



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMI PUNITIVI E GARANZIA DEL CITTADINO

TESI DOTTORALE

REATI DI PERICOLO ASTRATTO

Tutor
Proff. MARIO TRAPANI

Dottorando
GUILLERMO JOSE OSPINA LOPEZ

CICLO XXX

INDICE

CAPITULO I

DE LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO

a) Evolución del concepto de bien jurídico

b) Contenido y significado del concepto de bien jurídico

1) Bien jurídico como INTERÉS:

2) Bien jurídico como ESTRUCTURAL DE LO SOCIAL:

3) Bien jurídico como MEDIO PARA LA PARTICIPACION SOCIAL:

c) Funciones del bien jurídico

1) El bien jurídico como CATEGORIA

1.1. Función de clasificación:

1.2. Función sistemática:

2. El bien jurídico como "RATIO" DE LA TUTELA

3. El bien jurídico como CONTENIDO DE LA TUTELA

4. El bien jurídico como OBJETO TUTELADO

4.1. Concepto sustancial

4.2. Concepto inmaterial

4.3. Concepto institucional

5. Como instrumento POLITICO - GARANTISTA:

d) Requisitos para la tutela penal

e) El bien jurídico en los delitos de peligro abstracto

CAPITULO II

DEL PRINCIPIO DE NECESARIA LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

a) Evolución del principio y sus características

b) Concepto de peligro

c) Función dogmático – garantista de la ofensa según MANTOVANI

d) Lesividad u ofensividad en los delitos de peligro abstracto

e) La antijuridicidad

CAPITULO III

DELITOS DE PELIGRO

a) Concepto de peligro

b) Clasificación del peligro

c) Peligro concreto

d) Peligro abstracto

1. Clasificación de los delitos de peligro abstracto

2. Desvalor de acción o de resultado como fundamento

a) Desvalor de resultado como fundamento de los delitos de peligro abstracto:

b) Desvalor de la acción como fundamento de los delitos de peligro abstracto:

c) Un desvalor propio de los delitos de peligro abstracto

3. Legitimación de los delitos de peligro abstracto

4. Características de los delitos de peligro abstracto

a) Algunas consideraciones adicionales

CAPITULO IV

A MANERA DE CONCLUSION Y TOMA DE POSTURA

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La sociedad, no solo actual sino desde hace un tiempo, viene sufriendo cambios y transformaciones en su interior, como producto de varias circunstancias externas: la globalización, la tecnología, la desaparición de fronteras, entre otros, que impactan en las relaciones inter – personales y crean nuevas situaciones de conflicto, con un más alto nivel de riesgo permitido; esto es, una aceptación por parte de los asociados de esa necesidad de permitir mayores “riesgos”, que implican ceder más en sus derechos, a cambio de mejores (¿?) condiciones de vida, v. gr, mayor tecnología, mayores intercambios con personas de otros países, una economía transnacional, etc.

Es menester reconocer que, a consecuencia de esas nuevas realidades, el hombre requiere del uso y disfrute de bienes de naturaleza colectiva para el correcto y eficiente desarrollo de la actividad que desempeña; piénsese, a manera de ejemplo, en la necesidad de recurrir al espectro electromagnético con el fin de poder prestar el servicio de internet y hacer más eficientes y eficaces las transacciones financieras y el intercambio comercial; el uso del agua en grandes cantidades, de cara a prestar un adecuado servicio energético o, la necesidad de verter en esas aguas los residuos de material químico empeñado en la elaboración y manufacturación de bienes para el consumo.

Todas estas realidades llevan a conflictos sociales que han de ser analizados y regulados a fin de permitir el uso para unos, pero el sano disfrute para otros, con la seguridad de que no desaparecerán en perjuicio suyo y, en el campo del Derecho penal, se deba verificar si la regulación de esas condiciones debe ser por medio del aparato coercitivo más fuerte con que cuenta el Estado; si el uso y recurso al Derecho penal es o no la herramienta más adecuada, eficaz y, en especial, proporcional para regular aquellas y, de serlo, en qué forma, de cara a evitar que el *ius puniendi* se convierta en instrumento de represión injusto y desbordado.

Y, de estas premisas parte el desarrollo de tres (3) aspectos de trascendental importancia:

- 1) La necesidad de recurrir al derecho penal, no obstante, su condición de *última ratio*:

Es claro que todas esas nuevas realidades imponen y presentan una serie de riesgos de daños a bienes jurídicos colectivos que pueden tener o no impacto en los bienes jurídicos personales.

Solo a manera de ejemplo véase lo siguiente: Piénsese en el caso de una empresa que verta los residuos de su proceso de extracción de minerales en un río o, en el caso más connotado hoy en diferentes legislaciones, la conducción de vehículos bajo el influjo de bebidas alcohólicas o estupefacientes, o en el porte de armas de fuego sin permiso de autoridad competente.

Todas esas actividades, es palmario, engendran un *potencial* peligro para unos intereses de carácter colectivo: el medio ambiente, la seguridad pública, en general, y la seguridad vial, en particular; amén del peligro para las personas y sus bienes jurídicos individuales: v. gr la vida, pues la persona podría llegar a beber agua contaminada o ser objeto de una lesión por parte del conductor ebrio o por parte de esa persona armada.

Sentada esta primera premisa, la pregunta es: ¿es el Derecho penal la herramienta a la que debe recurrir un Estado para evitar esos probables daños o lesiones? O, debe dejar esa materia a otros ámbitos de la legislación como, por ejemplo, el derecho policivo o el derecho administrativo sancionador.

Como punto de partida para la solución de este interrogante deben estar los Principios que iluminan y limitan el Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho –en un Estado totalitario no existe este problema- pues en éste el Derecho penal es *ultima ratio*, es decir, es la última herramienta a la cual debe recurrirse, so pena de limitarse las libertades de los asociados bajo la amenaza de una sanción de gran calado, incluso, la pérdida de la libertad.

Y, el primer Principio que debe contrastarse en estas circunstancias es el de NECESIDAD, entendido como la ausencia de otro mecanismo menos lesivo de los derechos, pues, si existe, aquel deberá preferirse.

Solo y únicamente cuando el Derecho penal sea *necesario* se podrá recurrir a sus herramientas, pues quiere decir que las demás son insuficientes para controlar las afectaciones que esas actividades generan en la convivencia social; recurrir al Derecho penal sin *necesidad* conlleva a limitaciones injustificadas de las libertades personales y a respuestas desproporcionadas frente al actuar de los asociados, lo que es propio de Estados autoritarios y dictatoriales.

Resuelto este primer asunto, deberá, ya al interior del Derecho penal, resolverse una serie de problemas propios de dicha ciencia, como veremos.

2) Cómo debe ese Derecho penal proteger esos intereses y/o derechos

El punto del debate se centra en la protección penal de esos derechos de naturaleza colectiva que, a causa de los fenómenos enunciados se pueden ver afectados, restringidos, lesionados o, al menos, en peligro.

Como primera medida deberá determinarse cuál es el bien jurídico que se afecta o afectaría con esas conductas que hemos descrito: ¿un bien jurídico autónomo, de naturaleza colectiva (v. gr. la seguridad del tráfico automotor, la seguridad pública), los tradicionales bienes jurídicos personales (v. gr la vida, la integridad personal, etc) o, como lo dice un vasto sector de la doctrina, un bien-medio, que sirve para la protección y salvaguarda de un bien – fin?

Y esta respuesta es de gran importancia, por dos (2) razones fundamentales, en primer lugar, por cuanto no cualquier interés puede ser elevado a la categoría de bien jurídico y, en segundo lugar, porque los bienes jurídicos dentro del ordenamiento penal están llamados a cumplir diferentes funciones y, por ende, existen límites a la creación de éstos, so pena de permitir un *expansionismo punitivo* de consecuencias insospechadas.

El concepto de bien jurídico sigue debatiéndose entre los extremos de su férrea defensa dentro de los límites clásicos y su total desaparición como elemento de la dogmática penal; sin embargo, consideramos, su existencia es imprescindible de cara a limitar la capacidad creadora del legislador, como primera medida, y evitar la tentación de establecer un sinnúmero de conductas criminales sin bien jurídico, con lo que se estaría “llevando de calle” las bases más necesarias para un justo y equilibrado Derecho penal.

Es que sancionar penalmente una conducta sin referente en un bien jurídico, es simplemente la demostración de la *fuerza* del Estado, pues, en un derecho penal de acto, debe haberse lesionado o puesto en peligro *algo* para que el Derecho penal pueda actuar y, ese *algo* no es nada diferente al interés o derecho que la sociedad considera digno de tutela. Si lo que se sanciona es la conducta, esa conducta debe tener una consecuencia lesiva: ¿lesiva para qué? Y, verificada esa lesión o puesta en peligro, es ésa la medida de la pena que ha de corresponder al agresor, si no, de qué otra manera podría una pena resultar justa.

Entonces, queda claro que es necesaria la existencia de bienes jurídicos como referente para determinar, en primer lugar, si una conducta es idónea para causar un daño o peligro a un interés que la sociedad ha calificado de tal importancia que su protección se la deja al Derecho penal y, en segundo lugar, poder establecer de manera equitativa y justa la sanción al autor que la acometa.

Hoy en día se considera, de manera mayoritaria, que el objeto a proteger y salvaguardar es ese bien jurídico colectivo, pues se trata de un interés digno de tutela y, a tal fin, las legislaciones han encontrado en los llamados *delitos de peligro abstracto* la mejor forma para atender este requerimiento, entendidos como la prohibición de determinadas conductas por su *potencial y probable* generación de un resultado dañoso, sin la necesidad de que éste se verifique materialmente.

Adoptada esta vía, surge el interrogante dogmático acerca de *¿qué es lo que se sanciona en los eventos en que se ejecuta una de estas conductas de peligro abstracto?*

Siguiendo con el ejemplo: En el caso de la conducción de automotor en estado de embriaguez *¿es necesario* sancionar al conductor por esta mera actividad? Supóngase que esa persona logra llegar a su destino sin haber causado siquiera una puesta en peligro de nadie o de nada, *¿porqué es merecedor de sanción penal?*

Y la respuesta es una: porque su conducta, en términos de las leyes de la experiencia y la probabilidad, es generadora de daños antijurídicos y la probabilidad de ocasionarlos es alta, por tanto, el Derecho penal no puede esperar a que éstos se den para reaccionar.

¿Porqué se sanciona hoy en Colombia, el que una persona porte un arma de fuego, de uso personal o exclusivo de las Fuerzas Militares, sin permiso de autoridad competente? Porque la experiencia ha demostrado que es probable que con esa

arma se cause un daño o peligro a alguien; pero, ¿y si ese daño o lesión lo causa una persona con un arma para la cual tiene permiso, no es un daño penalmente relevante?

Los delitos de peligro abstracto son fuente de arduas discusiones en la doctrina y la jurisprudencia y, no solo su existencia, sino su configuración y legitimación dentro del sistema no es pacífica, por motivos sustanciales como su falta de lesividad, entendida como la inexistencia de un daño o, al menos, una puesta en peligro concreta de ese bien jurídico; también las críticas son por motivos procesales, por su falta de arraigo al principio de la carga de la prueba, pues se parte de la presunción, *iuris et de iure*, de que el daño se producirá, sin que se exija prueba que lo demuestre, lo que, además, contraría los principios fundamentales de culpabilidad y de *in dubio pro reo*.

Ahora bien, un amplio sector de la doctrina defiende esta clase de delitos, pues considera que se encuentran ajustados a los principios dogmáticos actualmente vigentes. Con base en el ejemplo que hemos usado, sostienen los seguidores de esta postura que el hecho de manejar ebrio es ya una lesión a un bien jurídico digno de tutela, como lo es la seguridad del tráfico automotor, pues las demás personas ya no podrán ser libres de desarrollarse dentro de aquel, pues su libertad estará coartada por esa probabilidad de sufrir un daño o lesión.

