamente la propia racionalidad y la promesa de seguridad: los macropeligros tecnológicos-ecológicos han abolido el accidente como tal, o sea, la base de cálculo de riesgos -por lo menos en el sentido de un acontecimiento limitado en el espacio y el tiempo-. Las consecuencias se extienden más allá de las fronteras y las generaciones (...)” (Feijóo Sánchez, 2007, p. 192).⁷⁷

⁷⁷ Cita a Ulrich Beck de su libro Políticas ecológicas en la edad del riesgo.

CONCLUSIONES

- La representación general de los delitos de peligro abstracto tiene grandes dificultades que se deben a su uso lingüístico. Entenderlos como peligro presunto, no tiene sentido dogmático. La perspectiva de convertirlos en peligro concreto se inspira en este error, aunque indudablemente conviene proceder a una revisión sistemática de los mismos. Por tanto, la presunción no es un modelo de fundamentación de los delitos de peligro abstracto, este es de los mayores obstáculos que presenta.
- Referir a peligro hipotético como subcategoría o categoría intermedia del peligro abstracto, sin convertirlos a peligro concreto, permite una formulación amplia para ingresar otras distinciones más propias. La comprobación no significa conversión a peligro concreto, aunque sí resignifique la idea de peligro hipotético. Sin embargo, lo hipotético no supera la ambigüedad e indeterminación de los delitos de peligro abstracto. Por ejemplo, refiriendo a uno de los primeros pensadores sobre la potenciación, Aristóteles evidenció que este lenguaje es equívoco por cuanto la potencia o capacidad refiere: a) al principio del movimiento; b) a la capacidad de realizar algo según la propia intención; c) todas aquellas cualidades poseídas por las cosas (Aristóteles, 2014, pag. 238). Por tanto, no se permite la traducción con una sola palabra. Además, la potencia puede ser activa o pasiva, lo que indica que es una fórmula que deja una realidad sin explorar. Si se considera que la potencialidad es una expresión para referir a los delitos de peligro abstracto en términos meramente potenciales, sería extraño al sistema al describirlos como delitos de mera conducta. Aquí lo inidóneo sería también lo mismo que impotencia. Además, en el Libro quinto, 1019, literal a y b, Aristóteles considera la potencia en general como el principio del cambio. De manera inversa, la palabra acto estaría vinculada a la realización plena. De ese modo, los tipos de potencias serían: innatas, por hábito, y las que se adquieren, por ejemplo, estudiando (2014, 1047b 35). Lo potente significa ser capaz de algo determinado. En cambio, acto es que la cosa exista, pero no en potencia. Si lo capaz y lo posible refiere a la aptitud para mover otra cosa en la metafísica, es decir, capaz de ejercer un saber, no está ejercitando ese saber, indica que no se aplicaría bien esto al peligro en el derecho penal sino a la peligrosidad como acto. Así, la referida potencia no sería un lenguaje ajustado al peligro. Puede tener la potencia o capacidad, pero no está en acto. Potencia no sería otra forma de nombrar lo idóneo, en el sentido en que puede darse, porque esa idoneidad no está en acto. Por tanto, potencia no sería la capacidad referida al daño concreto para aludir a un peligro abstracto-concreto. Además de la perspectiva de lenguaje, se puede añadir la idea de las dos categorías, sin las cuales los delitos de peligro abstracto o hipotético terminarían en la misma indeterminación, no pudiendo salir del “cajón de sastre”.
- Es importante aclarar que, si las cosas se refieren a cuestiones meramente terminológicas, no se logra evitar caer en distinciones verbales vacías, sin preservar lo abstracto o lo peligroso como concepto. Si el objetivo fuese ir tras una visión etimológica de la expresión abstracto, tendría que retrotraerse del contexto de la sociedad del riesgo o posindustrial y ser extraída de un contexto completamente diferente. Por ejemplo, para Hegel lo abstracto tiene un significado completamente distinto. El derecho abstracto para él atañe al comportamiento negativo de la voluntad libre que se refiere a sí misma frente a lo real. Es la voluntad individual en sí misma de un sujeto, que se relaciona consigo en su individualidad. El derecho abstracto o

