

Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

DEISY JANETH BARRIENTOS PÉREZ*

Resumen

La técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto, figura de usanza para el análisis dogmático de los bienes jurídicos colectivos, ha generado una expansión del derecho penal a esferas en las que no es constatable el daño. A efectos de ser coherentes con el principio de lesividad, es necesario realizar un análisis en torno a las exigencias en cuanto al injusto, que permitan armonizar la injerencia del derecho penal para la protección de entidades colectivas, buscando para ello el referente material del bien jurídico protegido y de esa manera concluir la forma en que el mismo puede lesionarse, prefiriendo para ello la opción por las estructuras típicas de los delitos de lesión que de peligro, por ajustarse de mejor manera con los postulados exigidos por el art. 11 del código penal. Para concretar la posición, se analiza el bien jurídico de la seguridad pública y, en concreto, el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

* Especialista y Magister en derecho penal, Universidad EAFIT (Medellín, Colombia).

Abstract

The technique of crime of endangerment has generated an expansion of criminal law in areas like criminal protection of collective rights. In order to be consistent with the principle of harm, it is necessary to examine the demands regarding the unfair behavior and how could be the collective rights injured. In order to check the position assumed in this paper, the legal right of public safety is analyzed and, in particular, the crime of manufacturing, trafficking, possession or possession of firearms, accessories, parts or ammunition.

Palabras clave

Delitos de peligro abstracto, delitos de peligro concreto, bien jurídico, antijuridicidad, injusto, delitos con resultado de lesión, lesividad.

Key words

Crime of endangerment, protected legal right, harmfulness.

Sumario

Consideraciones preliminares. **1.** El principio de lesividad o de ofensividad; **1.1.** La idea de lesividad estructurada a partir del concepto tradicional de bien jurídico; **1.2.** La lesividad a partir de la protección de la vigencia de la norma; **2.** Caracterización de los bienes jurídicos colectivos y formas de protección de los mismos; **3.** Delitos de peligro y concepto de injusto; **4.** Diferencia entre delitos de lesión y de peligro; **4.1.** Los delitos de lesión; **4.2.** Los delitos de peligro; **4.3.** El concepto de peligro; **4.3.1.** Teoría subjetiva; **4.3.2.** Teorías objetivas; **4.3.3.** Teoría de la presunción del peligro; **4.3.4.** Teoría de la peligrosidad como motivo del legislador; **5.** El injusto penal en los delitos de peligro; **5.1.** Modelos de injusto sin necesidad de desvalor de resultado; **5.1.1.** El modelo de la tentativa de delito imprudente; **5.1.2.** El modelo autónomo respecto al desvalor de resultado; **5.1.3.** Críticas a los modelos precedentes; **5.2.** El modelo dual de injusto y los delitos de peligro; **6.** Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones desde la perspectiva de lesividad al bien jurídico seguridad pública; **6.1.** Reseña histórica del delito de porte ilegal de armas de fuego en Colombia; **6.2.** Bien jurídico seguridad pública; **6.3.** Elementos estructurales del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Análisis de la lesividad; **6.4.** Requisito de verificación de lesividad en el caso concreto; **6.5.** Criterios de imputación objetiva para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Consideraciones preliminares

Existe un amplio consenso en el sentido de que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, la función del derecho penal debe estar en consonancia con la protección de los derechos de las personas y de las posibles afectaciones o menoscabos de que puedan ser objeto con las conductas indeseadas de terceros.

Por ello, una de las funciones asignadas al derecho penal es la de protección de bienes jurídicos, debiendo entenderse que la intervención penal tiene como presupuesto la afectación de esa realidad denominada bien jurídico. Sólo en ese caso y de acuerdo a criterios de imputación jurídica de un hecho a su autor, se legitima la intromisión del *ius puniendi* estatal en la esfera de libertad de acción del posible infractor de la ley penal.

El bien jurídico, cualquiera sea la concepción que se tenga de él, ha cumplido una función de garantía para los ciudadanos, en cuanto pretende dar razón del por qué de la intervención estatal, además de ratificar el principio de culpabilidad y de lesividad¹.

Como consecuencia de los principios de fragmentariedad y de subsidiariedad, el bien jurídico, deberá considerarse constituido además por realidades que para las relaciones en sociedad se consideran vitales, en cuanto permitan una convivencia pacífica y el desarrollo de estructuras e instituciones orientadas a la satisfacción de necesidades individuales y colectivas. Constituye un límite a la incriminación de conductas por medio de la conminación de pena, a través de la estimación de condiciones indispensables para el logro de los fines mencionados; por ello se reprochan conductas consideradas indeseadas, siempre que no puedan evitarse o impedirse de modo diverso al control social que se ejerce por medio del derecho penal.

El denominado principio de lesividad, aquel según el cual la intervención punitiva solo tiene sentido para la protección de bienes jurídicos y en caso de que éstos sean afectados, sirve de criterio de referencia material sobre el cual predicar la antijuridicidad o no de determinado comportamiento, además de ser un límite al momento de la atribución de responsabilidad. En este sentido, es importante preguntarse por la base sobre la cual se ciernen algunas tipificaciones penales, las cuales deben estar mediadas por la verificación de su real lesividad, siendo insatisfactoria la sola referencia a la peligrosidad abstracta de la conducta, si no puede verificarse en últimas la afectación que ella apareja para el bien jurídico.

Sin embargo, las valoraciones de lo que debe protegerse o no, son cambiantes y dependen en gran medida de las ideologías orientadoras de la actividad estatal y del desarrollo cultural, económico y tecnológico.

1 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y sistema penal*, Bogotá, Temis, 2012, p. 237.

Las sociedades contemporáneas cada vez evolucionan más en términos de desarrollo de procesos técnicos e industriales, lo cual supone, no sólo un mayor progreso sino también una mayor exposición de la sociedad a un sinnúmero de riesgos, necesarios en general para el normal desenvolvimiento de las actividades que hoy hacen parte del quehacer cotidiano.

El derecho penal no ha sido ajeno a todo este proceso; por el contrario, en aras de la protección de la sociedad y de los individuos frente a nuevas formas de ataque de sus intereses vitales y en la lucha por afrontarlos, se ha dado a la tarea de identificar, no siempre de manera clara y precisa, nuevas realidades necesitadas de protección, lo que ha generado un contraste con el derecho penal tradicional, cuyos instrumentos básicos se orientaban a la protección de la persona individual y de sus intereses más cercanos, tales como la vida, patrimonio, entre otros.

Con el paso a la modernidad y las consecuencias que de ello se derivan, la denominada "sociedad del riesgo"² se ha convertido en una referencia constante de la dogmática penal, como también lo ha sido para las distintas ciencias sociales.

Con dicho concepto se quiere describir una sociedad que se enfrenta a nuevos peligros para sí misma y para las condiciones básicas de la existencia humana; a nuevos ámbitos de inseguridad social y al sentimiento de inseguridad de sus miembros. Por esa razón en el último tiempo se viene exigiendo un adelantamiento de la barrera de intervención del derecho penal, para castigar meras acciones peligrosas, desvinculadas del resultado lesivo; perfilándose el comportamiento peligroso como modelo autónomo de la tipificación penal³.

2 La sociedad del riesgo ha estado marcada por tres aspectos fundamentales, el primero tiene que ver con la generalización de nuevos riesgos que afectan un amplio colectivo, producto de nuevas actividades humanas que son consecuencia de la puesta en práctica de nuevas tecnologías. También por las crecientes dificultades para atribuir responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas y finalmente por que en la sociedad se ha difundido un aumento exagerado de sentimientos de inseguridad que no parece guardar relación exclusiva con los riesgos descritos, pero que sí se ve intensificado por la cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos. Pese a lo anterior, las demandas de punibilidad que ahora se presentan y la expansión del derecho penal, ha tenido lugar no solo por las nuevas formas de criminalidad propias de la sociedad del riesgo, las cuales ocupan, dentro del nuevo concepto de expansión, un lugar marginal, de allí que se empieza a justificar politicocriminalmente el incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica que no hacen parte de la llamada sociedad del riesgo. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "De la sociedad del riesgo a la ciudadana: Un debate desenfocado", en *Nuevo Foro Penal N° 69*, Medellín, Enero-Junio 2006, Universidad EAFIT, pp. 198 a 248.

3 Cfr. PERIS RIERA, JAIME M., "Delitos de peligro y sociedad del riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década", en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, coord. por Juan Carlos Carbonell Mateu, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 687-710.

El proceso que se acaba de describir ha implicado varias cosas para el derecho penal.

Una de las más destacadas es que en aras a la protección de la sociedad y de los individuos frente a nuevas formas de ataque de sus intereses vitales y en la lucha por afrontarlos, el derecho penal se ha visto en la necesidad de identificar, no siempre de manera clara y precisa, las nuevas realidades merecedoras de tutela, abandonando así el prototípico derecho penal nuclear, en el que la protección giraba en torno a los bienes jurídicos que protegían la esfera personal del individuo; a darle cabida a nuevas realidades que pueden ser lesionadas redundando en un perjuicio de los intereses de la sociedad y del Estado, lo cual supone, además, la protección por medio de la anticipación de la tutela penal a esferas en las que aún no es constatable, al menos de manera causal, un daño o perjuicio entendido en términos ontológicos.

Ello a su vez, ha generado un cuestionamiento respecto al principio de estricta protección de bienes jurídicos; de hecho en el contexto descrito, un número cada vez mayor de autores⁴ entiende que el objeto de la protección penal se determina de manera autorreferida, es decir, que el mismo derecho penal crea o conforma su objeto de protección: lo que se buscaría asegurar es la vigencia de las normas, sin referencia alguna a realidades externas que puedan verse menoscabadas.

Del entendimiento que se tenga acerca del objeto de protección del derecho penal dependerá el contenido que se le atribuya a lo ilícito o injusto; de las condiciones mínimas que deban satisfacerse para predicar su existencia.

Por ende, si se comparte la idea ampliamente aceptada, de que la lesividad para bienes jurídicos, entendidos como la garantía de las condiciones básicas de la convivencia constituye un límite a la intervención penal y una garantía para los ciudadanos, se experimentarán serias dificultades a la hora de legitimar delitos cuya estructura no permite identificar el bien jurídico que protegen (si es que realmente lo hacen), ni tampoco la forma de ataque que permita predicar su lesión.

Dificultades como ésta se vienen evidenciando a través de los delitos de peligro, que parecieran reducir los presupuestos de punibilidad a efectos de imponer una pena, lo que algunos han considerado ventajoso para la prevención o protección de bienes jurídicos⁵, al no hacer necesaria una lesión, con lo que se estaría protegiendo al máximo el bien jurídico, pues la sola realización de una conducta considerada peligrosa, es suficiente para dar por satisfecha la incriminación.

4 Por todos, JAKOBS, GÜNTER, *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, Marcial Pons, pp. 44-45.

5 KISS, ALEJANDRO, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011, p. 49.

Sin embargo, lo que pudiera considerarse una ventaja de cara a la protección de los intereses tutelados, presenta problemas dogmáticos y político-criminales, que serán objeto de este trabajo.

A manera de preámbulo cabe señalar que la ampliación de la punibilidad a casos de simple puesta en peligro abstracto, que supondría una alta valoración del bien jurídico y una especial necesidad de protección del mismo⁶, genera al tiempo problemas en cuanto a la proporcionalidad al momento de incriminar conductas peligrosas, si se ponen en relación las penas asignadas a los delitos derivados de la realización de conductas típicas de lesión o de peligro concreto, no quedando claro entonces cuál es la real importancia de dichos bienes. Por poner un ejemplo, si se observan las sanciones penales asignadas a delitos de resultado de lesión, como el homicidio, en relación con las de un delito que afecte a un bien jurídico colectivo, como lo es la seguridad pública, (protegido mediante delitos de peligro), en el caso de porte de armas de fuego en que concurra una circunstancia de agravación, no parece haber una relación proporcional de cara a la valoración de los bienes jurídicos vida en el primer caso y seguridad pública en el otro.

Si bien es cierto que por razones muchas veces de orden populista, el derecho penal ha ampliado sus horizontes a espacios relegados otrora al derecho administrativo y disciplinario, no menos cierto es que se debe racionalizar la intervención, de cara a los postulados orientadores de la actividad penal y a la realidad legislativa, que permitan predicar una cierta proporcionalidad y congruencia conforme a las exigencias de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

Así las cosas y complementando lo ya señalado, en las líneas siguientes se abordará el problema de la legitimidad de los delitos de peligro, partiendo de la definición de lo que se ha entendido por lesividad, principio de ofensividad o antijuridicidad material; siendo necesario para ello abordar el tema del bien jurídico desde el referente material que pueda ligarse de algún modo al principio de lesividad, para indagar en últimas, si es posible una justificación tanto dogmática como político-criminal de los bienes jurídicos colectivos y de los delitos que los afectan.