En punto a su justificación y legitimación entra en debate si se trata de un desvalor de acción (caso en el cual se habla de conducta peligrosa) o de un desvalor de resultado (caso en el cual lo peligroso es el resultado final de la conducta), decantándose la mayoría por legitimarlos a partir de un desvalor de acción; esto es, considerando la mera conducta como peligrosa, sin que sea menester verificar un resultado.

Hoy en día, son dos (2) los principales argumentos de legitimación que se esgrimen para la existencia de este tipo de delitos:

Una, es tratarlos de la misma manera como se reprocha la tentativa, frente a la cual se sanciona a alguien que ha dado inicio a una acción u omisión, sin que el resultado se produzca. Esta teoría es difícil de compartir, pues en el caso de la tentativa se debe distinguir entre la idónea – aquella que indefectiblemente causaría el daño si el curso causal no se hubiese interrumpido – y la inidónea – aquella sin aptitud para lesionar -, que resulta irrelevante para el Derecho penal.

Un ejemplo ayuda a la comprensión: ¿se debe sancionar, a la manera de la tentativa, a quien ha vertido residuos químicos en una fuente de agua, sin verificarse un resultado material de lesión a un bien jurídico personal? Lo primero que habría que verificar es si la cantidad de vertimiento tiene aptitud y capacidad dañina, pues si es una cantidad mínima, no generará daño alguno y, en segundo lugar, que esa agua no llegó a consumo de las personas o animales (daño en bien ajeno) por hechos ajenos a la voluntad de quien los depositó en la fuente.

Otra, es tratar este tipo de delitos con las mismas reglas y criterios de la imputación objetiva; esto es, como un incremento del riesgo aprobado o permitido. Esta segunda postura, tiene el inconveniente de que quedaría la sanción como respuesta a una mera desobediencia de la norma.

3) En qué momento establecer la barrera de protección

Resuelto el problema acerca de la protección de esos bienes jurídicos colectivos a partir de los, así denominados, *delitos de peligro abstracto*, queda por resolver dónde se establece la barrera de protección de dichos bienes jurídicos.

A efectos de contextualización reiteremos los ejemplos que han servido de guía: si se considera necesario sancionar la conducta de manejar vehículo en estado de embriaguez y con ello se afecta el bien jurídico colectivo de la seguridad pública, ¿bastará para efectos de la respuesta punitiva ese mero comportamiento típico o, será necesario que se verifique un resultado, al menos de puesta en peligro, de otro bien jurídico?

Como se sabe, en los delitos de peligro abstracto, ese peligro no es elemento de la tipicidad, pues el mismo se ha presumido existente por parte del legislador, lo que genera que estaremos en presencia de una barrera de protección adelantada a momentos anteriores a la ocurrencia de un resultado de esa conducta, el cual podría haber sido, incluso, inofensivo.

Y, en este punto sigue la polémica acerca de la legitimidad de sancionar conductas sin ofensa, sin daño, al menos de puesta en peligro. La ofensividad o lesividad de la conducta es un Principio propio del derecho penal de acto que, en estos eventos, se estaría presentado difuso, cuando no inexistente.

Sin embargo, los defensores de este tipo de delitos sostienen que en la comisión de la mera conducta, ya hay un daño para el bien jurídico colectivo, lo cual es debatible.

Son estos los interrogantes que, a lo largo del análisis realizado, se pretenderá resolver, tomando como base las diferentes posiciones doctrinales que al respecto se han estructurado y, para ese efecto, se desarrolla un primer capítulo referido al concepto de *bien jurídico*, en el cual se desarrollan asuntos como la evolución del concepto, su contenido y significado, las funciones que el mismo desarrolla dentro de la dogmática jurídico – penal, los requisitos para que un interés sea objeto de tutela y pueda ser elevado a la categoría de bien jurídico y, ya propiamente, el bien jurídico en los delitos de peligro abstracto. En el segundo capítulo nos ocuparemos de desarrollar lo referente al Principio de ofensividad o necesaria lesividad, dentro del cual se tratará, en primera medida, la evolución del Principio y sus

características, luego lo relacionado con el concepto de *peligro*, seguido de un análisis de la función dogmático – garantista del concepto de ofensa en la obra de MANTOVANI, que revista especial importancia, para entrar en el análisis de la ofensividad propia de los delitos de peligro abstracto y terminar el capítulo con un recorrido acerca de la categoría dogmática de la antijuridicidad, con especial referencia a la posición de MARCELO GALLO al respecto. Finalmente, en el capítulo tercero se hace un análisis de los delitos de peligro, iniciando por su concepto, la clasificación del peligro, una referencia al peligro concreto, seguida del análisis del peligro abstracto, dentro del cual se hace referencia a la clasificación de los llamados delitos de peligro abstracto, su desvalor de acción o de resultado, su legitimación y características y unas consideraciones finales al respecto.

Por último, en el capítulo cuarto, se exponen las conclusiones y se adopta una postura personal al respecto de este tipo de delitos.

CAPITULO I

DE LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO

a) Evolución del concepto de bien jurídico

Cuando se aborda el estudio del delito, de manera integral o en cualquiera de sus elementos fundantes, es menester adentrarse en el estudio del concepto de BIEN JURIDICO, como objeto de protección, de cara a determinar cuándo se está o no en presencia de una conducta penalmente relevante.

El concepto de *bien jurídico* es y seguirá siendo – al parecer – el referente obligado para dar sentido a un derecho penal liberal, de corte democrático, puesto que, superadas sus diferentes concepciones y posturas sobre su alcance y contenido, éste es un *límite* a la actividad del legislador en materia del *ius puniendi* y una garantía para el ciudadano que le permite delimitar su ámbito de competencia y libertad.

Ahora bien, punto de partida es conocer el estado actual del derecho penal para, a partir de ese, poder establecer el alcance del bien jurídico y, decimos con ANTOLISEI que el derecho penal ha superado esa etapa en la que su función principal era asegurar la existencia de la sociedad, garantizar las condiciones fundamentales e indispensables para la vida en común. Hoy, en un Estado moderno, el Derecho Penal ha de servir a la tarea de organizar y promocionar ese Estado, alejándose de la función puramente negativa de armonizar intereses individuales y colectivos, de cara a la resolución de conflictos; lo que lleva a considerar que el Derecho Penal tiene una función *transformadora* de la vida de los ciudadanos, de cara a un progreso social, un desarrollo y un mejoramiento de la sociedad ¹.

Y, en esa función de promoción del Estado y las condiciones de progreso ¿cuál es el principal objetivo en que debe centrarse ese Derecho Penal? Ello sigue siendo pacífico: la lucha contra el crimen, como manifestación de la ley penal, como ataque

¹ ANTOLISEI, Francesco; Manuale di Diritto Penale – Parte Generale; 16. Ed; Giuffrè Editore; Milano; 2003

a esas condiciones de progreso y existencia, a partir de la conducta humana y voluntaria, a la cual le sigue una pena.

Ese *delito* o manifestación de la conducta humana puede verse desde un plano abstracto, esto es, preceptivo, como la hipótesis fáctica delineada por el legislador, como el hecho prohibido por la ley y amenazado por una pena o, en concreto, desde una perspectiva fenoménica, como un hecho concreto que se verifica en la vida social; esto es, el "... hecho que reproduce la hipótesis típica configurada en la ley: en otros términos, el hecho que está conforme a aquello que en línea general la ley ha impedido, amenazando con una pena a quien lo comete."²

Establecido el marco de acción del derecho penal, huelga centrarse en el estudio del concepto de bien jurídico, ya como interés, ya como derecho, entendido como esa descripción que el legislador hace en la ley de los hechos o conductas prohibidas por atentar contra los fines de aquel; esto es, es menester analizar el BIEN JURIDICO, como manifestación social de lo que no está permitido en un Estado y cuya violación conlleva una pena; ello, por cuanto, a partir de la función de protección de éstos es como se entiende el derecho penal, se insiste.

Hay consenso en situar el inicio de la evolución del concepto de bien jurídico en la obra de BIRNBAUM, con la cual pretendía hacer frente a la, hasta ese momento, teoría dominante, formulada por FEURBACH³, quien entendía el delito como una lesión de un derecho subjetivo anterior al Estado, protegido por el derecho penal y cuya función era garantizar la libertad de los asociados. Así visto, el papel del derecho penal consistía en proteger esa esfera negativa de libertad del ciudadano y la pena era la consecuencia por esa lesión, la cual se hacía necesaria para la preservación de esos derechos.

² *Ibíd*em; p. 166 y ss.

³ FEURBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.: ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEIERS, Irma; Editorial Hammurabi S.R.L.; Buenos Aires; 1989,

Contraria a esta posición, BIRNBAUM consideraba que la privación de un bien sobre el cual se tiene un derecho, en nada afecta al derecho mismo, por lo que la conducta prohibida no podía tenerse como “lesión de derechos”; fundaba su teoría, en la función del derecho penal que, para él, radicaba en la preservación de los beneficios de la asociación política – representados en el concepto de bienes - y, si los delitos son conductas que anulan o merman esos beneficios, el delito es lesión de un bien, que no de un derecho, de aquellos cuya protección obliga al Estado a garantizar y entregar a los hombres por naturaleza o desarrollo social.

Dijo el autor en cita:

se debe considerar delito o punible en el Estado, según la naturaleza de la cosa o conforme a la razón, toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor⁴

Amplió BIRNBAUM el ámbito de protección más allá de los derechos de las personas y las cosas, introduciendo el concepto de “bienes comunes”, sin pretender superar del todo la limitante de la individualización del concepto, pues él también hace referencia al delito como afectación de bienes esencialmente subjetivos.

Sobre esta posición, dice GRACIA MARTIN que: ...desde que, entre 1834 y 1836, BIRNBAUM sostuvo la idea de que el Derecho Penal tiene que proteger “bienes”, ha cristalizado el principio fundamental de que éste únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de bienes jurídicos y como *ultima ratio*.⁵

Otra fue la visión de BINDING quien criticaba la sobrevaloración de la voluntad del individuo, adquirida sobre los postulados individualistas del Derecho natural que

4 BIRNBAUM, *Sobre la necesidad*, cit. nota n° 29, p. 60. Se agrega que lo castigable, entonces, no puede depender de la arbitrariedad del legislador (p. 82).

5 GRACIA MARTIN; Luis; La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno; Ed. Ubijus; México D.F.; 2011

dividían los bienes jurídicos en bienes personales y bienes colectivos; ante esta división, decía el autor que los bienes individuales solo merecen tutela – vía normas de comportamiento jurídico públicas -, en la medida en que sean bienes jurídicos sociales y, de ahí, que desvinculara los derechos subjetivos de las normas de comportamiento; por ello para este autor el delito era una infracción culpable de una norma, amenazada con pena y, por ende, el bien jurídico derivaba, en una concepción jurídico – positiva, del contenido mismo de la norma; es decir, extraía el concepto de bien jurídico del ordenamiento mismo, según lo que para el legislador fuera importante, por lo que el bien jurídico era aquello que aquel consideraba importante como condición de una vida sana y, en cuyo mantenimiento, la comunidad tuviere interés, representado en la norma misma.

Resultaba como conclusión de esta posición que, si toda norma contenía un bien jurídico y éste era lesionado por la infracción de aquella, entonces el delito era una infracción del deber de obediencia al Estado, al desconocer un mandato de éste representado en la norma penal, convirtiéndose la infracción de la norma en el núcleo del delito; esta infracción, en la teoría de FEURBACH era necesaria, pero secundaria. Negaba BINDING toda trascendencia de los derechos subjetivos para la determinación del ámbito de protección de la norma, pues la agresión criminal, decía, no afecta al derecho subjetivo, sino a sus presupuestos fácticos, como bien jurídico.

Concluye diciendo, como lo relata BAGES SANTACANA⁶, que los derechos subjetivos no son bienes jurídicos y, por ende, no fundamentan la responsabilidad penal y, en conclusión, la génesis del Derecho Penal se lleva a cabo a partir del poder estatal.