derecho formal está relacionado con la propiedad, la posesión, el contrato y todo lo relacionado con la voluntad particular (Hegel, 2004, p. 57). El derecho es en primer lugar la existencia inmediata que se da la libertad de un modo también inmediato, según los siguientes momentos de la libertad de la voluntad abstracta: la posesión o propiedad, el contrato, entre otros. El delito sería en sí la oposición a este tipo de voluntad, en una particular forma de injusticia y donde el derecho se restaura por la negación de esta negación suya (2004, p. 95). Por tanto, si se atendiera a esta noción, si el derecho abstracto consiste en “la existencia de la libertad en una cosa exterior” (2004, p. 99), entonces el peligro abstracto sólo concierne a esta en tanto amenaza la existencia de esta libertad en un sentido concreto, lo que dejaría por fuera la totalidad de la extensión de la libertad. Desde estas consideraciones el peligro no podría ser abstracto sino global o colectivo, atendiendo a la sociedad del riesgo.

- Otro aspecto importante es si la discusión gira sobre la ambigüedad e indeterminación de las expresiones lingüísticas en los delitos de peligro abstracto. Aquí cabe recordar la distinción entre posibilidad, probabilidad, potencialidad, que presenta dificultades en tanto no se remite a la diferencia entre micro y macro peligro. Por ejemplo, para Cerezo Mir la determinación del grado de *posibilidad* de la producción del resultado delictivo, necesaria para la apreciación de la peligrosidad de la acción, “sólo puede realizarse mediante un juicio de valor” (2002, p. 52). Según esto, no parece coherente con esta concepción de lo injusto la consideración de que baste una *posibilidad* meramente *remota* de la producción de la lesión del bien jurídico, pues, para esta apreciación de la peligrosidad de la acción y resultado de peligro, es menester cumplir con la exigencia de la probabilidad de la lesión del bien jurídico, “aunque no parece aconsejable desde un punto de vista político criminal” (Cerezo Mir, 2002, p. 53). Por lo anterior, considera Cerezo Mir que el criterio más adecuado es exigir “un juicio de previsibilidad objetiva, como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción (2002, p. 53). Claramente en este aspecto no tiene espacio el principio de precaución donde están presentes los supuestos de incertidumbre acerca del saber científico-causal, riesgo sospechado, no previsible, no cuantificable o mensurable, riesgo incierto, sin soportes científicos que podrían identificarlo (Cerezo Mir 2002, p. 61). Sin embargo, esto deja completas dudas cuando se afirma al mismo tiempo que, mientras que el principio de precaución parte de la sospecha de los riesgos graves e irreversibles que puede llevar consigo una actividad determinada, en supuestos en que desconocen las leyes causales, el principio de prevención parte de la idea de la previsión o de la previsibilidad, con base en las leyes causales conocidas. Más aún, cuando a este respecto existen sólo presunciones o sospechas basadas generalmente en cálculos estadísticos y probabilidades. Los principales “campos de aplicación del principio de precaución serían la protección del medio ambiente y de la salud pública” (Cerezo Mir 2002, p. 61). Con base en el principio de precaución se ha propuesto una ampliación de los delitos de peligro abstracto, de modo que pudieran incluirse en ellos los supuestos de mera sospecha de la posibilidad de la producción de un daño grave e irreversible por la incertidumbre sobre el saber científico-causal. Esta ampliación me parece rechazable, pues supondría una desnaturalización del *concepto* de delito de peligro abstracto, que se basa, sin duda, en el criterio de la previsibilidad. En los delitos de peligro abstracto se castigan conductas que generalmente, de acuerdo con el saber científico-causal de la época, llevan consigo el peligro de un bien jurídico protegido (Cerezo Mir, 2002, p. 62). Se puede estar de acuerdo con la afirmación de