1. El principio de lesividad o de ofensividad

Desde la concepción que aquí se defiende, lo más congruente con el modelo de Estado Constitucional es defender que el derecho penal sirve a la protección de

6 HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 104.

bienes jurídicos⁷. Otras posturas toman como punto de partida de incriminación, el quebrantamiento de la vigencia de las normas. Esta diferencia resulta altamente relevante al evaluar la capacidad lesiva del comportamiento y a ella se dedicarán las líneas siguientes.

1.1 La idea de lesividad estructurada a partir del concepto tradicional de bien jurídico

Un derecho penal protector de bienes jurídicos, reivindica la idea de derecho penal de acto, del respeto por las garantías, derechos fundamentales consagrados en la constitución y de la idea de desarrollo un Estado Liberal y Democrático de Derecho⁸, al propugnar por la maximización de las garantías e intereses de los sujetos

7 El concepto de Estado y el derecho penal son conceptos que se interrelacionan, en la medida en que el segundo debe estar en consonancia con las garantías establecidas desde la constitución misma. La constitución, el Estado constitucional, define los valores a los cuales ha de servir el ordenamiento jurídico en su integridad, de manera que, los bienes jurídicos se erigen en intereses jurídicamente protegidos, desde y para servir a las finalidades establecidas constitucionalmente. Cfr. ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, "Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), 61-105. En el mismo sentido ROXIN, CLAUDIUS, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01 (2013) "A día de hoy, cabe afirmar que es mayoritaria la tesis de la necesidad y posibilidad de vincular la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación a la Constitución. Así, por ejemplo, Frister subraya que "el concepto de bien jurídico se define en la actualidad también en la ciencia del Derecho penal desde el Derecho constitucional." De acuerdo con Steinberg, los representantes actuales de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación están "en gran medida de acuerdo en el objetivo de que... no resulta deseable establecer una concepción ajena a la Constitución en paralelo a ésta, o inyectarla en ella, sino que se trata de concretar las afirmaciones de la propia Constitución en el ámbito jurídico-penal, sirviéndose para la implementación de la concepción del bien jurídico".

8 "Desde el prisma de un Estado Social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente morales y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo. Todo ello sirve para determinar la materia de lo jurídicamente tutelable, y siendo el Derecho penal también derecho, también ofrece la sustancia básica de lo protegible jurídico-penalmente. Pero no todo cuanto posea dicha materia –de interés social relevante para el individuo. Podrá, obviamente, elevarse a la categoría de bien merecedor de tutela jurídico-penal, de bien jurídico-penal" MIR PUIG, SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 161. En un estado social y democrático de derecho, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica. Así el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia, sino también las instituciones

que componen el Estado y por el correcto funcionamiento de sus instituciones, para brindar una mayor capacidad de satisfacción de las necesidades de los individuos y de la colectividad.

Como se desprende de lo dicho, se advierte que el modelo político y la estructura del Estado influyen de manera directa en la concepción ideológica y sistemática del derecho penal. Así,

[p]ara quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista externo al Derecho y por así decirlo desde abajo, de las personas de carne y hueso, y se identifican no solo con lo que Jakobs llama “bienes jurídicos individuales”, como la vida, las libertades y los diferentes tipos de derechos subjetivos, sino también con todos los bienes colectivos y en general aquellos determinados empíricamente, cuya tutela se da en interés de todos (...) En cambio, para quien adopte una doctrina de justificación de tipo autoritario, los bienes jurídicos que merecen protección penal serán los formulados desde de un punto de vista interno al sistema jurídico y por así decirlo desde lo alto, de la conservación –como expresan Jakobs y Amelung- del orden existente mismo, o de la estructura normativa de la sociedad, o cosas similares⁹.

Pareciera lógico asumir que el derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, se desarrolla al amparo de las máximas de subsidiariedad y *ultima ratio*; bajo el entendido que la intervención penal solo será necesaria cuando se afecten o se pongan en peligro las realidades valoradas de manera positiva por el legislador, como merecedoras de tutela penal en caso de menoscabo; pues la prohibición de una conducta bajo amenaza de pena que no pueda ser remitida a un bien jurídico, sería terror de Estado¹⁰.

1.2 La lesividad a partir de la protección de la vigencia de la norma

Una segunda postura sobre el objeto de protección penal parte del entendimiento de la sociedad como un sistema comunicativo, en el que lo que importa no es tanto el individuo en cuanto tal, sino “*en su relación con*”. Es decir, entendida la sociedad

estatales que sean imprescindibles a tal fin. Cfr. ROXIN, CLAUDIUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, p. 123.

9 FERRAJOLI, LUIGI, “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal N° 79*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, p. 107.

10 HASSEMER, WINDRIED, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 103.

como comunicación, todo lo que en ella fluctúa ha de ser fruto de un proceso de lenguaje estructurado, a partir del cual cobra sentido la sociedad como un todo que se interrelaciona en diversos subsistemas que tienen su propia regulación.

Así, desde una perspectiva sistémica de la sociedad y del derecho como la que ofrece Jakobs, apoyado en las teorías de Luhmann¹¹, sólo podemos hablar de sociedad cuando el derecho garantiza al sujeto un horizonte conforme al cual orientarse¹², de ahí la necesidad de las expectativas, por medio de las cuales, cada miembro de la sociedad podrá esperar determinados comportamientos que se correspondan con el acatamiento de las normas por las que se rige la sociedad, son “*expectativas garantizadas por el sistema jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos irrespetuosos con las normas*”¹³.

Para Jakobs,

[l]a contribución que el derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso –aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica (...) ¹⁴.

Si el cometido del derecho penal es la vigencia de la norma, lo que se sanciona es su defraudación, por lo que la lesividad del comportamiento se medirá en términos de la lesión del deber, y el merecimiento de pena vendrá dado según el grado de quebrantamiento de vigencia del ordenamiento¹⁵.

Como lo que importa no es tanto la lesión de una realidad, como sí la indemnidad de la norma, desde este planteamiento se extrae una conclusión y es que, el derecho

11 Cfr. GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la Teoría penal”, *Doxa. N. 23*, 2000, ISSN 0214-8876, pp. 233-264; MONTORO BALLESTEROS, ALBERTO, “El funcionalismo en el derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs” en *Nueva Época. Vol. 8*, 2007, pp. 365-374.

12 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 43.

13 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Normativización del derecho penal y realidad social*, op. cit., p. 44.

14 JAKOBS, GÜNTER, *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, Marcial Pons, p. 45.

15 ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “Apuntes sobre el concepto de delito”, en *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, N° 2, Enero-marzo, Bogotá, Legis, 2003, p. 7.

penal no debe ser un medio para la protección de esferas en las que ya no sea eficiente, por cuanto se ha producido la lesión que se pretendía evitar por medio de una determinada tipificación; por ello critica el tradicional entendimiento de la pena vinculada a eventuales y futuras lesiones de bienes, debiendo utilizarse para reparar el daño que sí es susceptible de eliminar¹⁶, es decir, la intervención antes de la lesión, siendo su sustento la desautorización de la vigencia de las normas.

En este sentido,

[e]l principio de lesividad, correctamente entendido, no debe mirar la lesión ocurrida sino la lesión que podría producir un comportamiento de la clase a la que pertenece la conducta del autor, es decir, la tendencia a la creación de un riesgo desaprobado, no la producción del resultado en sí.¹⁷

De allí que el delito sea “*defraudación de expectativas –no lesión de bienes*”¹⁸ por cuanto lo que importa es mantener la confianza de los ciudadanos en las normas por las cuales se rigen, debiendo ser castigados los comportamientos que no sean conformes con ese orden jurídico determinado, sin que sea necesario entrar en detalles sobre las consecuencias ontológicas del accionar del sujeto, porque lo que tiene trascendencia es el ir en contravía de ese orden dado, prefijado por el legislador por medio de la política criminal del Estado.

Se deriva de lo anterior, que para esta concepción del delito y del derecho penal, cobra importancia en demasía, la prevención general positiva, justificando la pena como factor de cohesión del sistema político y social, por su capacidad de restaurar la confianza colectiva¹⁹.

Los riesgos de esta última caracterización del objeto de protección, que a su vez hacen preferible, en consonancia con el modelo de Estado Constitucional la opción por la protección de bienes jurídicos, son los siguientes:

- La forma de entender el derecho penal como lo hace Jakobs justificaría cualquier régimen político, por lo cual, su concepción, si bien tiene rendimientos prácticos, distancia el enfoque de protección del individuo en cuanto tal al no ser éste su referente de protección esencial.

16 JAKOBS, GÜNTER, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Libro Homenaje al profesor Günter Jakobs, El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 53.

17 SANCINETTI, MARCELO A., “¿Por qué un concepto de ilícito penal sin desvalor de resultado permite una dogmática más racional?”, en *Derecho Penal contemporáneo, Revista internacional*, Bogotá, 2004, p. 11.

18 FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Normativización del derecho penal y realidad social*, op. cit., p. 42.

19 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009, p. 275.

- Si lo protegido es la vigencia de las normas, poco importa analizar si la conducta tuvo o no consecuencias o resultados, por cuanto la sanción penal tendrá lugar sólo por la defraudación de la expectativa de conducta esperada de un ciudadano que respete el orden jurídico.
- Cuando se entiende por ofensividad la lesión de la estabilidad social, no es posible encontrar límite alguno contra el arbitrio punitivo, de manera que la ofensividad no opera como garantía, como límite y condición necesaria, sino como condición suficiente de la intervención penal y por tanto como un factor para su expansión²⁰.
- Los límites entre derecho penal de acto y de autor quedan difuminados con una concepción autopoiética del derecho penal, llevándolo a una respuesta no solo expansionista, sino también peligrosista. Con base en una noción como la que Jakobs propone, puede configurarse la construcción de un derecho penal de autor mediante la configuración como lesivas, de incluso, identidades personales, ya que pueden ser representadas como una amenaza para el orden constituido²¹.

2. Caracterización de los bienes jurídicos colectivos y formas de protección de los mismos

Del concepto de bien jurídico y de su relevancia para resolver el problema planteado en la parte final del apartado precedente se ha ocupado con detalle la doctrina, efectuando del concepto diferentes descripciones y confiriéndole un alcance dispar. Si partimos de la idea de que el bien jurídico es toda aquella realidad merecedora de tutela penal, por constituir un presupuesto valioso para la existencia de las personas, para su desarrollo en sociedad y para el funcionamiento de las sociedades, se debe decir que inmanente a este concepto y como presupuesto para la afirmación del injusto, está el hecho de que esa realidad valorada positivamente como valiosa, debe en algún modo ser puesta en peligro o lesionada, de manera que afirmado el desvalor de la conducta de cara a lo protegible, que es el bien jurídico, podemos afirmar igualmente que el derecho penal en un caso concreto tiene legitimidad para imponerse, ya que tal comportamiento tuvo la entidad suficiente para menoscabar el interés jurídico penalmente protegido.

20 FERRAJOLI, LUIGI, "El principio de lesividad como garantía penal", en *Nuevo Foro Penal* N° 79, op. cit., pp. 108, 109.

21 FERRAJOLI, LUIGI, "El principio de lesividad como garantía penal", en *Nuevo Foro Penal* N° 79, op. cit., p. 112.

En relación con la protección de bienes jurídicos colectivos esta situación genera dificultades para el derecho penal. Antes de desarrollarlas, se hará una breve mención a los problemas de caracterización de los bienes jurídicos colectivos.

De manera previa conviene diferenciar distintas clases de bienes jurídicos, sobre lo que es posible distinguir tres grandes grupos.

i) Por un lado están los bienes jurídicos individuales, sobre los que hay consenso al determinar que la mayoría de ellos tienen una entidad fenoménica susceptible de apreciación al momento de explicar cómo puedan lesionarse, siendo útil en este campo las teorías correctivas de la causalidad para fundamentar la forma de lesión de los mismos.

ii) Los bienes jurídicos supraindividuales o intermedios²² son bienes jurídicos que tienen como sustrato una cantidad determinada de bienes jurídicos individuales y por tanto se puede apreciar la lesión de aquellos a través del menoscabo a esas entidades individuales, de manera que lesionado o puesto en peligro concreto ese bien jurídico individual, se entenderá menoscabada la función para la cual se instituyó el bien jurídico supraindividual. En este punto se entiende que la creación de esos bienes jurídicos, obedece a la necesidad de agrupar una realidad que si bien tiene un soporte en el individuo de manera directa, de algún modo le precede una función macro y a ella se debe el nombre de supraindividual, pero que no puede entenderse menoscabada si no se perturba esa realidad supra. Ejemplo de estos son la seguridad y salud públicas, las cuales tienen tras de sí una cantidad de individuos determinados.

iii) El tercer grupo lo conforman los bienes jurídicos colectivos propiamente dichos, los cuales, si bien redundan en la satisfacción de intereses de la sociedad en general, no pueden ser reconducibles a individuos determinados, ya que su función es la de protección de realidades macro valoradas de manera positiva por el legislador.