Por su parte, VON LISZT también concebía el bien jurídico como una realidad anterior al derecho – los bienes jurídicos preexisten al ordenamiento jurídico -, que

⁶ BAGES SANTACANA; Joaquín; El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto; Tiranti lo Balnch; Valencia; 2018; p. 158

recibía de éste un reconocimiento tal, que lo elevaba de la categoría de interés a la de bien jurídico y, la pena, era la acción adecuada para garantizar esas condiciones de vida del asociado, objetivadas como bienes jurídicos, en clave de imperativos generales: no matar; no hurtar, etc.

Tenían origen, entonces, los bienes jurídicos, no en el ordenamiento, sino en la vida misma y dependían de las necesidades de los seres humanos – los llamados intereses, desde una perspectiva psicológica -, con lo cual el concepto de bien jurídico servía al cometido de fijar límites al legislador. Decía el autor: “El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”⁷, adquiriendo el bien jurídico la función de delimitar las esferas de libertad y poder de los ciudadanos y de la comunidad, que está por encima de éste.

Elevando las relaciones personales a relaciones jurídicas, consideraba VON LISZT, se demarca de manera clara el espectro de acción de la relación querer – poder y se evita la arbitrariedad; esa conversión de las relaciones se hace mediante la vinculación de derechos y deberes a ciertos requisitos y, una vez se ha elevado a bien jurídico, quedan protegidas esas relaciones y es lo que se denomina el ámbito de protección de la norma.

Según BAGES SANTACANA, el concepto de bien jurídico creado por VON LISZT se separa del concepto de derecho subjetivo y se transforma en Derecho Penal, pues las “condiciones jurídicas” de las que habla, no existen con independencia de las instancias estatales, sino que se constituyen a partir de esas, por lo que considera que el autor alemán estaba vinculado al espíritu del positivismo estatista.⁸

Al analizar las concepciones de bien jurídico elaboradas por VON LISZT y BINDING considera HASS⁹ que, si bien son ellos los creadores del concepto, no le dieron el valor crítico y limitador de la tipicidad que hoy tiene el mismo bajo una doctrina liberal

7 VON LISZT, Franz; Tratado de derecho penal; T. I; Trad: Quintiliano Saldaña; Ed. Hijos de Reus Editores; Madrid; 1914; p. 2

8 BAGES SANTACANA; Ob., cit, p. 157 y ss

9 HASS, Volker; La doctrina penal de la imputación objetiva: una crítica fundamental; En: InDret; No 1; 2016

del Derecho: en VON LISZT los bienes jurídicos pre - existen al Derecho y en BINDING son intereses extraídos de la misma norma, ninguno de ellos le otorga un contenido axiológicamente determinado por las necesidades y requisitos de un modelo de Estado liberal democrático, que sirve para delimitar las facultades del legislador.

En relación con la postura de FEUERBACH, sostiene HASS¹⁰ que, ésta impedía la protección de bienes jurídicos colectivos, al limitar la protección del derecho penal a derechos de carácter subjetivo y, en punto a los orígenes de la posición de VON LISZT, dice:

El concepto de bien jurídico, predominante en el siglo XIX bajo la influencia de VON LISZT y BINDING, se opone desde sus inicios a la teoría de la lesión del derecho de FEUERBACH, que derivaba de la teoría filosófica del contrato social y entendía el delito como lesión de un derecho subjetivo. Por su parte, el concepto de interés jurídicamente protegido, utilizado en el Derecho penal alemán por primera vez por VON LISZT, está tomado de la teoría jurídica de JEHRING, quien lo utiliza para sustituir la definición del derecho subjetivo como dominio de la voluntad. El trasfondo de este distanciamiento es la visión de JEHRING de que la sustancia del Derecho no es la voluntad auto-dominable del individuo sino la utilidad social. En consecuencia, según JEHRING su redefinición del derecho subjetivo no se reduce a una mera divergencia en la formulación. Más bien –como él remarca– es consecuencia de una oposición fundamental: a saber, de su rechazo a la teoría del contrato social del siglo XVIII e inicios del XIX. JEHRING critica a este modelo social el identificar lo moral con lo socialmente útil. De ahí que para este autor el concreto individuo se convierta en un mero destinatario de posiciones jurídicas. El individuo simplemente ejecuta la voluntad del Estado que anida en su persona. En definitiva, el sujeto al que sirven los enunciados jurídicos es la propia sociedad, y es exclusivamente como parte de la misma que aparece jurídicamente el ciudadano.

En una posición contraria a la anterior, MEZGER entendía que el bien jurídico "...es una *figura ideológica*, la *valoración objetiva* en su forma más sencilla, que el bien

10 *Ibidem*

protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido",¹¹ correspondiéndose la noción de bien jurídico con el objeto de protección de la norma, sin referencia necesaria a un objeto del mundo exterior, quedando su definición como tal en cabeza del legislador y, por ende, sin posibilidades de limitar su accionar.

WELZEL también participó de esta discusión y sostuvo que la finalidad positiva y ético-social del derecho era la protección de los valores elementales de la vida en común y, en ese orden de ideas, de manera indirecta, en tanto misión negativa se alcanza la protección de bienes jurídicos,¹² y tiene al bien jurídico como un bien vital para el grupo y/o el individuo que, por su relevancia social, merece la protección jurídica, sin que sea exigible su materialización.

A partir de esta evolución del concepto de bien jurídico, PALAZZO¹³ ha sostenido que la historia de éste, llamado también objeto de la tutela, es la historia de su propia expansión (solo de manera reciente, se ha materializado el compromiso político – criminal de reducir los objetos dignos de tutela penal), la cual ha estado marcada por tres (3) etapas:

- a) Los derechos individuales: bajo una concepción Iluminística de un Estado liberal, el derecho penal solo podía estar al servicio de los derechos individuales, sacrificando la libertad personal del hombre y a favor de la salvaguarda de la libertad de los demás.

En el contexto del “contrato social”, el hombre cede parte de su libertad, en beneficio de la garantía de la parte restante, de ahí que no resulte legítimo que el derecho penal se extendiera más allá de los derechos individuales de cada uno de los asociados.

11 MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958,
12 WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: FONTÁN BALESTRA, Carlos, Buenos Aires: Roque De Palma Editor, 1956,

13 PALAZZO, Francesco; *Corso di Diritto Penal – Parte Generale*; 2ª Ed; Giappichelli; Torino; 2006

Siguiendo a CADOPPI y VENEZIANI¹⁴, en Italia hasta finales del siglo XIX, el bien jurídico se igualó al concepto de derechos subjetivos y, por ende, delito era la violación de un derecho de tal naturaleza; teoría criticada por la necesidad de encontrar, siempre, un portador de dicho derecho subjetivo herido o lesionado con la conducta criminal, máxime cuando existían bienes jurídicos de muy difícil adaptación a dicho concepto, por la dificultad de encontrar a ese sujeto portador del mismo; v. gr., bienes jurídicos colectivos.

Valga aclarar que esto no impidió la consagración de posiciones autoritarias, como a finales del siglo XIX, en que se protegieron por la tutela penal bienes denominados “ultra – individuales”.

- b) La dificultad de ligar el derecho subjetivo siempre a un sujeto llevó a que, especialmente en Alemania, la idea de derecho subjetivo fuera abandonándose y surgiera la noción de **bien jurídico**; cambio de paradigma que también se vivió en Italia, especialmente con CARRARA, quien había construido su teoría sobre el concepto de lesión de derechos subjetivos y empezó a soportarla sobre el concepto de bien jurídico.

Así, el bien jurídico ya no exigía un sujeto de carne y hueso como referencia, pues el referente era un OBJETO, con valor para la comunidad, que representaba un interés. Esta nueva concepción permitió, por ejemplo, la penalización de los delitos de falsedad, según lo dicen los autores, puesto que el tráfico jurídico y la función probatoria de los documentos se erigieron como intereses tutelados por el derecho penal.¹⁵

No obstante, esta fórmula del bien jurídico no solucionaba todos los problemas del legislador, como quiera que éste es un *contenedor* que debía

14 CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo; Manuale di Diritto Penal – Parte Generale e Parte Speciale; 3ª Ed; CEDAM; Padova; 2007

15 Ibídem; p. 96 y ss

ser dotado de contenido, lo que motivó a algunos autores a tratar de volver sobre el concepto de “derecho subjetivo”, en un sentido restrictivo, circunscrito a los derechos fundamentales, como únicos objetos de tutela penal; no obstante, este concepto de bien jurídico es, hasta ahora, dominante para determinar lo penalmente tutelable.

Este concepto tiene dos (2) importantes aspectos:

- Impone, a diferencia del criterio de los “bienes individuales”, una separación del objeto de tutela penal de la necesidad de encontrar una dimensión exclusivamente personalística.

El concepto de bien jurídico ofrece una visión objetiva del objeto de tutela, separada de la exigencia de un sujeto al cual va ligado el derecho protegido, en cuya referencia está su *ratio essendi*.

- Se presenta como un dato objetivo y, de cualquier modo, exteriorizado de la realidad social, por la razón de que el concepto de bien evoca la idea del objeto – material o inmaterial – de valoración positiva, que no se identifica con el valor que actúa como objeto de valoración.

Así, este concepto de bien jurídico permite incluir bienes individuales y bienes ultra – individuales, los cuales pueden, a su vez, ser de naturaleza social (su titularidad es colectiva y su ofensa no exige identificar y/o individualizar a los sujetos afectados; en la sociedad moderna se ha visto un incremento de éstos, sobre la base de la sociedad del riesgo) o institucional (su titularidad está en cabeza de una institución o una entidad que representa una mayor determinación que la sociedad, iniciando por el Estado mismo).

Y, entre las categorías que conforman esos bienes institucionales, hay actualmente unos que PALAZZO denomina “artificiales”¹⁶, - en cuanto no son bienes como tal, sino que se identifican más con las “funciones” asignadas a esas instituciones titulares del bien jurídico – cuya protección, en algunos casos, entra en tensión con la protección de otros derechos, - ora individuales, ora institucionales - que hace de aquella una protección “formal”, toda vez que lo penalmente relevante no resulta ser la ofensa a ese otro bien “final”, sino la desobediencia a esa función institucional.

Igualmente, hay otro tipo de bienes que se ha dado en denominar “bienes instrumentales”¹⁷, que resultan conceptualmente derivados de situaciones que se convierten en el sustrato de intereses autónomos; v. gr. La fe pública que resulta instrumental a un bien jurídico final como lo es la verdad procesal o la confianza en el tráfico comercial.

- c) Y, una tercera etapa de esta evolución, está marcada por la desmaterialización y espiritualización del bien objeto de tutela penal, que se identifica con el surgimiento de los *valores culturales*.

En este evento, la tutela penal está dirigida “...al valor en sí mismo, al mismo criterio orientador o de valoración que está en la raíz de la consideración positiva o negativa de determinada situación”.¹⁸

Con un ejemplo logra el autor identificar este tipo de bienes: quien quema en privado la bandera nacional, con ánimo vilipendioso. El desvalor de este acto no reside tanto en haber producido una situación material y efectivamente peyorativa, sino en la negación ideal del valor cultural que ese hecho representa.

16 *Ibíd*em; p. 60

17 *Ibíd*em; p. 60

18 *Ibíd*em; p. 61

Importante resulta decir que, durante estos periodos de evolución se ha presentado, también, un periodo de máxima disminución del concepto de bien jurídico, registrado a partir de la teoría de la “obediencia como tal” del ciudadano a la norma, de clara estirpe autoritaria, en donde el derecho penal no tiene límites externos a la voluntad del ordenamiento, pues el objeto de tutela del ordenamiento es el ordenamiento en sí mismo.

Ahora bien, ZAFFARONI considera que este concepto es nuclear para el derecho penal y hace una distinción importante entre *bien jurídico tutelado* y *bien jurídico lesionado o afectado* y, parte del presupuesto de que nada prueba que la ley tutele un bien jurídico. Considera el autor que “... la idea de bien jurídico deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado.”¹⁹

Ahora bien, siguiendo a BAGES SANTACANA²⁰, hoy se verifica un abandono de la dogmática de corte ontológico, en la cual se manifestaron las teorías finalistas y positivistas, dando paso a una dogmática normativa, de corte teleológico – funcional, en donde la discusión está marcada por dos (2) escuelas germanas, lideradas por ROXIN y JAKOBS.