que el principio de precaución “debería servir sólo de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas” (Cerezo Mir 2002, p. 62), pero solo para unos casos puntuales. No se trata de que por ser más vehemente la sospecha de gravedad, a causa de cálculos estadísticos, podría recurrirse al Derecho administrativo sancionatorio, pues, la conducta así presentada no reviste gravedad suficiente para constituir un ilícito penal. Lo mismo se puede decir de la cercanía y lo remoto, como metodologías equivocadas para valorar la conducta. La cercanía o distancia no dice si una conducta es abstracta o no, solo en el contexto de la sociedad del riesgo, se ha de mirar si es potencial para causar un macropeligro. La jurisprudencia colombiana no escapa a este uso lingüístico impreciso de los delitos de peligro abstracto. Por tal motivo, dos cosas se pueden decir frente a esto: primero, todo debe estar mediado por consideraciones político-criminales que apunten a la diferencia sustancial entre micro y macropeligro, lo cual no se ve en esta perspectiva; segundo, utiliza la posibilidad y la probabilidad sin criterios de distinción. Esto lleva a infundados juicios de valor donde se entiende que la peligrosidad es meramente un juicio normativo.

- En Colombia hay una utilización de conceptos de la sociedad del riesgo para perseguir delitos contra la seguridad. Pero queda claro que no es del todo correcto concluir que no existen delitos de peligro o que estos se han desarrollado únicamente a causa de un derecho penal de emergencia. Como un exponente más de la expansión penal no como lo exige la nueva sociedad del riesgo sino a causa de un desbordamiento del marco analítico de la seguridad ciudadana, donde además es pertinente diferenciar otro marco analítico previsto por conceptos de micro y macropeligro. Ampliar el concepto de riesgo para tratar aspectos que no son de la sociedad del riesgo como la delincuencia callejera, es lo mismo que tratar los micro peligros como si fuesen macropeligros, impulsando esto por un ilusorio afán de intercambiar garantías por eficacia.
- Nuestra conclusión es que la concepción del sociólogo Ulrich Beck, no ha encontrado realmente eco en la moderna Ciencia del Derecho penal ni en el derecho penal colombiano. Aunque este camino de la “evolución” quedó relativamente trazado, el menoscabo de los principios básicos del derecho penal liberal se debe a un uso lingüístico equivocado en la forma de comprender los delitos de peligro abstracto. Así, no serían sus rasgos propiamente, sino sus usos lingüísticos sin criterios de distinción que lleva a una forma de comprenderlos, de modo que seguirán en el ojo del huracán de la moderna polémica sobre el Derecho penal del riesgo. Esos usos lingüísticos imprecisos son el combustible de toda legislación arbitraria, que muestra la desconexión que hay entre el diagnóstico de Ulrich Beck y lo regulado. Todo uso lingüístico del Derecho penal del riesgo se ha de observar oscuro en su aplicación sin la distinción previa entre micro y macropeligro.
- Para encontrar un eco más preciso a lo propuesto por Ulrich Beck es necesario volver a su diagnóstico, donde el derecho penal pueda incorporar los conceptos que le son precisos a su estructura diferenciada, particularmente las categorías propuestas. Esta distinción podría sacar los delitos de peligro abstracto del “cajón de sastre” donde se encuentran y donde se convierten en objeto de crítica para aquellos que defienden en mayor medida el paradigma de la lesividad. Desde esta distinción, no todos los delitos “identificados” como de peligro abstracto, lo son, principalmente porque no guarda relación directa con los macropeligros. Esta connotación valorativa de los delitos de peligro abstracto difiere en todo de la perspectiva del derecho penal de *intervención*