Susana Soto Navarro señala que los bienes jurídicos colectivos se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social, como lo son la administración de justicia, la administración pública,

22 “Como consecuencia del acceso de nuevos intereses a la tutela jurídico-penal nos encontramos con supuestos en los que el legislador da cabida a una protección simultánea de bienes jurídicos de orientación individual y colectiva. Pese a la rígida separación tradicional entre bienes de los particulares y bienes suprapersonales, que se plasmará en la regulación de los concretos tipos penales, cada vez es más frecuente la aparición conjunta de ambas clases de intereses en las particulares figuras del delito. Se tipifican conductas que protegen al mismo tiempo intereses clasificados en parcelas inicialmente contrapuestas, como son los relativos a la persona, por una parte, y al conjunto social, por otra.” MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Editorial Comares, 1997, p. 8.

la seguridad social, el orden socio-económico o el medio ambiente²³.

Por su parte, Hefendehl sostiene que dentro de los bienes jurídicos protegidos, son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas y aquellos que sirven a los intereses de muchas personas – de la generalidad – los denomina bienes jurídicos colectivos o universales²⁴.

Ejemplos de esta clase de bienes jurídicos se encuentran en el ámbito del derecho penal económico. Los delitos económicos se orientan a la protección de un bien jurídico supraindividual, universal o colectivo y hacen parte de lo que se ha convenido en denominar derecho penal accesorio o moderno, que rebasa, según algún sector doctrinal, los límites del llamado derecho penal mínimo, al otorgarle plena autonomía a lo que se consideran bienes jurídicos puramente instrumentales²⁵

En el ámbito concreto del derecho penal económico, la determinación del bien jurídico a proteger, no ha sido pacífica, y pareciera que goza de una evidente imprecisión, pues bajo el concepto de orden económico y social se abarca una realidad social imprecisa. Allí, la delimitación o determinación del bien jurídico funciona como un criterio de agrupación sistemática de una serie de conductas delictivas las cuales tienen como común denominador el ámbito de la vida social en que se producen²⁶.

Consecuencia de la expansión del derecho penal a nuevos espacios donde pareciera necesaria su intervención, es la proliferación de los bienes jurídicos colectivos, los cuales, son protegidos mediante el recurso que se hace a los delitos de peligro, tanto concreto como abstracto.

La opción por los delitos de peligro en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos se ha visto influida, no tanto por las dificultades probatorias de identificación de la fuente del daño, como por la decisión político-criminal de adelantar la intervención penal a la fase de lo peligroso²⁷.

23 SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 245.

24 HEFENDEHL, ROLAND, "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?", en *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2002, p. 3. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf, (fecha de consulta: 28 de julio de 2015).

25 MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte general, segunda edición*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p. 111.

26 MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, segunda edición*, op. cit., p. 257.

27 TERRADILLOS BASOCO, JUAN, "Peligro abstracto y garantías penales", en *Nuevo Foro Penal*, N° 62, Bogotá, Universidad de Antioquia- Temis, p. 73.

No pudiendo demostrarse en esta clase de delitos la lesividad de la acción para el bien jurídico, resultan insatisfactorias las posiciones que los avalan precisamente por desconocer de manera flagrante la necesidad de observancia de tal principio rector; por tanto, es claro que la punición de los delitos de peligro abstracto no se basa en la lesividad del comportamiento para el bien jurídico, por no ser requisito de los mismos, que no entrañan lesión alguna ni puesta en peligro; por el contrario, su justificación parece mediada por la mera desobediencia de la norma, sin que sea necesario que se pruebe *ex post*, consecuencia alguna en términos de lesividad para el bien jurídico. Esto, como antes se indicó parece ser una de las características especiales de nuestro moderno derecho penal, que adelantando las barreras de protección, crea estos delitos de peligro abstracto, ampliando el derecho penal para la protección de estadios en los que aún no se puede verificar el daño.

A continuación se aludirá a la relación entre los conceptos de peligro, de delitos de peligro y de protección de bienes jurídicos colectivos.

3. Delitos de peligro y concepto de injusto

En la teoría del delito "tradicional" la afectación del bien jurídico se constituye en el fundamento del injusto, siendo el criterio legitimante de los desvalores que lo conforman.

Tradicionalmente se ha sostenido que el injusto se estructura sobre dos juicios valorativos diferentes (desvalor de acto y desvalor de resultado), que comparten el hecho de tener al bien jurídico como fundamento²⁸.

No basta por tanto para configurar el injusto, la desvaloración de la conducta en términos de su peligrosidad para el bien objeto de protección por el tipo correspondiente; sino que se exige además que la actuación haya producido una lesión al bien jurídico o lo haya puesto en peligro, a lo que se añade la ausencia de un interés prevalente que justifique el hecho²⁹.

Entendido el injusto como un concepto dual, como la sumatoria de desvalor de acción y de resultado, pareciera lógico que en todos los tipos penales debe verificarse su concurrencia; sin embargo, los delitos de peligro, sobre todo los de peligro abstracto, presentan problemas para la determinación de ese juicio *ex post* sobre el desvalor de resultado, toda vez que en la descripción típica que de ellos se hace, pareciera tenerse

28 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de derecho penal, volumen II*, Madrid, Trotta, 1999, p. 28.

29 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general, 8ª edición*, Barcelona, Reppertor, 2010, p. 150.

en cuenta únicamente la peligrosidad de la conducta, como elemento a valorar *ex ante*, sin necesidad de un juicio *ex post*, que pareciera estar ausente.

Debe entonces indagarse por las formas de lesión o amenaza a esos bienes. Es decir, si es necesario considerar no sólo la clase de bien jurídico del que se trate, sino además las modalidades de ataque que pueden dar lugar a su afectación.

Hay estructuras delictivas en las que se puede diferenciar de manera más o menos clara la conducta y el resultado producto de aquella, que además de ser causalmente productora del resultado, sea jurídicamente imputable a quien desplegó la acción, echando mano de la imputación objetiva por la cual se debe identificar la conducta jurídico penalmente relevante, el nexo de causalidad y el resultado como producto de esa acción desvalorada jurídicamente, todo ello dentro del marco del fin de protección de la norma. Pertenecen a este grupo los denominados delitos de resultado de lesión.

Existen sin embargo, otras estructuras delictivas que en principio parecen no corresponder con el esquema precitado, en concreto los delitos de peligro, tanto abstracto, como concreto, que tienen la particularidad de no afectar de la misma manera que los delitos de resultado de lesión, los bienes jurídicos que por medio de esas estructuras se pretende proteger. Las estructuras típicas de los delitos de peligro son las de mayor usanza cuando se trata de proteger bienes jurídicos colectivos.

Sin embargo, no parecen satisfactorias las múltiples teorías que pretenden avalar las estructuras de peligro abstracto, en las cuales, pese a los esfuerzos teóricos para fundamentar un injusto dual, terminan justificando como desvalor de resultado lo que no lo es.

Se hace referencia a las construcciones teóricas que se han hecho de los delitos de aptitud, que no son sino juicios hipotéticos que terminan justificando la punición por la concurrencia únicamente del desvalor de acto, o las diversas justificaciones que avalan los mismos por la referencia a la potencialidad lesiva del comportamiento o la probabilidad de que se estructure un desvalor de resultado.

Debe entenderse, sin embargo, que la cláusula que establece el artículo 11 del código penal, cuando habla de peligro efectivo y lesión al bien jurídico, se vincula a la legitimación de estructuras de lesión para bienes jurídicos individuales como colectivos y de peligro concreto para bienes jurídicos individuales y supraindividuales, diferenciables de los colectivos propiamente dichos.

Es por lo anterior que la propuesta se fundamenta en entender que esos bienes jurídicos colectivos deben protegerse, no por medio de estructuras de peligro, por cuanto no parecen satisfacer la necesidad de lesividad y por tanto no podemos predicar que haya un injusto, si lo entendemos como la sumatoria de desvalor acto

y de resultado, y que por tanto, para satisfacer tal exigencia, deberán ser protegidos por medio de estructuras típicas de los delitos de lesión.

Previo a ello, es necesario hacer un análisis sobre el referente material de estos bienes jurídicos colectivos, señalando para ello dos cosas. Primero, que el referente material haría referencia al entendimiento de la realidad concreta de lo que se pretende proteger y de cómo pueda ser perturbada y segundo, que como por la estructura abierta de esos bienes jurídicos, no podemos hablar de un resultado material en términos ontológicos, éste, como desvalor, ha de entenderse en términos normativos, por cuanto al ser el referente material no un objeto sino una realidad concreta, no puede predicarse su destrucción sino su afectación, lo cual nos lleva a determinar para estos casos la lesividad de manera diversa a como se entiende en los bienes jurídicos individuales.

Así las cosas, determinando la función que el bien jurídico cumpla, podrá establecerse si ésta fue menoscabada o no, lo cual necesariamente nos obliga a analizar cada caso concreto.

Si la lesividad de los delitos de peligro se confirma sólo mediante la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, debe decirse, a efectos de ser coherente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en tal desvalor debe estar implícito el análisis ex ante de la peligrosidad real al bien jurídico, creación de riesgo potencial que amerite el adelantamiento de la esfera de protección encomiable con una sanción penal.

Sin embargo, más allá de ello, lo que se propone en este trabajo, es la reconducción de los delitos de peligro abstracto a los delitos de lesión, como consecuencia de la exigencia de efectiva lesividad para la configuración del injusto.

4. Diferencia entre delitos de lesión y de peligro

4.1 Los delitos de lesión

Los delitos de resultado de lesión son aquellos en los que el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que el hecho se consume, mientras que en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción³⁰.

Esta caracterización resulta problemática en general si entendemos que no todos los delitos tienen un objeto de la acción o éste no es claramente identificable.

30 ROXÍN, CLAUS, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 336.

Los delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales como la vida o el patrimonio, por ejemplo, tienen un sustrato material al cual reconducir la lesión, de lo cual se colige que se ha lesionado, en sentido naturalístico, ese sustrato material.

4.2 Los delitos de peligro

Sin embargo, hay delitos en los que simplemente se describen comportamientos, que no tienen un objeto de la acción, sino en los que más bien, la *ratio* de la incriminación pareciera ser la peligrosidad de la conducta o la probabilidad de lesión de un bien jurídico que no siempre es coincidente con alguna realidad material, sino más bien social o ideal, carente de corporeidad, es el caso de los delitos de peligro abstracto cuando se protegen bienes jurídicos colectivos, propiamente dichos.

La doctrina diferencia delitos de peligro abstracto y concreto. Éstos últimos requieren la creación de una situación efectiva de peligro (resultado de peligro), mientras que en los de peligro abstracto no es preciso que la acción cree un peligro efectivo³¹.

Cuando se habla de creación de una efectiva puesta en peligro en los delitos de peligro concreto, se parte de la base de que por medio de éstos, la acción llevada a cabo tiene una cercanía con un referente material como objeto de la acción, así, en general, cuando se habla de resultado de peligro se hace referencia a la puesta en peligro concreta de bienes jurídicos individuales³².

Corcoy Bidasolo, señala que en “aquellos delitos en los que se protege un bien jurídico-penal supraindividual y además se requiere la concurrencia de un peligro concreto para otro bien jurídico-penal existe un plus de antijuricidad y lesividad –los llamados delitos de peligro concreto-, respecto de los delitos en los que únicamente se protege el mismo bien jurídico-penal supraindividual –los llamados delitos de peligro abstracto-”³³, puesto que, asegura la autora, en los delitos de peligro concreto se lesiona el bien jurídico supraindividual, y simultáneamente se pone en peligro uno individual por medio de la estructura de una tentativa de lesión respecto del último.

31 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general 8ª edición*, op. cit., p. 229.

32 VARGAS PINTO, TATIANA, *Delitos de peligro abstracto y resultado, determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, Aranzadi, 2007, p. 244.

33 CORCOY BIDASOLO, MIRENXTU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico- penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 144-145.

4.3 El concepto de peligro

Para desentrañar el posible alcance de los delitos de peligro, resulta conveniente aludir a las distintas versiones que existen sobre el concepto de peligro.

4.3.1 Teoría subjetiva

Entiende esta teoría que el peligro es una creación de la mente humana, que es un juicio de carácter subjetivo que corresponde determinar al sujeto pasivo de la acción o a quien en últimas compete valorar su existencia, quien, visto desde fuera el acontecimiento, determinará también, de acuerdo a un juicio subjetivo, la existencia del peligro.

Esta concepción del peligro fue fruto de la forma de entender la realidad por parte del positivismo que, al reconocer como realidad de primer orden el mundo físico fenoménico y los principios que lo regulaban, en especial, el principio de causalidad, sometió cualquier otra realidad, como el mundo social y psicológico, a este mismo principio³⁴.