Para el primero de ellos, el derecho penal sigue manteniendo su función de protección de bienes jurídicos, pues es ésta la exigencia intrínseca de la política – criminal de un Estado²¹; mientras, para el segundo, el fin del derecho penal no es otro que, desde una perspectiva sociológica, la estabilización del contenido de la norma²², con lo cual ha avivado un debate sobre el concepto de bien jurídico, con un replanteamiento del concepto de injusto penal, materializado en el daño a la vigencia de la norma y no en la lesión de bienes jurídicos.

Ante este planteamiento de JAKOBS, dice TERRADILLOS BASOCO que:

19 ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Derecho Penal – Parte General; Ediar; Buenos Aires; 2000
20 BAGES SANTACANA; Ob.cit.

21 ROXIN, Claus; El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico – penal en Alemania; en: InDret; No 4; 2012

22 JAKOBS; Günter; y CANCIO MELIA; Manuel; Derecho penal del enemigo; 2ª Ed; Ed. Thompson – Civitas; Madrid; 2006; p. 24 y ss

En la concepción sistémica de JAKOBS se olvida de facto el concepto de bien jurídico, puesto que, si todo el sistema social es objeto de protección por el Derecho Penal, lo relevante es la oposición al funcionamiento de la sociedad entera: El castigo del culpable disfuncional sirve para demostrar la validez de la norma como modelo de referencia para la interacción social: los miembros de la sociedad consolidarán su confianza en la norma, lo que, a su vez, reforzaría su determinación a comportarse conforme a Derecho. Se trata de una trasposición del plan de interés, que pasa del bien jurídico a la integración de la sociedad.

Ese intento de JAKOBS y su escuela, de abandonar la idea de bien jurídico, sirve a la legitimación de los delitos de peligro abstracto, bajo el entendido de que el injusto de la conducta se refleja en una vulneración de la regla de conducta y no en la lesividad de la misma para un bien jurídico.

b) Contenido y significado del concepto de bien jurídico

Producto de las diferentes etapas y concepciones, el bien jurídico ha asumido diferentes contenidos y significados, destacándose la teoría **formal**, según la cual el bien jurídico desempeña funciones de muy relevante importancia para la dogmática penal, como es que a partir de él se delimita el ámbito de lo legítimamente criminalizable, y, en ese ámbito limitador es en donde radica la selección de los bienes, cuyas características éticas, sociológicas, políticas o constitucionales, los hacen merecedores de tutela penal, como lo enseña LASCURAIN.²³

Esta teoría formal, define el bien jurídico a partir de la misma norma penal, es decir, como el interés efectivamente protegido por la norma y relaciona el bien jurídico al concepto de *ratio legis*, lo que deviene en una tautología, al sostener que el derecho penal protege bienes jurídicos y éstos son aquello que protege el derecho penal.

²³ LASCURAIN, Juan Antonio, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, n° 2. 1995, p. 254.

Es con BRICOLA²⁴, con quien se empieza, en Italia, a hablar del bien jurídico "constitucional", al sostener el autor que solo pueden ser objeto de tutela aquellos bienes jurídicos de relevancia constitucional: si la Constitución eleva la LIBERTAD PERSONAL a derecho inviolable del hombre y, por vía de una sanción penal este derecho puede limitarse, ello solo es viable en la medida en que se haya afectado otro bien de la misma naturaleza constitucional de la libertad, es decir, los bienes jurídicos han de ser intereses o derechos con referente en la Carta Magna.

Si el bien ofendido con la conducta del hombre es de menor relevancia que la libertad, no habrá PROPORCIONALIDAD entre ese daño o lesión (conducta que *realísticamente* afecta el bien protegido) y la pena impuesta.

Con esta formulación, el principio de lesividad, como materialización del ataque e aun bien jurídico, abandonaba su concepción ius naturalista y pasaba a formar parte del elenco de principios de derecho positivo.

Esta concepción realística se funda en:

- a) Rigidez de la Constitución italiana,
- b) Preeminencia de las normas constitucionales en materia penal y
- c) Preeminencia de la libertad personal como bien supremo del ordenamiento jurídico,

Y, dos (2) son las conclusiones que pueden resultar de esta concepción realística, en palabras de su autor:

Una: El legislador "además de no poder incriminar hechos que se concreten en el ejercicio de un derecho constitucional (...) no puede adoptar la sanción penal por hechos lesivos de valores que, sin ser antagónicos a la Constitución, no encuentran en ella algún reconocimiento explícito" - límite negativo -

24 BRICOLA, Franco; "Teoría generale del reato", 1997

Esta conclusión no estuvo exenta de críticas, como lo expone DONINI,²⁵ quien sostiene que una “constitucionalización” del bien jurídico impondría una limitación inaceptable al legislador, pues no le dejaría espacio a la creación de bienes protegidos, pero, además, pone en duda que la Constitución prevea bienes en su cuerpo.

BRICOLA responde que no se trata de un catálogo cerrado, pues son bienes jurídicamente protegidos, de rango constitucional los que “implícitamente” se remitieran a ella; pero con esta respuesta perdió mucho de la fuerza vinculante la teoría que venimos exponiendo, como quiera que quedaba en manos de la política criminal –poder político- la delimitación constitucional de los bienes.

Otra: en punto a la interpretación de la norma: "Esto significa que la máxima restricción de la libertad personal, que es aquella que opera efectiva o potencialmente a través de la sanción penal, no puede realizarse sino como extrema ratio. Para precisar este concepto, que es de ya vieja adquisición, puede afirmarse hoy, con una mayor consciencia constitucional, que la sanción penal puede ser adoptada solo en presencia de la violación de un bien, el cual, aun no de igual grado que el valor (libertad personal) sacrificado, esté al menos dotado de relevancia constitucional" ²⁶

Esta concepción realística del delito dejaba, entonces, sin piso jurídico a todas las presunciones de responsabilidad consagradas en legislaciones de corte autoritario; presunciones basadas en la personalidad del autor y/o presunciones de lesión o riesgo para el bien jurídico; esto es, dejaba sin base la consagración de delitos de peligro abstracto o presunto y aquellas conductas atentatorias contra bienes sin referente constitucional (conductas que atentan contra la moral).

Esta segunda postura también recibió críticas, en el sentido de que no puede limitarse al legislador la facultad de configuración delictual anticipando la barrera de protección penal, pues con ello se desconocen las diversas formas que puede

25 DONINI, Masimo; Teoria generale del reato. Una Introduzione, Padova: Cedam, 1996. En igual sentido FIANDACA, Giovanni; "Nessun reato senza offesa". En Fiandaca, G. y De Chiara, G. Una introduzione al sistema penale. Napoli: Jovene, 2003.

26 BRICOLA; Ob. Cit.

asumir el “bien jurídico”.²⁷ Esta crítica cobra importante actualidad en los momentos presentes, dada la evolución y adaptación del concepto de bien jurídico, que va desde bienes jurídicos indeterminados, hasta la protección penal de funciones, algunos de los cuales pueden devenir en situaciones de peligro abstracto.

De relevancia es la crítica, por cuanto ataca la integridad del principio, hecha por PALAZZO, para quien el principio de ofensividad no tiene contenido real ni predeterminado, como si lo tiene el principio de legalidad o de culpabilidad.²⁸

Es importante tener en cuenta que la Constitución vigente al momento en que BRICOLA expide sus tesis, era la de 1948 y, con posterioridad han surgido bienes jurídicos impensables en ese momento.

Se preguntan CADOPPI y VENEZIANI²⁹ si no sería admisible hoy la tutela penal del medio ambiente, y consideran que sería inadmisibile una respuesta negativa y BRICOLA no la daría; daría una respuesta afirmativa bajo el concepto de “bienes jurídicos implícitos” que son aquellos que no están de manera expresa en la Constitución, pero que encuentran asidero en la misma.

Producto de las críticas recibidas por la teoría de BRICOLA, algunos autores han vuelto a la tesis de que los bienes jurídicos han de recoger solo y únicamente derechos fundamentales, sobre la base de un derecho penal mínimo y la consideración de *ultima ratio* que debe caracterizar a éste; con ello, se limitaría mucho el uso de la herramienta penal sancionatoria y se reservaría solo para las hipótesis más graves.

Valga resaltar entonces que la crítica a esta teoría resulta contraria a la formulada a la tesis de BRICOLA: con ésta se quedarían por fuera de la protección penal muchos

27 FIANDACA; ob. cit

28 PALAZZO, Francesco; "Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali". En: Rivista italiana di diritto e procedura penale, fasc. 2, (1998) pp. 350-384.

29 CADOPPI y VENEZIANI; ob. cit, p. 107 y ss

intereses que merecen de ella, quedando restringido el ámbito de acción del legislador.

Y, la teoría del bien jurídico no ha llegado a su palabra final; hoy en día, con gran influencia germana, se viene hablando del bien jurídico en torno a puntos de referencia de carácter sociológico, soportada en que el derecho penal solo puede funcionar si está en armonía con la realidad y la conciencia social. El derecho penal necesita tener sintonía con la opinión pública, so pena de no poder desarrollar sus competencias de prevención del delito y de contribuir a la seguridad social del ciudadano.

En Italia, la doctrina se ha dividido en este punto entre quienes, por una parte, sostienen que el derecho penal ha de tener una función promocional, conforme la cual aquel no debe estar solo para proteger lo que existe, sino que tiene la tarea del desarrollo social, mediante incentivos útiles para el progreso de la sociedad y, de otra, quienes piensan que la función del derecho penal no es de reingeniería social, máxime cuando las sanciones penales son de un carácter tal que no permiten el desarrollo del mejoramiento social y, ha primado la segunda postura, lo que ha devuelto a la teoría del bien jurídico su valor como eje central de la política criminal, soportado en su amarre a la conciencia social, de cara a evitar funciones autoritarias.

Las posturas de naturaleza sociológica, vinculadas a la realidad social, funcionan tanto en positivo como en negativo; esto es, el legislador penal solo ha de prever como bien jurídico tutelable aquellos intereses que estén en sintonía con la conciencia social en un momento histórico determinado y, a contrario sensu, no erigirá como bien jurídico lo que esté alejado de aquella y, para esta labor deberá, primero, el legislador comprobar si un hecho determinado es considerado por una parte preponderante de esa colectividad como merecedor de sanción y, luego ya, enfrentar el problema si la respuesta debe ser o no el derecho penal.

Ahora bien, esos bienes jurídicos nacidos de un consenso social deberán encontrar referente, así sea implícito, en la Constitución, por lo cual se ha denominado a esta teoría la concepción constitucional – cultural del bien jurídico.

A partir de estas concepciones del bien jurídico, se le han dado los siguientes contenidos:

1) Bien jurídico como INTERÉS:

A partir de las construcciones de MAURACH³⁰ sobre la soberanía del Estado y la función de la pena en referencia a las relaciones entre éste y el ciudadano, se tiene que los bienes jurídicos son mandatos que el Estado da para asegurar su supervivencia y mantener la estructura comunitaria, a fin de poder beneficiar al ciudadano; de ahí que, solo sea viable criminalizar conductas que atenten o afecten la estabilidad de la vida social, generadoras de dañosidad social.

GIMBERNAT, por su parte, considera que la finalidad de la pena es la protección de intereses sociales y, al ser ésta, una intervención intensa, debe reservarse solo y únicamente para la protección de los bienes jurídicos de mayor envergadura, lo cual depende es una decisión cultural.³¹

Es el bien jurídico un interés, que constituye un derecho subjetivo o es socialmente legítimo; concepto relativo en la medida en que dicha “legitimidad” se pone en entre dicho cuando choca contra un interés constitucionalmente preponderante.³²

La crítica que recibe esta concepción es su imposibilidad de limitarse en la creación de bienes jurídicos, como quiera que hasta un sentimiento puede llegar a convertirse en uno tal, siempre y cuando no vaya en contravía de un interés constitucionalmente preponderante.