de Hassemer (1999), donde se encontraría a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, del derecho penal de segunda velocidad formulado por Silva Sánchez (2001), del derecho penal donde se protege contextos de vida señalado por Stratenwerth, entre otros. Roxin, logró esbozar el debate que suscitó el libro del sociólogo Ulrich Beck sobre la “sociedad del riesgo” (riesgos de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética), tomando distancia de la respuesta negativa según la cual es necesario desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos, y advirtió en su lugar que no se puede renunciar totalmente a la intervención del derecho penal en este campo, resaltando que para luchar contra el riesgo hay que “preservar la referencia al bien jurídico y los principios de imputación propios del Estado de derecho” (2010, p. 61). Además, se debe desarrollar nuevas estructuras de imputación, junto con tratados internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, acompañando todo esto de otros instrumentos que deben entrar en juego, como el ya indicado por Stratenwerth de proteger contextos de vida (Roxin, 2010, p. 62). Sin embargo, a nuestro juicio, no se trata sólo de establecer un derecho penal de intervención o nuclear o diferentes velocidades, se trata de modo fundamental de anteponer una distinción para que los delitos de peligro no sean instrumento de una legislación arbitraria, estableciendo dos categorías (micro y macropeligro) desde las cuales se ilumine mejor su lenguaje.

REFERENCIAS

Bibliográficas

- Alcácer Guirao, R. (2002). La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad Complutense*.
- Arias Holguin, D. P. (2006). *A propósito de la discusión sobre el derecho penal "moderno" y la sociedad del riesgo*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Aristóteles. (2014). *Metafísica*. Barcelona: Gredos.
- Barbero Santos, M. (1971). Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Jornadas Internacionales de Derecho penal*, 487-500.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo XXI.
- Bellamy, A. (2009). *Guerras justas. De Cicerón a Irak*. México: FCE.
- Bogado M. G & Ferrari D. R. (2009). Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. *CIIDPE Centro de investigación interdisciplinar en derecho penal económico*, 1-16.
- Brandariz García, J. A. (2014). *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política contemporánea*. Madrid: Dykinson.
- Bustos Ramírez, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Cardona-Restrepo; Patiño Aristizábal; Toro Londoño. (2022). Racionalidad y razonabilidad en la lucha contra el terrorismo internacional. *Secuencia no.114 México sep./dic. 2022 Epub 19-Sep*, 1-35.
- Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho penal y Criminología, No 10*, 47-72.
- Chica Pérez, V. H. (2009). Metafísica descriptiva y análisis conceptual en el pensamiento de P.F. Strawson. *Estudios de filosofía No 39 Junio Universidad de Antioquia*, 243-265.
- Cita Triana, R. A. (2013). *Delitos de peligro abstracto en el Derecho penal colombiano. Crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-430/1996*. Bogotá: Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Díez Ripollés, J. L. (2006). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Nuevo Foro Penal, No 69, enero junio*, 198-247.
- Feijóo Sánchez, B. (2007). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- Fuentes Osorio, J. (2006). Formas de anticipación de la tutela penal. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>, 1-40.
- Fuentes Osorio, J. L. (2012). ¿Delitos ecológico como delito de peligro abstracto? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-49. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Gómez Vélez, M. I. (2015). Aproximación al derecho penal ambiental: ideas para su abolición. *Estudios de Derecho*. 72(160), Estudios de Derecho. 72(160), 309-329.
- Gracia Bogado M. y D. Ruth Ferrari. (2009). Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. *CIIDPE Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho penal económico*, 1-16.
- Grupo de Estudios Penales. (2007). El debate sobre la modernización del derecho penal. *Cuadernos de Investigación, Medellín EAFIT No 53*, 1-77.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Hassemer, W. (1991). *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Frankfurt: Conferencia realizada en la UAB (marzo). Traducción de Elena Larrauri.
- Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Crimonología*, 04-14.
- Hegel, G. W. (2004). *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Suramericana.
- Herzog, F. (1993). Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro. *Universidad Autónoma de Barcelona*, 317-327.
- Herzog, F. (1998). La crisis de los principios espirituales y sociales del proceso penal reformado. *REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 15 - N° 1* 375, 375 - 386.
- Herzog, F. (2003). *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal*. La Mancha: Cuenca.
- Hirsch, H. J. (2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro. *Revista latinoamericana de derecho*, 157-181.
- Ignatieff, M. (2018). *El mal menor: Ética política en una época de terror*. Madrid: Taurus.
- Jiménez Díaz, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-25 Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Jiménez Mejía, D. (2014). La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo. *Nuevo Foro Penal No. 82, enero-junio, Universidad EAFIT*, 134-162.
- K Ambos, E Malarino, C Steiner. (2015). *Terrorismo y derecho penal*. Berlín: CEDPAL, Konrad Adenauer Stiftung.
- Kindhäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 1-19.