Esta teoría se apoya en el juicio subjetivo de peligro que desemboca en la posibilidad o probabilidad de lesión del bien jurídico, sin embargo, se le critica que parte de un error epistémico, puesto que si el sujeto pasivo o quien juzga la situación de peligro tuviera todos los conocimientos para hacer un pronóstico posible o probable sobre la real relevancia de la situación juzgada como peligrosa, arribaría a la conclusión de que no lo fue en absoluto, por la carencia de un resultado lesivo, o por el contrario, si el pronóstico se entiende como una relación entre un conjunto de información y un enunciado, entonces debe poder concebirse que sea correcto, inclusive cuando no se corresponda con la realidad³⁵.

4.3.2 Teoría objetiva

Al igual que la anterior, resalta la teoría objetiva, los conceptos de probabilidad y posibilidad de producción de un resultado lesivo; sin embargo, ésta considera el peligro como una entidad objetiva que se predica de la acción y que no depende de las impresiones personales del sujeto que las juzga, o de sus temores o juicios subjetivos. Para poder analizar la peligrosidad de la conducta, es necesario entonces acudir a criterios de causalidad adecuada, que se construye como un pronóstico

34 MENDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Mostoles, 1993, p. 53.

35 KISS, ALEJANDRO, *El delito de peligro abstracto*, op. cit., p. 72.

posterior de carácter objetivo, puesto que remite al juicio de la experiencia general del hombre medio³⁶.

4.3.3 Teoría de la presunción del peligro

De acuerdo con esta teoría, es una presunción de derecho realizada por el legislador lo que subyace a los delitos de peligro; de manera que, realizada la conducta descrita en el tipo penal, se entiende verificado el peligro, no siendo posible desvirtuar la presunción en el caso concreto; bastando como razón para el castigo, la concurrencia en el caso, de las condiciones que hacen de una conducta algo peligroso para el objeto de protección, de manera que verificadas tales condiciones se entiende producido el peligro³⁷.

Es decir, en la vertiente de esta teoría que considera el juicio de peligro como una presunción de derecho, la tarea del juez sería simplemente de verificación sobre la realización de los supuestos fácticos y normativos descritos en el tipo penal enjuiciado para predicar la peligrosidad de la conducta, fundamentándose el injusto en la sola referencia al desvalor de acción, el cual ya está determinado por la presunción de peligrosidad, restando las consideraciones acerca de la no concurrencia en el caso concreto de causales que justifiquen el actuar del autor³⁸, y el ulterior juicio de reproche personal sobre la culpabilidad.

El juez no puede someter a evaluación si el autor que cometió una conducta que la ley supone peligrosa, ha producido realmente un peligro. Es decir, si esa acción fue en el caso concreto peligrosa, la ley contesta este interrogante de manera vinculante para el juez, en tanto determina: quien hace esto, produce un peligro³⁹.

Una versión temperada de esta teoría sostiene que en todo caso, tal presunción debe ser rebatible, de manera que la ausencia absoluta del peligro no debe dejar de considerarse y debería dar lugar a la exclusión de la tipicidad⁴⁰. En este mismo

36 Cfr. CRISTINA MENDEZ, RODRÍGUEZ, *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op. cit., pp. 56 y ss.

37 CRISTINA MENDEZ, RODRÍGUEZ, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001, p. 69.

38 Sobre las causales de justificación en los delitos de peligro Cfr. CASTRO CUENCA, CARLOS GUILLERMO, "Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva" <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1354> (fecha de consulta: 12 de septiembre de 2014).

39 KISS, ALEJANDRO, *El delito de peligro abstracto*, op. cit., p. 98.

40 MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., p. 72.

sentido Schörder, propone admitir la prueba en contrario de la peligrosidad, tesis criticada por Roxín indicando que una condena ante un resultado probatorio poco claro contravendría el principio de *in dubio pro reo*⁴¹.

4.3.4 Teoría de la peligrosidad como motivo del legislador

Dista esta teoría en el origen que se le atribuye al peligro, pero poco en las consecuencias que se derivan de su entendimiento. Esta teoría, le atribuye el carácter de peligroso a ciertas conductas, consideradas por el legislador como tales, siendo entonces la *ratio* de creación de tipos penales con estructuras de peligro, aquellas que describen conductas consideradas de manera general peligrosas por el legislador; de manera que el comportamiento típico no está prohibido porque lesione o ponga en peligro efectivo al bien jurídico tutelado, sino porque pertenece a una clase de comportamiento que generalmente conlleva a determinadas consecuencias indeseables⁴².

Parece que las consecuencias a las que puede llevar esta teoría son similares a la expuesta en precedencia, por cuanto el legislador, si bien en este caso no establece una presunción de derecho, parte de la desvaloración con carácter general de conductas consideradas peligrosas, de ahí que su realización agote el injusto pues ya el legislador determinó el carácter lesivo de ciertos comportamientos, con prescindencia de un resultado.

Tanto si partimos de la base de la presunción del peligro, como de esta teoría, se exige al juez de verificar la efectividad del peligro; de allí que en estos casos exista la posibilidad de que se imponga una pena ante la realización de acciones no peligrosas⁴³, lo que no parece coherente con el principio de lesividad.

En una y otra teoría el concepto de peligro no hace parte del tipo. En la primera, el peligro opera como una presunción, y en la segunda sólo como la *ratio* de la incriminación, lo cual evidentemente exige de carga probatoria alguna al ente acusador, y de alguna forma quebranta las bases del derecho penal.

En la primera porque se está presumiendo el injusto y cuando se trata de una presunción de derecho del peligro se está presumiendo justamente la base sobre la

41 ROXÍN, CLAUS, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. op. cit., pp. 407-408.

42 MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., p. 75.

43 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op. cit., p. 135.

que se construye el delito, es decir, el injusto se está construyendo a partir de un concepto vacío, de mera idealidad⁴⁴.

En la segunda, porque si bien es cierto el legislador puede, en su libertad de configuración de la ley, establecer como delictivos comportamientos que puedan resultar peligrosos para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, esta forma de proceder deriva de alguna manera en la presunción de la peligrosidad, puesto que la base del análisis al momento de juzgar una conducta, será que el legislador la prohibió por ser peligrosa, sin que haya que hacer mayores esfuerzos argumentativos para concluir que quien realiza determinada conducta considerada como tal, creó un peligro para el bien jurídico, porque su conducta fue coincidente con aquellas generalmente peligrosas y por tal motivo conminadas con pena por el legislador. Si se quisiera exigir del tribunal la comprobación de que el objeto cuya protección es el motivo del legislador ha sido efectivamente puesto en peligro, entonces se transformaría el delito de peligro abstracto en uno de peligro concreto⁴⁵.

5. El injusto penal en los delitos de peligro

Los términos peligro y peligrosidad que por momentos parecen haber sido utilizados indistintamente, sin apreciar las diferencias que a ellos subyacen, servirían para diferenciar los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.

Algunos autores relacionan el peligro con la acción y la peligrosidad con el resultado, otros por el contrario, atribuyen la peligrosidad a la conducta y el peligro al resultado, hablando para el efecto de un resultado de peligro. Este análisis permite observar las cualidades del comportamiento que se realiza y no un estado diverso independiente de él y de ese modo se separa la peligrosidad como cualidad de la conducta, del peligro como situación propia o forma de resultado⁴⁶.

En términos generales se habla de peligrosidad, si el juicio de peligro *como capacidad de producir efectos dañinos* se remite a comportamientos realizados y se fija en sus especiales calidades o cualidades⁴⁷.

44 BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y sistema penal*, op. cit., p. 237.

45 ROXÍN, CLAUS, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. op. cit., p. 408.

46 VARGAS PINTO, TATIANA, *Delitos de peligro abstracto y resultado, determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, op. cit., p. 219.

47 VARGAS PINTO, TATIANA, *Delitos de peligro abstracto y resultado, determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, op. cit., p. 219.

Para hablar de lesividad, de un real menoscabo de los bienes jurídicos por medio de las conductas delictivas determinadas, es necesario buscar el referente material del delito, que no se debe confundir con el objeto de la acción, puesto que “al derecho penal no le interesa tanto el “algo concreto”, como el interés general que se materializa en ese algo”⁴⁸, muy diferente es el bien jurídico del objeto de protección, y una identificación de estos dos conceptos llevaría a confusión.

Autores como Corcoy Bidasolo, que entienden que la lesividad no es igual al daño material sino afectación de un bien jurídico⁴⁹, no pueden sostener la legitimidad de la punición de estos delitos sólo por la referencia normativa al concepto de lesión.

Así las cosas, y siguiendo los planteamientos de Corcoy Bidasolo, el desvalor del injusto y la lesividad no pueden medirse con criterios naturalísticos de gravedad del daño, sino con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento y estos valores dependerán del bien jurídico puesto en peligro y afectado, y de la modalidad del comportamiento, según suponga un mayor o menor grado de respeto por los intereses penalmente protegidos⁵⁰.

Por su parte Fernando Velásquez, aduce que como el peligro debe ser un elemento del tipo, debe entenderse que lo pretendido por el art 11 del código penal, es llenar el vacío correspondiente e introducir por esta vía el elemento citado en ellas y adicionalmente exigir que la conducta comporte un riesgo efectivo para el bien jurídico.

[t]ales descripciones típicas exigen, necesariamente, la puesta efectiva en peligro del bien jurídico para que puedan ser aplicadas, con lo que le está vedado al administrador de justicia, estudioso o intérprete, proceder en contrario. De otra forma expresado: como la prueba del peligro abstracto es diabólica, el legislador diseña un mecanismo en virtud del cual por medio de una fórmula general —para el caso, una norma rectora de la Ley penal colombiana- se exige la concurrencia del daño o del peligro concreto, como elemento constitutivo del delito, sin tener que reformular las descripciones típicas correspondientes...⁵¹.

48 HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, op. cit., p. 105.

49 CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, op. cit., p. 225.

50 CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, op. cit., p. 224.

51 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal parte general, Cuarta edición*, Bogotá, Comlibros, 2009, p. 127.

Es claro que nuestro ordenamiento establece unos principios rectores que deben ser la base tanto para la creación como para la interpretación de tipos penales y de ahí que sea consecuente la aseveración de Fernando Velásquez cuando da a entender que los delitos de peligro abstracto deben interpretarse en consonancia con el artículo 11 de nuestro código penal y en consecuencia, debe acreditarse en ellos, un peligro efectivo para el bien jurídico. Sin embargo, esto no parece del todo coherente, pues aunque se comparte el planteamiento de que a la luz del principio de lesividad debe demostrarse la concreta lesión o puesta en peligro efectiva, no parece posible que ello se pueda exigir en los delitos de peligro abstracto, precisamente por su estructura ya que en estos basta sólo la conducta peligrosa ex ante para que sea punible y al hacer las exigencias que el autor precisa, no estaríamos ya ante un delito de peligro abstracto.

Antes de concretar la propuesta, se aludirá a algunos de los modelos desarrollados en la doctrina en relación con el injusto de los delitos de peligro:

5.1 Modelos de injusto sin necesidad de desvalor de resultado

5.1.1 El modelo de la tentativa de delito imprudente

Dentro de la concepción de la única exigencia de desvalor de acción para conformar el injusto de los delitos de peligro, hay autores que han pretendido desarrollar una equiparación de éstos con la estructura del injusto en los delitos imprudentes⁵², de manera que entienden la infracción al deber objetivo de cuidado como requisito para establecer que la acción es apropiada para lesionar el bien jurídico. Prescinden de la constatación de un resultado, por entenderlo ausente en los delitos de peligro, pero el criterio para determinar la punición viene dado, como se dijo, por la trasgresión de estándares de comportamiento debidos, que constituyen el ámbito de lo permitido y sobrepasarlo fundamenta el riesgo desaprobado⁵³.

52 Autores como: Brehm, Rudolphi, Horn, citados por MENDOZA BUERGO, BLANCA, "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, n° 9 (2002), pp. 53 y ss.

53 Sobre esto, ROXÍN, CLAUS, *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. op. cit, p. 408: "Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro. Esta posición se puede aprobar; "pues lo que precisamente sigue siendo adecuado a la culpabilidad, es lo que más se aproxima a la decisión del legislador descuidando el principio de culpabilidad".

Dentro de esta postura se encuentra Schünemann quien reconduce algunos delitos de peligro abstracto a la imprudencia, exigiendo no solo la infracción al deber objetivo de cuidado sino también el subjetivo, entendiendo que la caracterización propia de estos delitos es lo que podría llamarse una tentativa imprudente, porque quien actúa lo hace sin asegurarse que cumple con las condiciones para excluir toda posibilidad de daño⁵⁴.

En el mismo sentido de Schünemann, Roxín supone la introducción en el tipo del requisito de la inobservancia del deber subjetivo de cuidado. Esta construcción busca una mayor conformidad con el principio de culpabilidad pero resulta contradictoria si en el tipo de los delitos imprudentes de resultado se incluye, como uno de sus elementos, la inobservancia del cuidado objetivamente debido⁵⁵.