30 MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1994.

31 GIMBERNAT, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999

32 GIMBERNAT, Enrique, "Presentación", Trad: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007

2) Bien jurídico como ESTRUCTURAL DE LO SOCIAL:

RUDOLPHI pretendió construir un concepto de bien jurídico en el cual se reunieran dos (2) características: que fuera un límite para el legislador, por lo que debería estar antes de la norma penal y que fuera vinculante, lo cual no se obtiene del derecho natural, ni de las relaciones sociales anteriores al derecho.³³

Encuentra soporte para su creación dogmática en la Constitución, en tanto ésta ordena la República como Estado de Derecho, razón que permite vincular al Estado con la finalidad de alcanzar justicia material, lo que exige la protección y respeto por la vida y la moderación y juridicidad del ejercicio del poder.

En esta concepción, el derecho penal debe dedicarse a proteger las condiciones de vida en una sociedad basada en la libertad y esta premisa es el fundamento del bien jurídico, el cual se materializa en los fenómenos sociales que son presupuesto de la vida en común y pueden ser lesionados por conductas humanas: aquí el límite.

Importante resulta el complemento que MIR PUIG a esta concepción, en el sentido de manifestar que la existencia democrática supone la renuncia a la imposición de exigencias éticas y, por ende, los intereses puramente morales no pueden ser considerados bienes jurídicos.³⁴

3) Bien jurídico como MEDIO PARA LA PARTICIPACION SOCIAL:

Bajo esta óptica, el bien jurídico es tenido por una condición o posibilidad que le permite al individuo participar de la organización social.

33 RUDOLPHI, Hans Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", *Nuevo pensamiento penal*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, n° 5 a 8 (1975),

34 MIR, Santiago, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: editorial Ariel, 1994,

Importante referente de esta teoría es SILVA SANCHEZ³⁵ quien parte de los fines que el derecho debe cumplir de cara a su legitimidad y encuentra que éstos deben ser elaborados por el derecho positivo. Además, si la pena no es la única consecuencia del derecho penal, éste no puede limitarse a la protección de bienes jurídicos, sino que debe adicionar la finalidad de reducir la violencia estatal, para lo cual se debe servir del principio de mínima intervención y aplicar principios de garantía.

Define el bien jurídico como las condiciones que hacen posible el libre desarrollo del individuo, a partir de su participación en la sociedad, con lo cual une el concepto de dañosidad a una referencia individual y, en dicho concepto, se superponen la teoría del bien jurídico, el principio utilitarista de mínima intervención y se efectúan valoraciones de principio referidas al merecimiento de protección, con lo que se introducen criterios de importancia y gravedad.

c) Funciones del bien jurídico

Diferentes han sido las funciones que la doctrina le ha asignado al concepto de bien jurídico y, de unos años para acá en Italia y Alemania, especialmente, son varios los autores que han vuelto sobre tan importante tema; y, es que la función del bien jurídico, así como su contenido y naturaleza, marca la finalidad del derecho penal en un momento determinado, en un país determinado.

Siguiendo a ANGIONI,³⁶ de las cinco funciones tradicionales asignadas al bien jurídico: clasificatoria, exegética, sistemática, dogmática y crítica, las dos (2) últimas revisten especial interés de cara a resolver los diferentes problemas que la dogmática jurídico – penal enfrenta hoy en relación con este asunto, principalmente, el de determinar cuál es, de hecho, y cuál puede legítimamente ser, el término de la relación entre bien jurídico y ofensa (entendida como lesión o puesta en peligro).

35 SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010,

36 ANGIONI, Francesco; *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*; Giuffrè; Milano; 1983; p. 7 y ss

La función dogmática lo hace a través del método inductivo, obteniendo de la norma misma el objeto de la tutela; a *contrariu sensu*, la función crítica obtiene el objeto de la tutela a partir de un catálogo ideal o jurídico de rango superior (Constitución Política) en donde se determinan las entidades susceptibles de tutela penal.

Y, establecer el término de la ofensa es esencial para poder determinar la medida de la tutela, en punto a poder saber, en primer término, si el delito es de lesión, peligro u otra categoría y, así, determinar el grado de anticipación de la tutela penal, la anticipación jurídicamente admisible y/o políticamente oportuna; además, establecer esa relación ente bien jurídico y ofensa señala la técnica de tipificación de los hechos jurídicamente relevantes, lo que establece el marco de acción del legislador en su competencia figurativa.

1) El bien jurídico como CATEGORIA

Esta es, de *lege data*, la principal función asignada al bien jurídico y dentro de la misma, desempeña dos (2) roles de importancia:

1.1. Función de clasificación:

Desde una óptica absolutamente práctica³⁷, el concepto y contenido del *bien jurídico* permite hacer la distinción y agrupación de los diferentes delitos que conforman un plexo normativo penal y, a partir de ello, se marca o señala la ideología política de un Estado, en un momento histórico determinado; así lo recuerda ANGIONI³⁸ quien sostiene que, en Italia, bajo la vigencia del Código Penal de 1930, era clara la tendencia ideológica imperante que se reflejaba en dicho Código, el cual iniciaba la clasificación de los delitos con aquellos que atentaban en contra del Estado.

³⁷ E este sentido: ANTOLISEI; Francesco; Introduzione alla parte speciale del diritto penal; En: Rivista It.; 1953; p. 409
³⁸ ANGIONI; Ob., cit; p. 11 y ss

Ahora bien, a efectos de las funciones del bien jurídico que se han señalado, este rol de clasificación no permite atender la función crítica del bien jurídico, puesto que es la ley misma la que determina cuáles son los bienes jurídicos protegidos; no obstante, esa clasificación que tiene origen en la ley misma, no es vinculante, ni actúa como límite para el legislador, pues el extraer un bien jurídico de dicha clasificación, no significa que pierda en sí su condición de objeto de tutela.

La función dogmática tampoco se ve cumplida en este rol clasificatorio, pues los conceptos de categoría se expresan en los títulos, los cuales no tienen valor vinculante, pues no tienen función normativa, como lo enseña acertadamente PAGLIARO³⁹; aparte de eso, no es del todo reconocida una relevancia dogmática a esas clasificaciones.⁴⁰

Por otra parte, esas clasificaciones de los bienes jurídicos son tan genéricas que no permiten determinar si los delitos recogidos bajo uno de esos títulos, son delitos de peligro (abstracto o concreto) o de lesión.

1.2. Función sistemática:

De cara a hacer frente a la diversidad de contenidos de los tipos penales, el bien jurídico debía decantarse por una de dos (2) alternativas:

- Obtener una noción unitaria de bien jurídico, a partir del complejo normativo, válida y conciliable con la realidad normativa presente.
- Dejar de lado esa necesidad de definir el concepto y aplicarse a descripciones detalladas de los simples contenidos de tutela.

39 PAGLIARO, Antonio; *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*; En: *Studi Antolisei*; Vol. II; 1965; p. 389

40 ANTOLISEI: *Introduzione*; Ob.cit; p. 414

La primera alternativa ha sido una condición inalterable de la teoría del bien jurídico, desde los inicios de la misma hasta hoy, no obstante las diferentes posiciones doctrinales al respecto que han dado al concepto de bien jurídico, como objeto de tutela, diferentes nombres o “predicados”: intereses, derechos, valores, unidades funcionales, etc, pero todas siempre en la idea de un concepto unitario.

Así, desde una visión dogmática del bien jurídico, no representa un progreso si en lugar de bien jurídico se reemplaza el término por el de valor, interés, pues estos “predicados” pueden tenerse por sinónimos y, por ende, comparten su generalidad.

Ahora, desde la perspectiva crítica, la identificación del bien jurídico con el concepto de interés o valor permite circunscribir más específicamente el objeto de tutela, como quiera que solo sería posible considerar como legítimo objeto de protección aquello que se circunscriba a ese “predicado”; sin embargo, exceptuando la concepción “iluminista” que identificaba el bien jurídico con los derechos subjetivos que emanaban de fuentes externas y superiores al sistema legal vigente, todas las demás teorías o concepciones del bien jurídico han “generalizado” el concepto, hasta lograr una definición omnicomprendensiva, que deriva de la misma ley.

2) El bien jurídico como “RATIO” DE LA TUTELA

A partir de la influencia de la filosofía Neokantiana, el contenido del bien jurídico sufrió cambios que dieron origen a una nueva concepción denominada metodológica, surgida de la poca difusión que tuvo la búsqueda de un concepto sustancial de bien jurídico con función crítica y la inutilidad de un concepto general con función sistemática.⁴¹

Como lo relata ANGIONI⁴², fue primero HONIG, seguido de GRÜNHUT y SCHWINGE, quien planteó la posibilidad de utilizar el bien jurídico, de manera más

41 ANGIONI; Ob, cit; p. 22 y ss

42 Ibídem; p. 24 y ss

limitada pero más ventajosa, como instrumento metodológico en fase interpretativa; con la denominación “objeto de tutela” o “bien jurídico” solo se quiere significar y resaltar el *propósito* que el legislador ha asignado a las disposiciones penales.

Para HONIG la concepción metodológica del bien jurídico puede sintetizarse en lo siguiente:

El concepto de “objeto de la tutela” es sobre todo, aquella síntesis categórica con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza por abrazar en la forma mas concisa el significado y propósito de las disposiciones penales. Pero, solo como síntesis, el objeto de la tutela es solo un producto de la reflexión específicamente jurídica. O sea: los objetos de tutela no existen *per se* como tales, adquieren vida solo en el momento en el cual se consideran los valores de la comunidad como objetos del propósito de las disposiciones penales. ⁴³

Ahora, mientras en esa postura de HONIG se ponía en evidencia la importancia de una consideración diversa de las disposiciones penales, sin perder de vista los valores que las sustentan, lo cual no le impedía utilizar una visión dogmática, SCHWINGE concluyó que el bien jurídico, por el contrario, transforma es la *ratio legis*, confirmando la función interpretativa.⁴⁴

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por *ratio* de la tutela?

Para SCHWINGE, la *ratio* es “...la fuerza motriz o el motivo para la creación de la disposición legal”⁴⁵; a su turno, para BETTI, la *ratio* constituye, en su sentido más usual y tradicional, la intención objetiva e impersonal que surge de la norma misma.⁴⁶

43 HONIG, Richard; Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungproblems und die methodenfrage; 1919

44 SCHWINGE, Erich; Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre; 1930

45 Ibidem; OB. cit; p.22

46 BETTI, Emilio; Interpretazione della legge e degli atti giurici – Teoria generale e dogmatica; 1949

De esas definiciones de *ratio* surge, en consecuencia, el siguiente interrogante que se hace necesario dilucidar y que en palabras de PAGLIARO⁴⁷ así se establece: ¿la *ratio* es la suma de los motivos y propósitos que preceden, directa e indirectamente, al tipo penal – caso en el cual se entiende que en el bien jurídico está comprendido todo el contenido de la tutela, es decir, el tipo penal en la totalidad de sus elementos - o, es el propósito central y suficiente?

Tomando como *ratio* la segunda vía, esto es, que es el propósito central y suficiente de la tutela, huelga manifestar que, desde una posición de la función crítica del bien jurídico, esta concepción metodológica no impone límites al legislador; puede aquel otorgar tutela a situaciones que la comunidad no considera dotada de mayor valor cultural. Es más, la misma concepción no muestra intención de limitar el ámbito de operatividad de la norma.

Frente a esto, resulta importante destacar lo dicho por MANZINI en cuanto que la concepción metodológica, por propia predisposición, buscaba, al contrario, la máxima eficacia de tutela a los dictámenes de la norma penal⁴⁸; lo que significó una de las principales críticas a la concepción metodológica, al decir algunos autores: su positivismo sin límites.⁴⁹

Por último, es menester determinar si bajo esta concepción metodológica, el bien jurídico puede o no ser término de referencia del hecho ofensivo y, a efectos de ello, huelga resaltar el cambio permanente que el concepto ha tenido.