- Kubiciel, M. (2017). Libertad, instituciones, delitos de peligro abstracto: ¿un nuevo prototipo del Derecho penal económico? *Revista para el análisis del derecho InDret*, 1-18.
- Madrigal Navarro, J. (2015). Delitos de peligro abstracto. Fundamento, crítica y configuración. *Revista Judicial, Costa Rica, N° 115, marzo*, 169-187.
- Maldonado Fuentes, F. (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno derecho penal. *REJ - Revista de Estudios de la Justicia - No 7 -*, 23-63.
- Mendonca, D. (2002). Ricardo Guastini, analítico. *Isonomía No 17/ octubre*, 251- 257.
- Mendoza Buergo, B. (2001). *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares.
- Mendoza Buergo, B. (2002). La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho penal y criminología, num 9*, 39-82.
- Miraut Martín, L. (2011). La función de los criterios de probabilidad en el ámbito jurídico. *Facultad de ciencia jurídicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, 256-282.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: ASTREA, 2 edición.
- Paredes Castañón, J. M. (2003). Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales . *Revista de Derecho penal y criminología*, 95-164.
- Pérez Barberá, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, C. (2012). Concepciones y rasgos de los bienes jurídicos supraindividuales. *Univ. de Alcalá (España)*, 1-38.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, C. (2015). *Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos*. Alcalá. XVIII Seminario interuniversitario internacional de Derecho penal: Universidad de Alcalá.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal, No 65*, 46-91.
- Prittitz, C. (2003). Sociedad del riesgo y derecho penal. *Estudios 91, La mancha*, 259-289.
- Reyes Alvarado, Y. (2016). *El delito de tentativa*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial B de F.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Skidelsky, L. (2003). Análisis filosófico: Strawson entre Wittgenstein y Quine. *DIÁNOIA, Volumen XLVIII, Número 51, noviembre*, 29-60.
- Soto Navarro, S. (2005). Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. *ADPCP, Vol. LVIII, Universidad de Málaga*, 887-918.

- Sotomayor Acosta, J. O. (2007). *El debate sobre la modernización del Derecho Penal*. Medellín, Colombia: Universidad EAFIT.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2008). ¿El derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal, No 21, enero*, 148-164.
- Strawson, P. (1997). *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*. Barcelona: Paidós.
- Tamayo Medina, C. H. (2007). *Delitos de peligro abstracto y antijuridicidad material*. Bogotá: Ibáñez.
- Terradillos Basoco, J. (1999). Peligro abstracto y garantías penales . *Nuevo Foro penal No 62*, 67-94.
- Torio Lopez, A. (1969). Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). *Universidad de Valladolid*, 825-847.
- Trapero Barreales, M. A. (2015). *Los delitos de peligro*. Alcalá. XVIII Seminario interuniversitario internacional de Derecho penal: Universidad de Alcalá.

Normativas y jurisprudencial

- Congreso de la República de Colombia. Ley 228 de 1995. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 491 de 1999. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 590 de 2000. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1453 de 2011. Bogotá.

Corte constitucional y Corte Suprema de justicia.

- Corte Constitucional. Sentencia C-430/96. Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia C-939/02. Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Corte Constitucional. Sentencia C-671/14. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Corte Constitucional. Sentencia C-259/16. Sustanciador: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
- Corte Constitucional. Sentencia C-248/19. Sustanciador: CRISTINA PARDO SCHLESINGER
- Corte Constitucional. T-399-18. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
- Corte Suprema de Justicia. SP025 – 2019 Radicado N051204. Ponente: PATRICIA SALAZAR CUELLAR