5.1.2 El modelo autónomo respecto al desvalor de resultado

Otra postura, como la de Kindhäuser, sostiene que todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico, de allí la necesidad de fundamentar un injusto autónomo de peligro, respecto de los de lesión, tras entender que el bien jurídico sirve al libre desarrollo del individuo y en consecuencia, son menoscabados con la disminución de su valor por la perturbación de la función de hacer posible el libre desarrollo, caso en el cual la posibilidad de una utilización de los bienes conforme al fin no solamente se puede deteriorar mediante la modificación de su sustancia.

Desarrolla la idea de que en los delitos de peligro abstracto existe un injusto autónomo diferenciable de las demás estructuras delictivas, el cual, es capaz de dar razón de la incriminación por la disminución del valor del bien que no siempre es coincidente con la alteración o modificación de la sustancia⁵⁶.

5.1.3 Críticas a los modelos precedentes

Respecto de estas primeras posturas, la crítica que se hace, es que basan el injusto en la contradicción formal de la conducta con el ordenamiento, se castiga

54 Cfr, las posturas de equiparación de los delitos de peligro con la imprudencia, MENDOZA BUERGO, BLANCA, "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", en *Revista de derecho penal y criminología*, 2, op. cit., p. 56.

55 CEREZO MIR, JOSE, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo", en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª Época, n°, 10 (2002), p. 70.

56 Cfr. KINDHÄUSER, URS, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", En: *Indret*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2009. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf> (fecha de consulta: 28 de julio de 2015)..

la infracción del deber estandarizado de conducta y por ello mismo deja de lado el principio de protección estricta de bienes jurídicos como límite insoslayable del derecho penal.

Ahora, tal como se pretende desarrollar en este trabajo, existen otras posiciones dogmáticas, que parten de la exigencia de un injusto dual. Una de ellas es la que lo considera conformado por la peligrosidad objetiva *ex ante* como desvalor de acción y la situación del peligro corrido como desvalor de resultado⁵⁷.

En este caso, se defiende la necesidad de incorporar la peligrosidad de la acción como elemento del tipo de injusto en los delitos de peligro abstracto y la consideración del desvalor de resultado a partir de la potencialidad lesiva de la acción para configurar un desvalor potencial de resultado⁵⁸.

5.2 El modelo dual de injusto y los delitos de peligro

En sentido de lo que se viene diciendo, se toma partido a favor de la necesidad de un injusto dual en los delitos de peligro; sin embargo, no se respaldan las teorías que partiendo de las estructuras de peligro abstracto, ven en el desvalor de resultado la idea de *potencialidad de resultado o de resultado de peligro*, puesto que desmaterializan de alguna forma el bien jurídico y se convierten solo en proposiciones teóricas imposibles de demostración en el caso concreto; por lo que, si bien se afirma la necesidad de un injusto dual, no se hace aprobando la injerencia penal para la protección de bienes jurídicos colectivos por medio de estructuras de peligro sino de lesión.

Se parte de que son los delitos de lesión los que presentan mayor coherencia con la afirmación de un injusto dual, en el que sí sea verificable el desvalor de resultado de manera real y no sólo teóricamente. A continuación se tratará de exponer este planteamiento.

57 Cfr. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pp. 312 y 313: "Por tanto, los delitos de peligro abstracto son desde el punto de vista material delitos de peligrosidad en los que la objetiva referencia negativa con el bien jurídico, necesaria para fundamentar el injusto, se ve en el desvalor de peligrosidad (desvalor de acción) frente al desvalor de puesta en peligro (desvalor de resultado)".

58 MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op. cit., pp. 402-403: "todo lo anterior supone, pues, considerar preferibles aquellas posiciones teóricas que, o bien reconociendo en los delitos de peligro abstracto una prevalencia del desvalor de acción frente al de resultado, exigen la presencia de un desvalor potencial de resultado, constituido por tal peligrosidad objetiva para el bien jurídico o bien aquellas que exigen sólo desvalor de acción por no requerirse la verificación de un resultado en sentido estricto, pero incluyen en aquel la necesaria presencia de la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta típica".

Lo primero de lo que se debe partir para explicitar la idea de la lesión a los bienes jurídicos colectivos, es de la desmitificación de la idea tradicional de materialidad exigible en general a todos ellos, trátase de individuales o colectivos, o de una sumatoria de los primeros.

En algunos delitos es exigencia del tipo penal, la creación de un resultado material, perceptible por los sentidos, para la configuración de la tipicidad objetiva de la conducta, la cual se contrae a constatar la realización de todos los elementos normativos descritos en él. Así, en el caso del homicidio, se entiende que la exigencia básica para su configuración es que exista una acción jurídicopenalmente relevante que desemboque en el resultado muerte (de esta conclusión no está ausente el análisis de la imputación objetiva y subjetiva, pero que para lo que interesa, no es pertinente en este apartado), mismo ejemplo predicable de otros delitos, como las lesiones personales, el hurto; entre otras.

Sin embargo, no siempre se procede bajo esta estructura para afirmar la tipicidad, puesto que, claro es que encontraremos delitos en los que por su redacción y exigencias, ausente está el resultado en los términos en que se apreció en el párrafo precedente.

Por lo tanto, es errada la consideración de una materialidad del bien jurídico que se identifique con la modificación de un objeto de la realidad. Dicho ello no queda camino distinto a la conformación del resultado, como desvalor de resultado, como una modificación de carácter normativo del bien jurídico (que no es coincidente ni con el objeto de la acción ni con el objeto de protección) y no meramente causal, pues, como se afirmó, no es coincidente el objeto de protección con el objeto de la acción y el objeto de protección no siempre es susceptible de apreciación.

En este sentido Susana Soto Navarro, afirma:

En efecto, mientras la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuridicidad, siendo como es un elemento cofundamentador de lo injusto; en cambio, el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental (...). Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico⁵⁹.

La materialidad predicable de los bienes jurídicos debe buscarse entonces en la razón de su creación, en la pertenencia a la realidad social, solo por ese motivo, le es predicable una materialidad, que puede ser lesionable dependiendo del objeto de tutela.

59 SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 318.

Pese a lo anterior, la lesión en los dos primeros casos, no puede reconducirse únicamente a la agresión de la materialidad individual (sustrato fenoménico), porque existen hipótesis en que se entiende lesionada la integridad de un individuo, por ejemplo, sin que pueda echarse mano de criterios causales para determinar el daño. Ejemplo de ello son los delitos contra el honor y la honra, que parten del reconocimiento de la dignidad humana como límite infranqueable del actuar del otro y sin embargo, ello no ha sido límite para dotar de legitimidad delitos como la calumnia, la injuria. De allí que,

[n]i la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de modo que la única cualidad necesaria ab initio para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos⁶⁰.

Para precisar la forma de protección penal que de los bienes jurídicos colectivos atañe, es menester remitirse a las formas concretas de aparición de los mismos (apartados 2.2. y 2.3.), para luego de identificar forma concreta de afectación de que pueden ser objeto.

Si partimos del dato de la indisponibilidad, indivisibilidad y universalidad de los bienes jurídicos colectivos, tendremos como punto de partida que éstos sólo pueden ser afectados cuando se entienda menoscabada la función para la cual fueron creados; es decir, no puede abordarse el análisis desde la perspectiva de la utilidad del bien de que se trate para una persona determinada, sino para el conjunto de personas indeterminadas que hacen parte de la sociedad y de la valoración que el legislador le haya dado al momento de creación del bien jurídico.

Piénsese en el medio ambiente, en las instituciones sociales que permiten el adecuado funcionamiento de la sociedad, como la administración de justicia y el Estado mismo, entidades todas ellas necesarias para el mantenimiento de la dinámica social bajo parámetros de rectitud, eficiencia, transparencia, mantenimiento del orden y la preservación del hombre y del ecosistema; entidades que redundan en últimas en la satisfacción de intereses generalizados.

La existencia del Estado y del ordenamiento jurídico tiene como base una pretensión de orden para la organización de la propia existencia bajo parámetros de seguridad, de satisfacción de necesidades, que no pueden pensarse de modo

60 SOTO NAVARRO, SUSANA, "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, el ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* –Madrid– T. LVIII, fascículo III (sept.-dic. 2005), pp. 887-918.

aislado sino a partir de las valoraciones de lo valioso como condiciones básicas para la existencia.

De allí que la dificultad que comporta el proceso de concreción de los bienes jurídicos colectivos no estriba en su naturaleza ideal, sino más bien en la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados para delimitar las unidades que constituyen las formas de manifestación del bien jurídico y sobre las que pueda delimitarse su lesión⁶¹.

Es necesario, para establecer la forma de lesión de esos bienes jurídicos colectivos, tener presente como dato que les es inherente, su indisponibilidad y universalidad, puesto que al momento de determinar su lesión, no podrá predicarse la afectación de un sustrato ontológico sino el menoscabo de la función⁶² que a estos se les ha asignado, de la finalidad para la cual fueron creados; y sólo así y examinando la conducta en el caso concreto podrá concluirse o no, que hubo alguna limitación en el desarrollo de la función que está llamada a cumplir determinado bien jurídico colectivo.

Si se parte de esa premisa, es posible afirmar que la técnica de tipificación de los delitos que atentan contra tales bienes, puede ser a través de la estructura de delitos de resultado de lesión y no de peligro, ello de cara a satisfacer las exigencias del artículo 11 del código penal, al resultar los delitos de peligro, incompatibles con esa preceptiva, por lo expuesto en la primera parte de este trabajo.

Así entendidas las cosas, los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos colectivos deben ser analizados desde la óptica de estructuras de delitos de lesión, y los bienes jurídicos supraindividuales, desde las estructuras de peligro concreto y de lesión (peligro concreto para el referente individual y lesión para el bien jurídico macro supra-individual –entendiendo la lesión de la función que cumple el bien jurídico supra, por medio del peligro concreto al referente individual-).

61 SOTO NAVARRO, SUSANA, "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, el ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, op. cit., p. 904.

62 SOTO NAVARRO, SUSANA, "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, el ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, op. cit., p. 909. "En efecto, si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma. Y puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasiona, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque limite su potencial aprovechamiento a título individual. Por consiguiente, la lesión de los bienes jurídicos colectivos es un efecto que puede verificarse en el propio sistema social, si se adopta una perspectiva sociológico-normativa".

Se entiende que tanto unos, como otros, poseen similar estructura; es decir, de lesión, y que dadas las dificultades dogmáticas que presentan los delitos de peligro abstracto, en tanto el peligro nunca será un peligro efectivo, sino una presunción hecha por el legislador materializada con el solo realizar la conducta descrita en el tipo penal, no pueden ser aplicables en ordenamientos como el nuestro, so pena de vulnerar el principio de lesividad.

En este sentido, tienen razón Hassemer y Muñoz Conde, cuando denuncian que al prescindir del perjuicio también se prescinde de la causalidad, de manera que basta con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no es verificada por el juez ya que sólo ha sido el motivo por el cual el legislador la ha incriminado⁶³.

El desvalor de resultado creado con la acción desplegada por el individuo, habrá que buscarlo en la lesión a la función del bien jurídico colectivo. Entonces, lo primero que se debe identificar es la razón de ser de aquel, qué es lo que protege y de qué acciones concretas se protege, luego de lo cual es menester establecer si efectivamente la conducta tuvo la entidad suficiente para lesionar la función estatuida al bien jurídico, de manera que solo así, pueda afirmarse la existencia del injusto.

Una de las consecuencias de asumir la interpretación de la punición de los bienes jurídicos colectivos por medio de estructuras de lesión es que estamos ante delitos de resultado material (lesión de la función, función como materialización del bien jurídico), a los cuales cabría aplicar el instituto de la tentativa, con lo cual podría haber una mejor valoración de la conducta *ex ante* peligrosa, que no alcanzó el resultado que se pretende evitar y sería posible su castigo, pero con una relación proporcional en términos de cuantía de pena⁶⁴.

Por poner un ejemplo, con el delito de falso testimonio, cuando una persona dentro del proceso penal, supongamos en audiencia pública de juicio oral, declara falsamente y su testimonio lleva al juez a emitir una sentencia contraria a derecho, ha lesionado el bien jurídico de la recta impartición de justicia y por tanto, estaríamos ante un delito de lesión consumado al que cabría imponerle la pena plena establecida

63 TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Sistema penal y Estado de derecho*, Lima, Ara Editores, p. 149.

64 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 411: "La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable (cfr. arts. 61 y 62), y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor de resultado no sólo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa".

por el ordenamiento jurídico en el tipo penal respectivo; sin embargo, en el mismo supuesto, si la declaración contraria a la verdad, no lleva al juez a emitir una sentencia contraria a derecho, no podremos hablar de una lesión plena al bien jurídico, y como el agente no logró, por circunstancias ajenas a su voluntad, pese a haber realizado todo lo necesario, el resultado, no podría castigársele con la misma pena por cuanto el injusto cometido es inferior y en esos términos, la pena debiera ser proporcional.

La figura de la tentativa no podría aplicarse en los delitos de peligro. De esta postura es Mir Puig, quien entiende que la consumación no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión al bien jurídico protegido en los delitos de peligro, puesto que en esos casos la consumación se produce con la realización formal de los elementos del tipo, siendo ésta un concepto formal⁶⁵.

6. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones desde la perspectiva de lesividad al bien jurídico seguridad pública

Importante antes de desarrollar el análisis en torno a la lesividad en este caso, es partir de una breve reseña histórica del delito, ya que además de establecer las razones de creación del tipo penal, servirá para una mejor valoración del bien jurídico que se pretende proteger, en especial el de la seguridad pública, y de los motivos por los cuales se ha prescindido de toda referencia a la lesividad en los términos que se quieren exponer en este trabajo, al entenderlo como delito de peligro abstracto, ello por la necesidad de protección a ultranza de ese bien jurídico sacrificando en aras de la protección de la comunidad los postulados básicos del derecho penal, por un sentimiento de inseguridad ciudadana, que parece requerir la intervención de la última ratio estatal.

Luego de abordar este tema, obligado es el análisis del bien jurídico de la seguridad pública y las formas de lesión al mismo por medio del delito en estudio.

6.1 Reseña histórica del delito de porte ilegal de armas de fuego en Colombia

En los últimos años, desde la vigencia del Decreto Ley 100 de 1980, por medio del artículo 201, se introdujo el delito de porte ilegal de armas de fuego en Colombia y posterior a esta normatividad se realizaron nuevas modificaciones al código penal.

65 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general*, 8^o edición, op. cit., p. 355.

En este sentido el artículo 1 del Decreto 3664 de 1986, y posteriormente el artículo 1º del Decreto 2266 de 1991, el cual adoptó como legislación permanente el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 que consagró este delito con pena de uno (1) a cuatro (4) años, incluyendo algunas circunstancias de agravación.

Para el año 2000, el código penal tuvo una nueva reforma, con la introducción de la Ley 599, pero mantuvo la misma descripción típica y sanción, y para el año 2004 con la Ley 890, se incrementa la pena para este delito en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, quedando en dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses de prisión.

Más adelante, para el año 2007 el Código Penal fue reformado nuevamente mediante la Ley 1142 estableciendo que quien cometa este delito incurrirá en pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años. Posterior a esto, la Ley 1453 de 2011, que obedece a la misma descripción que actualmente se tiene⁶⁶, modificó este delito incrementando la pena imponible y agregando además nuevos verbos rectores y circunstancias de agravación.

Ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 1995, que la legitimidad de la penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, obedece a una necesidad de protección de valores constitucionales, y la defensa de varios bienes jurídicos, como la vida e integridad corporal de las personas, el patrimonio, y el orden público o seguridad pública, denominándolo entonces como un delito pluriofensivo que puede menoscabar todos esos intereses y anticipando la protección de los mismos por entender que tienen la entidad suficiente para ponerlos en peligro.

Resalta la Corte en esa misma sentencia, que el Estado aspira a lograr el monopolio de la coacción y con ello se busca evitar los peligros para la convi-

66 Artículo 19. Fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones. El artículo 365 de la Ley 599 de 2000 quedará así: Artículo 365 Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Con esta reforma se han realizado varios cambios con relación al delito de porte ilegal de armas de fuego. Se ha incorporado nuevos verbos rectores en el tipo penal como por ejemplo "el que tenga" un arma de fuego, es decir que abarca toda posibilidad de tener el arma ya sea en la casa o en un lugar donde realmente no se considere que la está portando y la penalización es la misma, incurrir en el delito. Se hace referencia a la persona que tenga en un lugar las partes esenciales de un arma. También se hace un cambio sustancial con relación a las armas de fabricación artesanal o hechas las cuales se incluyen dentro de la 22 conducta delictiva. Además se encuentran tres nuevos agravantes de la conducta los cuales son los numerales 5, 6 y 7 del nuevo artículo 365 del Código Penal los cuales indican lo siguiente: "5. Obrar en coparticipación criminal. 6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad. 7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.

vencia social que pueden darse por la multiplicación de poderes armados privados, pues estudios empíricos confirman que existe una importante relación entre una mayor violencia y una mayor posesión y porte de armas entre los particulares, indicó la Corte.

Además, sostuvo que la posesión de este tipo de artefactos implica riesgos objetivos:

Así, numerosos estudios han concluido que la defensa efectiva de la vida mediante el porte de armas defensivas no sólo es de una eficacia dudosa sino que, además, el número de personas que mueren accidentalmente por la presencia de tales armas entre los particulares es muy alto⁶⁷.

Tales riesgos objetivos deben ser mirados desde lo que se entiende son armas. Se trata de todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona (Artículo 5, Decreto 2535/93). Ahora, son armas de fuego las que se emplean como agente impulsor del proyectil y la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química, (Decreto 2535 de 1993, artículo 6 y 7 literal c). Hay armas de uso civil, dentro de las que se encuentran las de defensa personal -(art 10 literal a)-, que son diseñadas para la defensa personal a corta distancia (art 11). También se considera prohibida, además de lo dispuesto por el artículo 81 de la Carta Política, la tenencia y el porte en todo el territorio nacional de las armas hechizas, salvo las escopetas de fisto (Art. 14 del citado Decreto).

Derivado de la necesidad de centralizar el monopolio de las armas en cabeza del Estado y de sustraerlos del dominio de particulares a efectos de minimizar la violencia que puede acarrear la utilización de tales medios idóneos para lesionar los intereses jurídicos de las personas, tales como la vida y el patrimonio, se introdujo en el ordenamiento jurídico este tipo penal, en tratándose de armas de defensa personal, sin permiso para su tenencia.

Aunado a lo anterior, la razón de su creación también obedeció a la creciente criminalidad organizada y al empleo de estos artefactos, por lo que la orientación de la política criminal del Estado se tradujo en clave de fortalecer la intervención punitiva, lo que ha motivado las diversas modificaciones a este tipo penal; las cuales, a rasgos generales, han consistido en la introducción de nuevos verbos rectores y en el aumento de la pena imponible, como forma de conminar a los ciudadanos por medio de lo que se ha convenido en denominar prevención general negativa, para

67 Corte Constitucional, Sentencia C-038 del 9 de febrero de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero.

que se motiven acorde al mandato de la norma que exige abstenerse de llevar armas consigo, bajo la amenaza de tal cantidad de pena.

La última de las reformas en este campo fue introducida por la Ley 1453/11, por medio de la cual se toman medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana, motivada en que el terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad públicas, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de Derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la que estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar⁶⁸.

La evolución histórica de este delito ha estado mediada por la valoración y cambios sociales que en medio de la inseguridad ciudadana y a efectos de velar por la paz y tranquilidad públicas, ha acarreado una notable expansión del derecho penal en este ámbito por medio de la conminación con penas de prisión cada vez más altas, imposibilitando en la mayoría de los casos, a quienes resulten vencidos en juicio, el otorgamiento de subrogados penales por que la cantidad de pena imponible, aún en su mínimo, excluye la posibilidad de concesiones de este tipo.

De ahí que se trata de un tema que tiene alto impacto, y que consecuencia de ello, se ha entendido siempre como un delito de peligro abstracto, llegando a hablar incluso de peligro presunto⁶⁹.

En sentido de lo anteriormente dicho, es menester analizar las condiciones dogmáticas para que pueda ser punible de cara a lo que en este trabajo se propone, ahondando en el tema específico de la antijuridicidad del comportamiento de cara al bien jurídico protegido, como requisito de garantía para el ciudadano y de respeto a un derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

6.2 Bien jurídico seguridad pública

La determinación de lo que deba entenderse por seguridad pública requiere algunas precisiones en torno a cuál sea el punto de referencia. La seguridad admite dos interpretaciones. En primer lugar, puede entenderse la seguridad colectiva como

68 <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>, Gaceta 737 de 2010, proyecto senado 164 de 2010 (fecha de consulta marzo 5 de 2015).

69 CSJ AP-208-2015, 21 de enero de 2015, Rad. 44992. "Tratándose de esta clase de comportamientos se castiga sin exigir probabilidad de lesión al bien jurídico, por eso se les denomina de peligro presunto por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción, de ahí que ninguna incidencia tenga que Acosta Revelo no haya hecho uso del revolver en contra de algo o de alguien o que no lo haya exhibido en tono amenazante".

la garantía de evitación de daños de dimensión supraindividual o como sinónimo de tranquilidad colectiva⁷⁰.

La seguridad pública resulta de la convergencia efectiva del orden público y la incolumidad pública.

La seguridad pública es el estado o situación de la comunidad en la que sus miembros viven armónica y pacíficamente, bajo el imperio de la autoridad y de las leyes, que facilita el mejoramiento de la vida humana y garantiza la vida, integridad corporal y la salud de todos los miembros de la sociedad como exentas de daño o peligro⁷¹.

Más precisa parece la definición que hace Morales Prats, cuando afirma que hay que interrogarse si el legislador ha optado por proteger la integridad, vida, salud y bienes de las personas individualmente consideradas o si ha trascendido ese ámbito individual mediante la tutela de un conjunto de condiciones necesarias para garantizar un estándar de seguridad colectiva, de modo que el bien jurídico adquiera una connotación supraindividual. Opta por esta segunda referencia de lo protegido, entendiendo que la vida, integridad, salud o bienes, no debe interpretarse como la mención al bien jurídico directamente tutelado, pues su función es otra, la de servir de parámetro de referencia, de manera que el bien jurídico inmediato protegido es la seguridad colectiva, lo que no obsta para que los bienes jurídicos individuales que se mencionaron, constituyan el objeto mediato de protección⁷².

Advertido lo anterior, pareciera entonces que la seguridad pública bajo las dos denominaciones propuestas, tiene un amplio radio de acción, mediado por dos puntos de enfoque; el referente a la generalidad de las personas integrantes del Estado y otra referida a la esfera más cercana de cada individuo que tiene que ver con la protección de sus intereses inmediatos.

Como se vio en párrafos precedentes, la prohibición de la tenencia de armas de fuego o sus partes esenciales, nace de la idea de que es el Estado el llamado en primera instancia a velar por la integridad de los derechos de las personas y de propender por el mantenimiento de la libertad, la paz y el orden públicos, de manera que de este modo, al sustraer a los particulares de la tenencia de los mismos, puedan protegerse esas condiciones indispensables para la vigencia de la seguridad pública.

70 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 519.

71 ORTIZ RODRIGUEZ, ALFONSO, *Manual de derecho penal especial*, Medellín, Universidad de Medellín, 1983, pp. 212-213.

72 MORALES PRATS, FERMIN, "De los delitos contra la seguridad colectiva", en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi a Thomson Company, 2002, pp. 1312-1313.

También existe una perspectiva subjetiva desde la cual analizar el concepto de seguridad pública y es el que tiene que ver con el sentimiento de tranquilidad que conmociona a los ciudadanos, no ese sentimiento que manifiesta con la realización de cualquier tipo de delito, sino en especial, desde la perspectiva de la tranquilidad pública, referida a la conmoción indefinida de los ánimos y la agitación de las multitudes que proceda del hecho mismo, en cuanto surja de ellas el sentimiento de peligro por las posibles consecuencias del hecho; siendo necesario que la conmoción sea consecuencia constante de la índole misma del hecho que proceda del sentimiento de peligro suscitado en cada uno, o de la conciencia de que el hecho ha agredido algo a que todos creen tener derecho como miembros de la sociedad⁷³.

Tal postura, que parte del sentimiento subjetivo de peligro o amenaza, no es de recibo por cuanto sería de alguna manera avalar las tesis subjetivas del peligro que parten de la valoración que el sujeto pasivo; en este caso, la colectividad, haga respecto de lo que en su fuero interno produjo determinado evento, llevando esto no solo a la disposición del derecho penal por cuenta de la víctima, quien siempre deprecará demandas de seguridad por encima de lo que el legislador prevé, sino dando posibilidad de ampliación del derecho penal más allá de lo que realmente el hecho en sí produjo, quedando la valoración de lo lesivo fuera del contexto exigido por el ordenamiento y llevado a la determinación subjetiva del mismo sin probación en el caso concreto de una verdadera ofensa a lo que las víctimas, sin embargo, considerarían un certero ataque.

Una tal visión de la seguridad pública desmejora las condiciones para el sujeto activo del delito, que quedaría a merced del sentimiento de inseguridad de los ciudadanos; además dejaría por fuera de contexto el análisis de la lesividad de la conducta dándose por entendida por la valoración subjetiva de terceros pasivos, la colectividad.

El impacto sobre las consecuencias del delito debe ser medido bajo los baremos dogmáticos de imputación de un injusto culpable a su autor, lo que tiene cabida en sede judicial, no por las demandas sociales de criminalización, que si bien son importantes hacen parte más bien de la etapa prelegislativa⁷⁴ como motivo adicional del legislador para la creación de la norma penal y conminar con pena determinado comportamiento, pero ello pasa a un segundo plano en tratándose de

73 Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal parte especial Volumen VI*, Bogotá, Temis SA, 2001, pp. 119 - 121.