Anteriormente el bien jurídico era el sustrato del delito, hoy, en cambio, se hace un llamado al método de la interpretación penal y la construcción conceptual; hoy se habla de espiritualización o volatilización del concepto, lo que conlleva a que el bien jurídico hoy no sea el sustrato del delito, lo cual es como decir que el bien jurídico no es más el objeto de la tutela o de la ofensa.

47 PAGLIARO; ob. cit; p. 383

48 MANZINI, Vincenzo; Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930; Vol I – X; 1933 - 1939

49 MUSCO, Enzo; Bene giuridico e tutela dell'onore; 1974

3) El bien jurídico como CONTENIDO DE LA TUTELA

Se dijo atrás que bajo la concepción metodológica, la ratio de la tutela se introdujo en el concepto de bien jurídico, como uno de los elementos integrantes de éste, lo cual significaba que cada norma penal individual, con una pena como consecuencia, era un bien jurídico y a cada norma completa le correspondía un bien jurídico; ello, motivado por la defensa que los Neokantianos hicieron del nombre *bien jurídico* ante los aguerridos ataques de los juristas nacional-socialistas.

Sobre esta tesis, que persistió a esos ataques y hoy en día se mantiene, se estructuró un nuevo concepto de bien jurídico y se tiene que por éste se entiende todo aquello que el legislador protege con la amenaza de la pena, pudiendo, incluso, ser una mera expectativa de hechos que no se verifican.⁵⁰

Para ANTOLISEI⁵¹ una concepción tal, hace que el bien jurídico se convierta en un concepto absolutamente superfluo, puesto que, a efectos de la tutela, será meritorio de aquella, todo lo que está contemplado en el tipo penal, con lo cual se pasa a identificar el objeto de la tutela con el contenido de la tutela, lo cual es muy criticable, entre otros, para NUVOLONE⁵² y MANTOVANI⁵³

Esta concepción, denominada onmicomprensiva o formal, no aporta ningún elemento a la función crítica del bien jurídico, como quiera que bien jurídico es la norma misma y, aparte de no hacer referencia a ningún interés individual o social emanado de la norma misma, se desconoce cualquier límite a la penalización.

Si la función crítica del bien jurídico es un límite a la norma, ésta no puede existir cuando el concepto de bien jurídico es la norma misma; salvo que el sistema en sí mismo establezca formas de autolimitación.

50 En este sentido, CARNELUTTI, Francesco; *Il danno e il reato*; 1926

51 ANTOLISEI; *Introduzione*; Ob, cit; p. 406

52 NUVOLONE, Pietro; *Il sistema del diritto penale*; 1942

53 MANTOVANI, Ferrando; *il principio de offensività del reato nella Costituzione*; Studi Mortati; Vol IV; 1977; p. 447

Este concepto omnicomprendivo o formal es inaceptable, sobre todo, en relación con la identificación del objeto de la ofensa, pues si éste es la norma misma, por tanto, la ofensa consiste en el contraste de la conducta con la norma, la violación de la norma, el contenido de un hecho penalmente relevante siempre será de lesión y no habrá distinción entre lesión y puesta en peligro.

Ello es reconocido, incluso, por los defensores de esta teoría; a saber, GALLO sostiene que "... cada ofensa penalmente relevante es una ofensa de lesión. La puesta en peligro reenvía a intereses extranormativos o de hecho si se quiere"⁵⁴

El objeto de la tutela aparece, bajo esta concepción, como un conjunto de valoraciones y propósitos que la norma contiene y que una acción no puede más que contradecirlos o acatarlos; con lo cual todo hecho penalmente, reiteramos, es de lesión, desconociendo que, de cara a la gravedad de la ofensa, existen principios fundamentales que diferencian entre lesión y puesta en peligro.

Es por ello que, se plantea en la actualidad, un replanteamiento de la concepción omnicomprendiva del bien jurídico, en punto a determinar si el bien jurídico se individualiza a partir de todos los elementos del tipo penal, incluidos los subjetivos o, esta labor queda centrada en algunos de esos elementos, como lo plantea BRICOLA.⁵⁵

Es lo que se ha denominado un concepto nuclear, para el cual el bien jurídico es un núcleo particularmente significativo de los elementos del tipo penal, aquellos que diferencian a cada tipo penal de los demás.

54 GALLO, Marcelo; Dolo (diritto penale), in Enc. Dir; vol XIII; 1964; p. 750
55 BRICOLA; Ob, cit; p. 64

4) El bien jurídico como OBJETO TUTELADO

4.1. Concepto sustancial

Como ya se ha expresado, hasta antes de la I Guerra Mundial, el concepto de bien jurídico como objeto de la tutela u objeto externo de aquella estaba fuera de toda discusión; fue con el arribo del Neokantismo, en la fase inicial del siglo pasado, que se varió esta situación con el arribo de concepciones “espiritualistas” del bien jurídico que llevaron a que el bien jurídico pasara a ser tenido como RATIO o CONTENIDO de la tutela. Esta concepción, hacía que el concepto de bien jurídico no pudiera ser base de la dogmática del delito, con lo cual y en punto al objeto de este trabajo, hacía que los delitos de peligro fueran, siquiera, inconcebibles.

Esta tendencia no tardó en resolverse y el bien jurídico pasó a ser el objeto material o ideal de la tutela, la situación que la ley quiere proteger; en palabras de DAHM, v. gr. el bien jurídico de la vida es, en sentido sustancial, el bien de la vida lesionado o puesto en peligro.⁵⁶

El concepto de bien jurídico así concebido, ya no es aquello que debe ser tutelado mediante la amenaza de una sanción, sino lo que debe ser tutelado mediante la norma: esto es, mediante un mandato o una prohibición de orden legal; el bien jurídico no es la conducta misma, sino aquello a lo cual se refiere esa conducta, aquello a lo que se refiere la norma –objeto material o ideal -.

Ahora, bajo este concepto de bien jurídico, surge el problema que quedan amparados por la protección penal muchos mandatos ético – morales que, en algunos casos, no representan una ofensa a un bien jurídico, mas sin embargo, se convierten en el contenido de desvalor de la norma,⁵⁷ situación que conlleva a

⁵⁶ DAHM, Georg; Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, En: ZStW; 1938; p. 225

⁵⁷ En este sentido: WELZEL, Hans; Studien zum system des Strafrechts; In: ZstW; 1939; p. 491

verificar que, el contenido de desvalor de las normas penales, ya no hacía referencia a lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico, sino a simples violaciones de deber o al desvalor de actitudes interiores, incluso, a simples traiciones en las relaciones de fidelidad entre el sujeto y el Estado.

Importante resulta, siguiendo a ANGIONI⁵⁸, ver de manera esquemática las diferentes posiciones doctrinales:

- Neokantianos: Sostenían, de cara a mantener el principio según el cual la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, que no hay delito que no ofenda *in re ipsa* un bien jurídico, para lo cual se veían en la necesidad de relativizar el concepto, al punto de identificarlo, en gran medida, con el contenido del tipo penal, con el precepto mismo.
- Nacional – socialistas: A efectos de sostener que la función del derecho penal no era la protección de los bienes jurídicos, sostenían que existen en el ordenamiento normas que no se compadecen con un concepto sustancial de bien jurídico.
- Concepción liberal: Posteriormente, en un ambiente más relajado, apareció esta concepción que coincide con los nacional-socialistas en cuanto a que el bien jurídico sea el objeto de protección de la norma y que sea ofendible. Sin embargo, hacen un silogismo opuesto a dicha concepción: partiendo de un concepto sustancial de bien jurídico y, dado que la función del derecho penal es y debe ser la protección de bienes jurídicos, toda norma que no tutele un bien jurídico en sentido sustancial, debe ser eliminada del ordenamiento jurídico, dada su ilegitimidad.⁵⁹

58 ANGIONI; Ob. cit; p. 47 y ss

59 en doctrina italiana ver: MUSCO; Ob, cit; p.130

Las dos (2) primeras posturas no trascienden, como sí lo hace la posición liberal, el ordenamiento jurídico la cual, además, asume una posición crítica.

El concepto sustancial de bien jurídico mantiene los mismos problemas que se han analizado en precedencia; esto es, desde la perspectiva crítica, un concepto de bien jurídico como el elaborado por la doctrina nacional – socialista no aparece como un límite al legislador, pues es un concepto derivado de la norma misma.

Desde la perspectiva dogmática, el concepto sustancial de bien jurídico es el más idóneo para servir de punto de referencia de la ofensa en la forma de lesión o puesta en peligro; los bienes jurídicos en clave sustancial, son objetos que pueden ser afectados por el crimen, incluso destruidos.

Aparece la necesidad de individualizar el concepto de objeto de la tutela y, bajo el criterio nacional – socialista, al tener el bien jurídico base normativa exclusivamente, esta tarea se cumple explorando en la norma, en forma inductiva y en vía de interpretación.

Esta concepción permite ver que, como cada norma es un bien jurídico, un mismo bien jurídico puede ser objeto de protección en varias normas, con lo cual no existe un criterio de comparación entre ellos; además, como se admite la posibilidad de normas que no ofendan bien jurídico alguno, el problema del grado de tutela de los bienes jurídicos solo es posible plantearlos frente a una parte de las normas del ordenamiento penal, quedando las demás excluidas.

4.2. Concepto inmaterial

El concepto inmaterial del bien jurídico, nace como respuesta del Neokantismo a las críticas que las posturas nacional – socialistas hicieron a la concepción metodológica y busca mantener la idea de la tutela de bienes jurídicos como eje central del derecho penal, sin traicionar los detalles de la filosofía de los valores.⁶⁰

60 ANGIONI; Ob, cit; p. 52 ss

MITTASCH considera al respecto que: El bien jurídico se entiende aquí como aquel valor al cual se refiere la función de tutela del derecho penal⁶¹ y, como se desprende de la definición, el concepto de bien jurídico queda reducido a un núcleo autónomo de relevancia, cuya diferencia con el enfoque sustancial esta en los llamados “delitos sin bien jurídico” ante lo cual decía:

Mientras otros propósitos y valoraciones no son incondicionalmente necesarios como contenido de una disposición penal, es inconcebible una disposición penal sin un bien jurídico, esto es, sin valor de tutela. En lo que respecta al legislador, en la redacción de los tipos penales singulares puede hacer avanzar a un primer plano valoraciones éticas o propósitos meramente prácticos, sin ignorar que la razón más profunda de la punibilidad del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de los valores necesitados de tutela. De lo contrario, no sería justificable la pena que, para la comunidad que la irroga, es usualmente un daño. (...) El reconocimiento del carácter del valor propio del bien jurídico debe evitar confundir el bien jurídico con su encarnación material presente en la realidad empírica, es decir, con el sustrato del valor. El bien jurídico es algo inmaterial y vigente⁶²

Si el bien jurídico es algo inmaterial y vigente, se debe convenir con la afirmación de que, si los bienes jurídicos están por fuera de la influencia de las leyes causales, no son modificables por la ley de la causalidad, porqué requerirían de protección penal; esto lleva de inmediato a regresar a la concepción sustancial, al menos en la dimensión dogmática, pues no podría considerarse el bien jurídico como el objeto de la ofensa.

La concepción inmaterial pareciera, entonces, contradictoria en su fundamento y debe explicarse, en consecuencia, que cuando se habla de imposibilidad de lesión se refiere al bien jurídico como valor ideal y, cuando se habla de necesidad de lesión o puesta en peligro, se hace referencia al bien jurídico como sustrato y, no es concebible un valor sin un referente de sustrato de valor ni, al contrario, un sustrato de valor sin su correspondiente valor inmaterial. Así, el bien jurídico es un valor ideal.

61 MITTASCH, Helmut; Die Auswirkurgen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik; 1939

62 *Ibidem*; p. 89

Desde una óptica dogmática un valor ideal no es susceptible de ofensa, ni en forma de lesión, ni en forma de puesta en peligro; valor ideal y ofensa están en dimensiones diferentes, pues si la ofensa debe ser real, para ser tenida por tal, ofendible en su sentido propio, solo pueden serlo entidades reales, no ideales: a manera de ejemplo: la vida, entendida como valor ideal no es ofendible; lo que resulta ofendible es la vida de X o Y.