74 Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Práctica y teoría, La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, pp. 20 y ss.

la valoración judicial de la conducta, que debe estar matizada por la imparcialidad en el análisis de las consecuencias reales del delito en el sentido de su ofensa al bien jurídico protegido.

De la connotación que se le da al concepto de seguridad pública y en tratándose del delito a estudio, es claro que el ámbito de protección de la norma se enmarca en la prevención de actos que signifiquen potencial o inminente peligro a las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana y, a través de éstos valores, de bienes personales como la vida, el patrimonio económico, entre otros⁷⁵.

Ahora, definido cuál es el alcance y qué se ha entendido por seguridad pública, preciso es realizar un análisis sobre los elementos normativos del tipo, las formas de conducta por las cuales se puede estar inmerso en este delito y los problemas que presenta de cara a la lesividad a la luz del bien jurídico tutelado.

6.3 Elementos estructurales del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Análisis de la lesividad

Luego de establecer qué se entiende por seguridad pública y de haber analizado la evolución histórica del delito en comento, podemos adentrarnos en la forma de estructuración del injusto de éste bajo la propuesta del presente trabajo de interpretar el tipo penal bajo la consideración de ser un delito de lesión y no de peligro abstracto.

Antes de desarrollar esta problemática, se hará referencia a los elementos estructurales del delito, analizando para el efecto los verbos rectores que detallan su forma de comisión y el esquema para la tipificación de determinada conducta en tal preceptiva normativa.

Indispensable a tratar es el tema del primero y más importante de los requisitos que establece el artículo 365 del código penal, cuando se lee que incurre en este delito cualquier persona que realice alguno de los verbos rectores que allí se incluyen,

- *“sin permiso de autoridad competente”*

El artículo 3 del Decreto 2535 de 1993 establece que los particulares, de manera excepcional, podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido de manera discrecional por la autoridad competente, determinada en el artículo 32 del mismo Decreto.

75 CSJ SP. 15 sep 2004, Rad. 21064.

Este elemento es importante ya que entenderemos que está bajo el ámbito permitido el porte de armas de fuego o municiones que cuenten con un amparo legal para su tenencia, lo cual está supeditado a que la autoridad competente, emita autorización para ello previo la verificación de ciertos requisitos (Decreto 2535 de 1993 artículos 33 y 34).

Se tiene de lo anterior que la intolerabilidad de la conducta viene establecida por el hecho de superar el riesgo permitido, que tendrá lugar sólo cuando una persona lleve tal artefacto, sus partes o municiones, sin el permiso correspondiente.

Preciso es indicar que, "la delimitación del riesgo no permitido de aquel que sí está permitido, constituye, en última instancia, una decisión normativa."⁷⁶ Siendo en este caso la autorización de la entidad competente para expedir los permisos correspondientes, el límite de decisión normativa que marca el lindero entre lo prohibido y lo permitido con respecto a esta conducta⁷⁷. Es una elección político criminal.

[s]abido es que los criterios que utiliza el legislador para seleccionar conductas que ha de incriminar, si no conducen a una manifiesta irrazonabilidad, pues se adecuan al fin perseguido y no adolecen de una iniquidad manifiesta, quedan exentos de control judicial⁷⁸.

En sentido de lo dicho anteriormente, resulta que el legislador deja por fuera del análisis la lesividad las conductas de personas que lleven armas de defensa personal, por encontrarlas ajustadas a derecho por el hecho de tener un permiso, pero obvia el razonamiento y sentido que se imprimió de las razones de creación del tipo en comento, de que su prohibición tuvo y tiene lugar como consecuencia de la necesidad de centralizar el monopolio de las armas en cabeza del Estado y para evitar infortunios que pueden presentarse si la disposición de aquellas, se tiene por personas particulares.

Así las cosas, bajo el entendido del ámbito de protección de la norma podría darse cabida a un razonamiento que incluya que tampoco debiera estar permitido el porte de armas de fuego de defensa personal o sus partes esenciales

76 ROXIN, CLAUS, "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal", en *Problemas actuales de la dogmática penal*, Lima, Ara Editores, 2004, p. 65.

77 En este mismo sentido, hablando de la fundamentación del riesgo permitido en el consentimiento o en la autorización estatal, PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 77: "Las conductas generalmente consideradas "de riesgo permitido" serían conductas "típicas" -"en principio prohibidas"-, pero que sólo excepcionalmente, en virtud de la concurrencia de estas circunstancias específicas del caso concreto, se convertirían en lícitas".

78 DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 27.

por quien tenga permiso para ello, puesto que el mismo potencial lesivo puede desencadenarse por la utilización de las armas por quien tiene que por quien no, permiso de autoridad competente.

Sin embargo, en este punto, si bien tal modo de entender el asunto, puede deslegitimar la intervención penal por ser irrazonable el criterio de diferenciación, no será tema en el cual se ahonde, puesto que las elecciones de política criminal ya dadas en poco servirían en este caso para resolver el problema que se quiere desentrañar de la lesividad de la conducta, aunque sí da cabida a pensar que además de la valoración que se hace de la conducta como peligrosa para la seguridad pública, se está ejerciendo igualmente una presunción de peligrosidad del sujeto que no ha expedido permiso para la tenencia de armas.

Ahora, junto a la prescripción de *sin permiso de autoridad competente*, se hace una enunciación taxativa de los verbos rectores que constituyen los comportamientos que debe realizar el sujeto activo para incurrir en este delito. Se habla de: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar, portar o tener en un lugar, armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones.

En este punto valga indicar que como no es aceptable la idea de que por el solo hecho que una persona, sin permiso de autoridad competente, que realice cualquiera de los verbos rectores mencionados, per se, incurra en el delito en comento, se hace necesario establecer las condiciones necesarias para predicar que estemos ante un injusto imputable a un sujeto determinado.

De ello me ocupo a continuación.

6.4 Requisito de verificación de lesividad en el caso concreto

La estructuración del injusto para este delito no puede hacerse de manera objetiva, solo por constatación de la realización de cualquiera de los verbos rectores establecidos en el tipo penal, es necesario satisfacer el presupuesto de tipicidad en sentido estricto para acreditar el ilícito penal.

Para ello será necesario analizar la forma en que tales conductas pueden lesionar de manera efectiva el bien jurídico protegido de la seguridad pública, como límite insoslayable en la atribución de responsabilidad penal.

Necesario es retomar el hecho de que estamos ante un delito que pretende la protección de la seguridad pública, entendida esta desde el doble enfoque que se plantea, como lesión a esa supraindividualidad conformada por el mantenimiento de la paz pública y por la puesta en peligro de la vida, integridad, salud o patrimonio como bienes jurídicos individuales.

Se trata de un bien jurídico colectivo con referente cercano en el individuo, de ahí que pueda determinarse que la lesividad vendrá dada, en parte, por la cercanía en el radio de competencia de personas individualmente consideradas, de manera que, la lesión a la seguridad pública, que en todo caso debe entenderse como una lesión en sentido normativo, se verifica por el hecho de que la conducta desplegada en el caso concreto fue capaz de poner en peligro esos bienes jurídicos individuales que son objeto de protección inmediata.

Es necesario que la valoración se haga en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias modales que rodeen el hecho, para determinar de modo contextualizado que la conducta desplegada tuvo o no la entidad suficiente para socavar el bien jurídico protegido.

Ahora, si el ámbito de protección de la norma es la evitación de perjuicios a bienes jurídicos individuales, como los ya vistos, es claro entonces que no será posible realizar un juicio de ilicitud en casos en que la conducta pese a encajar formalmente en el tipo penal, diste de ser realmente ofensiva.

Ejemplificativo de ello, de que no se incurre en este delito por la sola configuración de la descripción típica, es que la Corte ha dado vía libre a la interpretación de atipicidad en sentido estricto, estricta tipicidad, o por carencia de antijuridicidad material, en los casos en que sin permiso de autoridad competente, se lleve consigo un arma inservible (o no apta para producir disparos), lo cual tiene fundamento en el hecho de que el arma no tiene la potencialidad lesiva para la cual fue construida.

Argumentos como este apoyan la idea de que la lesividad del comportamiento tiene cabida sólo una vez superado el análisis de la capacidad de afectación de esos bienes jurídicos cercanos y subyacentes a la seguridad pública, que tienen titularidad individual.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha definido:

En principio, ese comportamiento tendría coincidencia con la descripción típica que del delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones hacía el artículo 201 del Código Penal derogado o prevé el 365 del vigente. La actualización de esta descripción típica se produjo, según los fallos, por el simple porte sin autorización de un arma de fuego de defensa personal, pues de acuerdo con la clasificación de los delitos, se trata de uno de mera conducta.

Sin embargo, de conformidad con el principio de lesividad, consagrado de manera rotunda por el legislador al exigir que para "que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley", como lo establece el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, que se concreta en el axioma *nulla poena, nullum crimen sine iniuria*, resulta imprescindible constatar si

ese comportamiento acarreó una puesta en peligro real y verdadera, esto es, efectiva, al bien jurídico tutelado.

Como lo establecieron los fallos a partir de prueba legal y oportunamente allegada a la investigación –el dictamen rendido por el Armero de la Policía Nacional–, el arma que portaba CORONADO ARIAS, por carecer de piezas en sus mecanismos, no era apta para disparar.

Si eso es así, como evidentemente lo es, a pesar de que originalmente el instrumento mencionado concuerda con la definición que trae el artículo 6º del Decreto 2535 de 1993 al establecer que son “armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”, por no tener en el preciso instante de la incautación –cuando se desarrollaba la reyerta– las piezas de sus mecanismos, lo que imposibilitaba su disparo, ha de deducirse que con ella no era posible en ese momento darle el uso para el cual fue fabricada, es decir, el de producir amenaza, lesión o muerte a una persona (artículo 5º *ibídem*), mediante el disparo de un proyectil impulsado por la fuerza de expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química.

Entonces, desde esa perspectiva, en este caso concreto, al constatar el grado de afección al bien jurídico protegido, la seguridad pública, ha debido observarse que el porte sin permiso de esa arma que no reunía las condiciones necesarias para amenazar asertivamente, lesionar o matar a otra persona, no constituía una real y verdadera puesta en peligro⁷⁹.

Asimismo, tampoco podrá proclamarse la lesividad de la conducta de alguien lleve un arma de fuego apta para producir disparos, sin municiones, de quien lo hace con ella cargada; tampoco es igual el análisis que debiera realizarse de quien lleva el arma sin permiso, cargada, y sea hallado en un lugar deshabitado o la almacene en su lugar de residencia; o de quien lleve sólo consigo municiones, puesto que, se reitera, el desvalor de resultado, entendido en términos de lesividad concreta, solo tiene lugar cuando el potencial del arma haya tenido el rendimiento que se pretende evitar de cara a esos bienes jurídicos inmediatos protegidos.

[s]i en la comprobación de la antijuridicidad formal no da resultado la búsqueda de una causa de justificación positiva, pero a causa de la falta de daño social el juicio de antijuridicidad aparece desde el punto de vista político-criminal como erróneo, se puede negar la antijuridicidad material con una ponderación de los bienes e intereses⁸⁰.

79 CSJ AP. 15 sep 2004, Rad. 21064. En este mismo sentido: CSJ AP. 26 mar 2009, Rad. 30769., CSJ AP. 21 oct 2009, Rad. 32004. CSJ AP. 8 jul 2011, Rad. 36326.

80 ROXIN, CLAUDIUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 53 - 54.

Entonces, si la afirmación del injusto de cara a la imputación de lesión al bien jurídico se constata con la conformación de un análisis respecto de la perspectiva *ex ante* y *ex post* de la conducta realizada, cierto es que el primero de los requisitos, en tratándose de este delito, estará determinado por la capacidad o potencial lesivo de la conducta, indicando para ello que el operador judicial en este punto en concreto deberá evaluar, a modo de prognosis⁸¹, si la conducta examinada tiene la virtualidad suficiente para ser capaz de producir lesión al bien jurídico, atendidas las circunstancias concretas que rodeen el comportamiento que se despliega.

Ahora, el análisis no se agota únicamente en este punto, es necesario además que, *ex post*, se compruebe la lesión al bien jurídico, que tendrá lugar por la efectiva puesta en peligro concreta de esos bienes jurídicos individuales que forman parte inmediata de lo protegido, seguridad pública en sentido más amplio.

Como se indicó en la primera parte de este trabajo, la opción dogmática a favor de las estructuras de delitos de resultado de lesión presentan más coherencia atendiendo a los postulados de lesividad exigidos por el ordenamiento jurídico y ello aplica también para el análisis del delito a estudio, puesto que la lesión en este caso, además de justificar la intervención de la última ratio del Estado por medio del derecho penal, legitimará dogmáticamente la premisa de realización de un injusto dual.

La materialidad lesionable del bien jurídico de la seguridad pública radica en el hecho de su pertenencia a la realidad social, es un bien jurídico colectivo con un referente cercano en el individuo, susceptible de ser lesionado en el caso en que concurren las condiciones de idoneidad *ex ante* y *ex post* de la conducta de cara a lo protegido.