Ahora bien, la protección penal del valor vida se logra mediante una norma que prohíbe el homicidio, frente a la cual el bien jurídico protegido no es la vida como valor ideal, sino la suma de todas las vidas humanas concretas que, en un concepto abstracto son subsumibles.

Desde el punto dogmático, entonces, la concepción inmaterial del bien jurídico no ofrece ninguna indicación, ni explicativa, sobre cuáles son los objetos de tutela, como quiera que se desconoce el método de identificación de éstos.

4.3. Concepto institucional

En diversas etapas, al concepto de bien jurídico le ha sido asignado un papel institucional y varios han sido los significados del mismo, a saber:

- Complejo de normas sobre un instituto jurídico:

En punto al derecho penal, se trataría de un conjunto de normas extrapenales, tuteladas por normas penales, que funcionan como amparo o soporte de otras normas del derecho o como tutela reforzada de institutos ya protegidos jurídicamente.

Frente a esta definición, KESSLER⁶³ hace la siguiente crítica: si el derecho penal protege bienes jurídicos, es instrumento de tutela del ordenamiento jurídico y, si ese mismo derecho penal hace parte del ordenamiento jurídico, quiere decir que es instrumento de protección de sí mismo.

Ahora bien, un concepto institucional de bien jurídico, que es el ordenamiento penal en sí mismo, no permite asignar función crítica a éste y, en punto a la función dogmática del bien jurídico, al existir entidades no reconducibles a normas extrapenales, el concepto institucional no abarca la realidad completa del bien jurídico, lo cual impide la elaboración de medidas homogéneas de tutela penal.

Frente a una lesión o puesta en peligro de un bien entendido en su función institucional, no es viable considerarlo, pues se actúe de conformidad o disconformidad con la norma, ésta mantiene su validez normativa. En cuanto a esto, hay voces que señalan que no es preciso hablar de “violación de la norma”, pues ésta es inviolable, ya que se encuentra en una dimensión normativa inaccesible a lo fáctico de los comportamientos concretos.

- Conjunto de comportamientos o conductas conformes a un complejo normativo:

Representa esta definición la efectiva vigencia del complejo normativo, con connotaciones de mayor precisión y autonomía, como quiera que se refiere a aspectos de naturaleza fáctica.

Sin embargo, en una perspectiva crítica del bien jurídico, no aporta mayores elementos al análisis esta definición, como quiera que “comportamientos conforme a la norma” son la norma misma; y, desde la perspectiva dogmática del bien jurídico, un comportamiento puede estar o no conforme al complejo normativo, pero la eventual no pertenencia, no dice nada respecto a la existencia de una ofensa o, de

63 KESSLER, Rudolf; Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjectives Recht?; En: GS, 1887; p. 94

existir aquella, al género de la misma: puesta en peligro o lesión; por ende, lo que se configura como objeto de protección es el objeto de la norma, el producto de la regulación normativa.

Por último, queda por determinarse si ese complejo normativo – la institución – puede ser el objeto de la ofensa – el bien jurídico - y, se concluye que no es posible; todos los autores han rechazado la idea de que la institución, en el sentido aquí mencionado, pueda ser el objeto de la ofensa, pues un hecho que simplemente contradiga ese complejo normativo, no lo destruirá, ni ofenderá, ni lo pondrá en peligro y, es necesario, de cara a determinar qué es un bien jurídico, que éste sea ofendible y lo sea por el hecho fáctico. La lesión o puesta en peligro con un hecho fáctico, es lo indispensable para tener una institución como un bien jurídico.

5. Como instrumento POLITICO - GARANTISTA:

A partir de esta función, permite distinguir entre dos (2) conceptos:

- Objeto jurídico del delito: Es el bien preexistente a la norma y que se asume como elemento del tipo bien implícito, bien explícito.
- Propósito de la norma: Es el fin perseguido por el legislador; no es elemento del delito, sino la *ratio* de la incriminación de la conducta; se identifica con el tipo penal en clave teleológica

Así, el bien jurídico se erige como el objeto jurídico del delito; esto es, como la relación entre el sujeto y la entidad, material o inmaterial, en su actitud para satisfacer una exigencia humana.⁶⁴

En esta función, el bien jurídico corre el riesgo de agotarse como concepto, en la medida en que, a partir de la identificación (¡errónea!) con el objeto de la norma, se

⁶⁴ En este sentido: MANTOVANI, Ferrando; Diritto Penale; 9 Ed; CEDAM; Padova; 2015

legitiman varios delitos sin bien jurídico, elevados a dicha categoría por criterios preventivos y de necesidad de protección; máxime a partir de un concepto giuspositivista del bien jurídico, que ha conducido a dar énfasis a delitos con bien jurídico difuso y/o vago o a delitos centrados en meras desobediencias de la norma.

Ahora bien, a efectos de cumplir con esta tarea o función, se insiste, el bien jurídico requiere de su pre-existencia ontológica y de su vinculabilidad con el legislador, lo cual se cumple, bajo las directrices de la doctrina italiana, con el concepto de bien jurídico “constitucionalmente orientado”⁶⁵, que hace que los bienes jurídicos protegidos sean deducibles de la Carta Magna o de la situación socio – cultural; sin creer, claro está, que esa “constitucionalización” del bien jurídico es la salida perfecta al problema de la tutela penal, pues esa Constitución no es un catálogo de bienes y tiene la dificultad de no servir de instrumento para la transposición de bienes emergentes, dado su carácter rígido.

Bajo estos criterios de análisis, en su función político – garantista, el bien jurídico permite:

- a) Criminalizar hechos ofensivos para ciertas tipologías objetivas bien derivados de la Constitución Política o de la realidad socio – cultural actual: bienes tradicionales o emergentes; bienes medio o bienes fines; bienes individuales patrimoniales o supraindividuales, dirigidos todos a garantizar la dignidad, conservación y desarrollo de la persona humana;
- b) Eliminar del complejo normativo sancionatorio, aquellas conductas que no tutelan intereses constitucionales o que son contradictorias con esos o no son relevantes constitucionalmente;
- c) Despenalización, vía la transformación de ilícitos penales en administrativos;

65 MANTOVANI; Ob. cit

- d) Servir de criterio dispensador de la pena, conforme el rango asignado al bien jurídico, conforme la Constitución, la cantidad de ofensa recibida o presumiblemente recibida;
- e) Cualificar como delito o contravención las conductas que se pretende sancionar, con base en criterios de importancia del bien jurídico y el grado de ofensa;
- f) Adecuar, dentro de los límites de la tipicidad, los nuevos valores constitucionales a la legislación penal.

d) Requisitos para la tutela penal

Resulta importante, como corolario de este repaso sobre el bien jurídico y su contenido y función, determinar ¿qué es lo que hace que un interés deba ser objeto de tutela penal? ¿Qué requisitos deben cumplirse y verificarse para dar a un interés la mayor protección con que cuenta un Estado?

Las dificultades para esta determinación inician por tener en cuenta que: en un plano ontológico, no es viable encontrar la respuesta, pues no existen criterios positivos que delimiten y legitimen un bien jurídico; tampoco la respuesta se halla en un plano axiológico, pues no existe un criterio de política criminal y dogmático anterior a la creación del bien jurídico mismo, ni hay pautas objetivas y firmes para identificar los valores protegidos.

Así, la determinación de cuáles han de ser los bienes jurídicos protegidos en una sociedad, en un momento determinado, obedece a respuestas valorativas que definen el marco constitucional del momento: se trata de un ejercicio e ponderación de intereses, definido por variable no objetivadas.

Importante resulta lo dicho por STRATENWERTH, quien sostiene que, tampoco, el concepto de bien jurídico aporta luces para la resolución del problema, ni para efectos de determinar el nivel de la tutela que se deba dispensar a esos bienes jurídicos⁶⁶; ello por cuanto cada grupo humano necesita, en un momento determinado, normas arraigadas culturalmente, por lo que los bienes jurídicos no pueden ser inmutables.

Ahora bien, a partir de una concepción subjetiva del bien jurídico y sobre bases de naturaleza sociológica o funcionalista, se puede delimitar el concepto de bien jurídico conforme los derechos fundamentales de rango constitucional, pues existe allí una herramienta para verificar la conveniencia o no de dicha protección; sin embargo, esa eficacia es limitada, pues la Carta Magna no es herramienta idónea para determinar la naturaleza y el alcance de la protección.

Considera BAGES SANTACANA que el hecho de unir el concepto de bien jurídico a un control constitucional, no implica dejar por fuera de aquel a los intereses jurídicos supraindividuales, ni a dar preeminencia a los individuales sobre éstos, sino que, simplemente, estos deben orientarse a la satisfacción de las necesidades de participación de los hombres en la sociedad. De esta manera, el concepto de bien jurídico puede racionalizar el sistema penal, indicando en qué consiste el daño provocado por la conducta y el grado de aproximación de ésta al daño o lesión del bien jurídico.⁶⁷

En este sentido dice PAWLIK que la teoría del bien jurídico solo puede operar como límite a la incriminación de comportamientos, si describe la dañosidad social y el merecimiento de pena como una perturbación de las relaciones entre las personas en Derecho, y no únicamente como una lesión de objetos externos a los que una sociedad adjudica valor⁶⁸, con lo cual deja en claro que, de cara a determinar qué

66 STRATENWERTH; Günter; Derecho Penal – Parte General I; El hecho punible; Trad: Cancio Melia y Sancinetti; Ed. Thomson Civitas; Pamplona; 2005

67 BAGES SANTACANA; Ob., cit; p. 161

68 PAWLIK; Michael; El delito ¿lesión de un bien jurídico?; En: InDret; No 2; 2016

puede ser objeto de tutela penal, ha de verificarse que la conducta comporte un grado de dañosidad social tal que perturbe las relaciones interpersonales; además, permite concluir que el origen de todos los bienes jurídicos es de naturaleza social, dejando de lado, como fuente exclusiva, el libre albedrío del legislador, quien solo será el receptor de las decisiones sociales, de cara a elevarlas a normas.

Dado ese origen social del bien jurídico es que JESCHECK dice sobre el bien jurídico:

Su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la *ratio legis* sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal. Según ello, el bien jurídico debe entenderse como un valor abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad.⁶⁹

Visto esto, puede decirse que bien jurídico es un producto histórico, derivado de un complejo sistema de relaciones sociales, en un momento determinado, que no son estáticos, pues dependen del momento social en que se erijan y determinan las relaciones sociales dignas de protección penal; definición esta que permite a JESCHECK decir:

Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos materiales, sino como la relación de las personas con éstos... no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad.⁷⁰

69 JESCHECK, Ham Heinrich; Tratado de derecho penal – Parte general; Trad: Olmedo Cardente; 5 Ed; Ed. Comares; Granada; 2002

70 *Ibidem*; p. 277

El bien jurídico establece la relación social que merece ser protegida y, a su turno, el tipo penal recoge la negación de la misma; pero la situación ha de tener una trascendencia social, en términos de dañosidad social, por lo que el bien jurídico no puede ser cualquier tipo de relación social, sino las más trascendentes. En suma, la relación entre bien jurídico y delito, es una relación dialéctica de afirmación y negación de la misma relación social específica.

e) El bien jurídico en los delitos de peligro abstracto⁷¹

Es pacífica la manifestación de que los bienes jurídicos protegidos que pueden sufrir ataques de peligro abstracto, son los bienes jurídicos supra individuales; es decir, aquellos que no tienen un titular individual, sino que pertenecen a una colectividad y que, para un amplio sector de la doctrina son bienes jurídicos difusos, aparentes, en especial cuando no pueden ser reconducidos a bienes jurídicos individuales.

Esto no ha impedido que la doctrina avance en su conceptualización y materialización: lo que ha ocurrido es que es necesaria una legitimación adicional, la de la anticipación de la barrera de protección.