Debido a la posición adoptada por los bienes jurídicos a los que se ha hecho referencia se trata de un delito de lesión-peligro, lesión que se predica del bien social y peligro para los intereses de los particulares penalmente tutelados. Así, al resultar necesaria la presencia del riesgo penalmente relevante para los bienes individuales, el comportamiento se situará en un estadio posterior al peligro para el bien jurídico colectivo, considerándose ya lesionado⁸².

81 MIR PUIG, SANTIAGO, "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 36, Fasc/Mes 1, 1983, pp. 12 - 13 "La perspectiva de la que debe partirse en la antijuridicidad debe ser, pues, una perspectiva ex ante y que contemple el hecho objetivamente. Ello remite al punto de vista del hombre medio situado mentalmente en la posición del autor en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener aquel (el autor). El criterio manejado por la teoría de la adecuación pasa, así, de ser un <correctivo> difícilmente encajable en las categorías dogmáticas, a suministrar la perspectiva a adoptar con carácter general en el enjuiciamiento de la antijuridicidad de un hecho. Este estará prohibido cuando ex ante aparezca al hombre medio como capaz de producir la lesión o puesta en peligro típicas, atendidos los conocimientos que al actuar tenía entonces el sujeto".

82 MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit., p. 58.

6.5 Criterios de imputación objetiva para el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

Si bien es cierto Roxín parte de que debe entenderse la modificación causal del mundo y que debe haber un resultado tangible como presupuesto para hablar de un desvalor de resultado, puesto que afirma que aquellos delitos de mera conducta se agotan únicamente con la realización formal de los elementos descritos en el tipo penal; de cara a la postura adoptada en este trabajo, es posible hablar de este delito como uno de resultado de lesión, por lo cual es posible hacer uso de los criterios de imputación objetiva para analizar las formas concretas de lesión para dar por presupuesta la tipicidad objetiva, dentro de la concepción de un injusto dual.

– Lo primero de lo que se debe partir es de que un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

Si la desvaloración de la conducta viene precedida de ese juicio de imputación *ex ante*, es factible realizar un pronóstico sobre la peligrosidad de la conducta, evaluada de acuerdo a los conocimientos que tiene el hombre medio, así, el resultado de lesión tendrá lugar por la efectiva materialización de la conducta puesta en marcha, en una modificación de la sustancia del bien jurídico de manera negativa a éste.

Es decir, si considerado el caso concreto puede entablarse una relación negativa entre la conducta individualmente considerada de quien lleve consigo, almacene, trafique o realice cualquiera de los verbos rectores que proscribe la norma de comportamiento, y la creación con ella de un riesgo no permitido para los bienes jurídicos protegidos, viable será entonces entender que el autor ha realizado una conducta peligrosa capaz de lesionar el bien protegido.

– Necesario además, es constatar si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor.

En casos como éste habrá una realización del peligro creado por el autor cuando se verifica *ex post* que como consecuencia de la conducta desplegada fueron puestos en peligro de manera concreta, los bienes jurídicos individuales de las personas, tales como la vida, patrimonio, entre otros.

La concreción del peligro en el resultado debe serle imputable al autor, de manera que necesario es que exista una relación de causalidad entre el segundo supuesto de verificación del resultado de lesión y la creación del riesgo desaprobado con la puesta en marcha de la conducta no permitida.

Ahora, se negará la presencia del injusto, por no haber imputación al tipo objetivo si falta la creación del peligro jurídicamente desaprobado, o por no ser el resultado consecuencia directa de la creación del peligro jurídicamente disvalioso. Estas hipótesis se presentan en casos como los que se indicó de no capacidad de funcionamiento de las armas. Tampoco en el caso en que se lleven municiones sin el arma para detonarlos y en general en todo supuesto en el que se pueda comprobar, *ex ante* o *ex post*, la inidoneidad de la conducta, sea por la falta de peligro por las condiciones o lugar en que se ejecuta o por inidoneidad del medio utilizado, entre otras.

Corolario de lo dicho con antelación, queda claro entonces que la lesión al bien jurídico seguridad pública se concreta cuando se verifica, de las circunstancias que rodearon el hecho, que se creó un peligro concreto para los bienes jurídicos individuales que están tras el bien jurídico supraindividual protegido, y que no se determina únicamente por la realización de los elementos exigidos por el tipo penal, como se desprende de su redacción.

Finalmente debo indicar que no significa que la postura que se acoge, se traduzca necesariamente en una expansión del derecho penal porque, por ejemplo, en casos en los que con la utilización del arma de fuego, ya no se ponga en peligro, sino que se lesionen de manera efectiva esos bienes jurídicos individuales, no habría lugar a un concurso real de delitos, sino que el injusto cometido con el delito a estudio quedaría subsumido por el injusto del delito de resultado de lesión ocasionado a esos bienes jurídicos individuales, bajo el entendido que si bien el delito descrito en el artículo 365 del C. Penal pretende la protección a la seguridad pública, éste concepto, como se vio, contiene bienes jurídicos con referente cercano en el individuo, de manera que si con el arma de fuego se causa la muerte de otra persona, se habrá lesionado el bien jurídico vida o integridad personal, siendo el arma, sólo el medio para lograr el fin pretendido. Se trataría de casos de concurso aparente puesto que si bien se incurrió en el primer ilícito, éste quedaría subsumido de manera íntegra en el segundo⁸³.

El problema que suscita la definición de si estamos ante un concurso efectivo o aparente en casos en que se utilice un arma de fuego y con ella se cometa otro delito, como hurto u homicidio, por ejemplo, no ha sido una cuestión pacífica, sin embargo en este trabajo se sostiene la idea de que se trataría de un concurso aparente puesto que si el fundamento de la punibilidad es la concreción del peligro

83 Bajo el entendido de que estos delitos no concursan, Cfr. VILLANUEVA, GUSTAVO ADOLFO, "Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego", en: *Nuevo foro penal N° 62 Revista del centro de estudios penales de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Temis, Septiembre-Diciembre 1999, pp. 61-66.

creado con llevar el arma, el comienzo de la ejecución de cualquier delito en el que haya un arma como medio para la comisión, su uso desplazará la figura del peligro abstracto, siendo la tenencia del arma un acto preparatorio que debe ceder en todo caso frente a la punibilidad del acto ejecutivo⁸⁴.

Bibliografía

- ÁLAMO, MERCEDES ALONSO. "Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos" en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009). ISSN 1137-7550: 61-105.
- ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. "Apuntes sobre el concepto de delito", en *Derecho penal contemporáneo II, Revista internacional*.
- BALLESTEROS, ALBERTO MONTORO. "El funcionalismo en el derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs" en *Nueva Época. Vol. 8*, 2007.
- BUJÁN PÉREZ, CARLOS MARTINEZ. *Derecho penal económico y de la empresa, Parte General, segunda edición*, Valencia, Editorial tirant lo Blanch, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Control Social y sistema penal*, Bogotá, Temis, 2012.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Lecciones de derecho penal, volumen II*, Madrid, Trotta, 1999.
- CARRARA, FRANCESCO. *Programa de derecho criminal parte especial Volumen VI*, Bogotá, Temis SA, 2001.

84 Cfr. ZIFFER, PATRICIA S., *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma, Cuadernos de conferencias y artículos N° 5*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 9-31. Plantea la autora en su escrito las soluciones jurisprudenciales que respecto al concurso entre el delito de armas y de robo, se ha dado por los operadores jurídicos de las altas Cortes en Argentina y en España, que divagan entre las posturas que admiten que se trata de un concurso real y las que defienden el concurso aparente de delitos. Concluye que en general se tratará de un concurso aparente, salvo cuando se da el caso de una tenencia del arma posterior al robo que se prolonga más allá de lo necesario para asegurar la impunidad, caso en el cual habrá concurso real. En sentido contrario, CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ, *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas, Ensayos Penales N° 4*, Madrid, Dykinson, S.L., 2005, pp. 186, 187. Indica que en todo caso estaremos ante un concurso real puesto que el bien jurídico de la seguridad es autónomo: "el objeto de tutela de los delitos de tenencia ilícita de armas viene constituido por la seguridad como bien jurídico autónomo sin perjuicio de que con su incriminación, al tiempo, se estén protegiendo determinados bienes jurídicos individuales cuya tutela constituye en realidad la ratio legis del tipo. Por ello, en todos aquellos casos en los que junto a la tenencia de un arma, que lesiona (o pone en peligro) la seguridad, se ha ocasionado un peligro concreto o una lesión a otro bien jurídico distinto se debe estimar, en coherencia, un concurso de delitos y no un concurso aparente de normas penales pues sólo así se abarcaría el total desvalor de la conducta del sujeto que ha lesionado o puesto en peligro dos o más bienes jurídicos de distinta naturaleza". La jurisprudencia colombiana apoya de manera pacífica la tesis de que debe existir en casos como los que se vienen planteando, un concurso real, en este sentido Cfr., entre otras: CSJ SP. 25 jul 2007, Rad. 27383., CSJ SP. 15 jul 2008, Rad. 28872.

- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *La racionalidad de las leyes penales, Práctica y teoría*, Madrid, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado" en *Nuevo Foro Penal* 69, Medellín, Enero-Junio 2006, Universidad Eafit.
- CEREZO MIR, JOSÉ. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo" en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª. Época, n.º, 10 (2002).
- CORCOY BIDASOLO, MIRENXTU. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico- penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ. *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Ensayos Penales N° 4, Madrid, Dykinson, S.L., 2005.
- DE LUCA, JAVIER AUGUSTO. *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc S.R.L, 1993.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro" en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, Editorial Civitas, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI. "El principio de lesividad como garantía penal", en *Nuevo Foro Penal* 79, Medellín, Universidad EAFIT, 2012.
- GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO. "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la Teoría penal", *Doxa. N. 23*, 2000, ISSN 0214-8876.
- HASSEMER, WINFRIED / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- HASSEMER, WINFRIED. "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", en *Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, ROLAND. "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2002.
- JAKOBS, GÜNTER. *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, Marcial Pons.
- JAKOBS, GÜNTER. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en *Libro Homenaje al profesor Günter Jakobs, El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- KISS, ALEJANDRO. *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2011.
- KINDHÄUSER, URS. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal" en *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2009.
- MENDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA. *Delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Mostoles, 1993.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA. "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto" en *Revista de derecho penal y criminología*, 2, Época, mím. 9 (2002).
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal, parte general 8ª edición*, Barcelona, Reppertor SL, 2010.
- MIR PUIG, SANTIAGO. "La perspectiva "ex ante" en Derecho penal" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 36, Fasc/Mes 1, 1983.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, S.A, 1994.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / MERCEDES GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal parte especial*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996.
- MORALES PRATS, FERMIN. "De los delitos contra la seguridad colectiva" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi a Thomson Company, 2002.
- ORTIZ RODRIGUEZ, ALFONSO. *Manual de derecho penal especial*, Medellín, Departamento de publicaciones Universidad de Medellín, 1983.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL. *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Madrid, Editorial Ministerio de Justicia e Interior Secretaría General Técnica, 1995.
- PERIS RIERA, JAIME M. "Delitos de peligro y sociedad del riesgo: Una constante discusión en la dogmática penal de la última década" en *Estudios penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Juan Carlos Carbonell Mateu (coord.), 2005, ISBN 84-9772-777-0.
- ROXÍN, CLAUS. *Derecho penal: parte general (fundamentos, la estructura de la teoría del delito)*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

ROXÍN, CLAUS. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* - Artículos ISSN 1695-0194 REPC 15-01 (2013).

ROXÍN, CLAUS. *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l, 2008.

ROXÍN, CLAUS. *Política criminal y sistema del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

ROXÍN, CLAUS. "Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal" en *Problemas actuales de la dogmática penal*, Lima, Ara Editores, 2004.

SANCINETTI, MARCELO A. "¿Por qué un concepto de ilícito penal sin desvalor de resultado permite una dogmática más racional?", en *Derecho Penal contemporáneo, Revista internacional*, Bogotá, 2004.

SOTO NAVARRO, SUSANA. *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003.

SOTO NAVARRO, SUSANA. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, el ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos"

TERRADILLOS BASOCO, JUAN. "Peligro abstracto y garantías penales", en *Nuevo Foro Penal, Revista del centro de estudios penales de la Universidad de Antioquia, N° 62*, Bogotá, Editorial Temis.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN. *Sistema penal y Estado de derecho*, Lima, Ara Editores.

VARGAS PINTO, TATIANA. *Delitos de peligro abstracto y resultado, determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Pamplona, Aranzadi SA, 2007.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho penal parte general, Cuarta edición*, Bogotá, Comlibros, 2009.

VILLANUEVA, GUSTAVO ADOLFO. "Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego" en *Nuevo foro penal N° 62 Revista del centro de estudios penales de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Temis, Septiembre-Diciembre 1999.

ZIFFER, PATRICIA S. *El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma*, Cuadernos de conferencias y artículos N° 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.