SCHÜNEMANN es un claro exponente de la corriente que admite esa anticipación, pues con ello se puede dar una mejoría en la protección de bienes jurídicos en los casos en que puede definirse una conducta *provocadora* de resultados negativos, en cuya realización nadie tiene intereses fundados.⁷²

Ahora bien, son claras las dificultades que tienen los delitos de peligro abstracto en la dogmática penal, en punto a la ofensa del bien jurídico, en especial en aquellos casos en que la conducta, no obstante ser presuntamente peligrosa, resulta en

71 Para la definición de delitos de peligro abstracto, remitirse al capítulo III

72 SCHÜNEMANN, Bernd; Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctima-dogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal; En: Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Ed. Atelier; Barcelona; 2012; p. 73

concreto inocua para generar ofensa, dado que el autor adoptó las medidas de precaución y prevención necesarias para impedir el resultado.

Y, en esa legitimación, el concepto de bien jurídico resulta indispensable, de cara a evitar la proliferación anti-técnica de este tipo de delitos, haciendo del derecho penal la *prima ratio*, caso en el cual se hace necesaria una reducción teleológica del tipo; esto es, que el bien jurídico se convierta en su referente central, a partir del cual establecer sus presupuestos objetivos y subjetivos. Es absolutamente necesaria la delimitación y conceptualización del bien jurídico, de cara a que despliegue sus funciones dogmáticas, en especial, servir de pauta de interpretación del tipo.

A cambio, GRACIA MARTIN, sostiene que no es recomendable la proliferación de este tipo de delitos, por cuanto:

...si en los delitos de peligro abstracto el injusto penal se conforma por la simple y vaga referencia al concepto de “seguridad” o “interés general”, tales modalidades delictivas carecen de límites, y por lo tanto pueden entrar en conflicto con el principio de legalidad, en la medida en que se reducen considerablemente las exigencias de la punibilidad: al carecer de referencia lesiva determinada, lo que en realidad se pena es la desviación de las reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales, la simple infracción del deber y, en definitiva, la simple desobediencia a la norma. La inflación de conductas punibles a que dan lugar los delitos de peligro abstracto, pone claramente de manifiesto que el moderno Derecho penal del riesgo se ha convertido en *primera* –y tal vez la única- *ratio* en la defensa del orden social, y por esto sería contrario a las garantías de protección subsidiaria de bienes jurídicos y de *ultima ratio*.⁷³

Es decir, la falta de un referente claro en un bien jurídico susceptible de lesión o puesta en peligro por la conducta descrita, hace que este tipo de delitos solo respondan, en principio, a criterios de *necesidad*, que no de legalidad; y, es que, el tipo penal debe proteger un bien jurídico, cuya correspondencia con los valores

73 GRACIA MARTIN; Ob, cit; p. 35 y 36

sociales no esté en duda y, a esos efectos, es necesario que ese bien jurídico sea ofendible por esa conducta prohibida u ordenada.

Coincidimos con BAGES SANTACANA en decir que la Constitución no ofrece un catálogo cerrado o expreso de bienes jurídicos merecedores de sanción penal, pues su amplitud y flexibilidad no le permite determinar de manera directa cuáles son las relaciones sociales merecedoras de sanción, pero, no pueden ser considerados como bienes jurídicos, relaciones sociales que no tengan un referente constitucional, expreso o tácito; ni, tiene porque darse protección penal a todas las relaciones sociales expresamente consagradas en la Carta Magna.⁷⁴

Lo característico de los bienes jurídicos supraindividuales, es que las perturbaciones afectan a un colectivo de individuos, puesto que su titularidad es compartida por un grupo de éstos, por lo que debe entenderse que ese ataque lo que provoca es una perturbación al desarrollo del conjunto de la comunidad⁷⁵ y, es que al derecho penal, también le interesa la protección de ciertos sectores de la actividad social, indispensables para el desarrollo de los individuos, lo que permite concluir que, los bienes jurídicos supraindividuales, también tienen interés por el individuo y sus necesidades.

Así, a efectos de poder admitir este tipo de delitos, deberá relativizarse el concepto de bien jurídico, de cara a entender que en ese instituto se recogen objetos de protección, tanto individuales, como supra individuales y, su complementariedad no les niega un cierto grado de autonomía y contenido. Es importante insistir, en que los bienes jurídicos supraindividuales han de tener un referente individual, con lo cual se garantiza un grado de nocividad social suficiente, al ser la conducta perturbadora de la convivencia colectiva,⁷⁶ so pena de estar frente a conductas absolutamente inofensivas, pues siendo así, no comprometerían las posibilidades

74 BAGES SANTACANA; Ob, cit; p. 166

75 En este sentido: Ibídem; p. 167

76 En este sentido ver: SCHÜNEMANN, Bernd; ¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado liberal de derecho. Trad: Dela Torre Benítez; Ed. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, D.C.; 2007; P. 61 Y SS

de desarrollo de los individuos; como dice HEFFENDEHL, los bienes jurídicos supraindividuales solo son viables en la medida en que se funcionalicen desde el individuo,⁷⁷ y, ello puede ser posible si, en el momento de la ejecución de la conducta, se genera, eleva o neutraliza un riesgo penalmente relevante de lesión de un bien jurídico individual.

Ahora bien, dado que el derecho penal no puede permanecer ajeno a la necesidad de protección de bienes jurídicos supraindividuales, necesarios para la protección de sus referentes individuales, deben existir límites a la creación de esos bienes jurídicos supra individuales, a saber:

- a) La necesidad de que expresen un interés socialmente preferente;
- b) Que no entren en contradicción con los valores constitucionalmente consagrados

De esta manera, se limita la libertad de los ciudadanos para elegir los intereses penalmente protegidos, evitando una proliferación de conductas sancionables por el derecho penal que no revistan las necesarias consideraciones para merecerla, pues debe ser claro que la configuración de bienes jurídicos ha de responder a percepciones sociales mayoritarias, pero sin que esas contradigan la Constitución Nacional; es este el límite negativo que la Carta Magna impone para la creación de bienes jurídicos, bajo el cual, no es necesaria la relación de cada tipo penal con un valor Constitucional, pero sí debe verificarse que ese bien jurídico no sea incompatible con el conjunto de valores expresados en la Carta y, que todos los bienes jurídicos, sean esenciales para la participación del individuo en sociedad.

Es por ello que se han de respetar y cuidar los límites que imponen las fuentes valorativas de las cuales se nutren las normas penales, a saber:

⁷⁷ HAFENDEHL, Roland; La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?; Trad: Alcacer Guirao, Martín Lorenzo y Ortíz de Urbina; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2007

- a) Criterios formales: vinculados a los procedimientos democráticos

- b) Criterios materiales: vinculados directamente con el marco de convivencia dado a partir de la Constitución Política.

Y, con ello se garantiza el rechazo a las pretensiones de expansión del Derecho penal, en punto a una opción político – criminal de tender a un derecho penal preventivo; además, se permite que, a través de la participación democrática de los ciudadanos, el derecho penal responda a los cambios sociales y responda, de manera eficaz y adecuada a las necesidades coyunturales que plantean esos cambios.

Huelga concluir que la consagración de bienes jurídicos supra-individuales responde a la necesidad democrática de no dejar espacios de impunidad, propios de una concepción de bienes jurídicos individuales, exclusivamente; que hoy en día son cada vez más los riesgos que el progreso y el desarrollo traen consigo y que afectan, de manera indirecta, el desarrollo del individuo dentro de esa sociedad, por lo que se hace necesario adelantar la barrera de protección penal para proteger bienes jurídicos supra-individuales, con referente individual, que son lo que, al final, resultan tutelados.

Entonces, los bienes jurídicos son, siguiendo a BAGES SANTACANA, “..intereses condicionantes de las posibilidades de participación social individual, los cuales han sido identificados socialmente como necesitados de amparo penal con arreglo a procedimientos democráticos” y, en el caso de los bienes jurídicos supraindividuales, “... esa protección de las posibilidades individuales de participación social se articula ... a través de la tutela de los modelos o marcos organizativos de algunos sectores específicos de interacción social –como pueden

ser la seguridad vial, la salud pública, el medio ambiente o el orden socioeconómico-

78

Por último, es menester señalar que, entre los bienes jurídicos supraindividuales, existen unos que pueden ser denominados *autónomos*, en tanto su objeto está determinado por ciertos sectores de interacción social e, *intermedios*, en la medida en que su función última radica en la protección de intereses individuales.

78 BAGES SANTACANA; Ob, cit; p. 180. En el mismo sentido: HEFFENDEHL; La teoría del bien jurídico; Ob. cit. P. 115

CAPITULO II

DEL PRINCIPIO DE NECESARIA LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

a) Evolución del principio y sus características

El derecho penal, como expresión del *ius puniendi* y en su función de protección de los bienes jurídicos, como pacíficamente lo reconoce la doctrina italiana⁷⁹, ha de tener unos límites en su ejercicio, de cara a evitar un desbordamiento de la función represiva del Estado, que haga nugatoria la libertad de los ciudadanos y haga del proceso penal un espacio de represión “legítima”⁸⁰.

Desde las épocas del Iluminismo, se han establecido varios de estos límites que, a lo largo de la historia del derecho penal, se han mantenido vigentes, no obstante, los ataques e intentos por eliminarlos. Uno de ellos, de gran importancia y relevancia es el *principio de acto*, conforme al cual lo que al derecho penal le ha de importar es el hecho, la conducta de la persona y no la persona en sí misma; es decir, el objeto de reproche ha de ser lo que la persona hace o deja de hacer con efectos en el mundo exterior y no lo que significa esa persona en términos de peligrosidad social.

Derecho penal de acto que para FERRAJOLI, delimita el ámbito del castigo penal a las conductas nocivas cometidas por el sujeto, más no al sujeto nocivo. Al respecto dice el autor italiano:

De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresando por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que se hace. La “libertad”, dice el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás”. Por ello, se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos. Y se pueden prohibir y

79 Al respecto ver: MAZZACUVA, Nicola; Diritto penale e costituzione; En: Insolera, G; Mazzacuva, N; Pavarini, M; Zanotti, M.; Introduzione al sistema penale; 3 Ed; Giappichelli; Torino; p. 83 - 125

80 Al respecto véase: VALENTI, Alessandro; Principi di materialità e offensività. En: Insolera, G; Mazzacuva, N; Pavarini, M; Zanotti, M.; Introduzione al sistema penale; 3 Ed; Giappichelli; Torino; p. 274 - 312

castigar, en virtud de los principios de ofensividad y de estricta legalidad, únicamente los comportamientos lesivos y jamás las identidades o las condiciones personales, no siendo admitidas las identidades de por sí lesivas, o ilícitas, o a-normales, o desviadas, o extrañas, como en distintos modos lo plantean las distintas antropologías de la desigualdad.⁸¹

MANTOVANI⁸² enseña que dicho *derecho penal de acto* está soportado en cuatro (4) principios fundamentales: legalidad, materialidad, ofensividad y subjetividad, que delimitan el ilícito penal.

Y, en punto a la legalidad, expresada en la máxima *nullum crimen sine lege*, señala que este principio encontró su primera consagración positiva en el Código de 1848, pero fue hasta el Código de 1889 cuando tuvo su solemne consagración; ahora, durante la época del Código de 1930 logró sobrevivir y, posteriormente, fue elevado a la categoría de *fundamento del sistema penal italiano* al recibir consagración en la Constitución Política.⁸³

Este principio de legalidad tiene un doble aspecto o connotación:

- Legalidad *formal*: cumple una función garantista para el ciudadano al evitar el arbitrio de los poderes judicial y ejecutivo y enseña que solo podrá punirse aquel hecho que, al momento de su comisión, esté establecido en la ley como delito. Esto implica, por un lado, que no es punible la conducta que no esté consagrada como delito en la norma previamente y, por el otro, que será punible la conducta consagrada en la ley, aun cuando no resulte socialmente peligrosa.

De esta connotación, se deriva un concepto formal de delito, según el cual se tendrá como tal todo aquello y solo aquello previsto en la ley, lo que dibuja

81 FERRAJOLI; El principio; p. 110

82 MANTOVANI; Ferrando; Diritto penale; 9 Ed; CEDAM; Padova; 2015

83 *Ibidem*; p. 3 y ss

un aspecto preceptivo o abstracto del delito, entendido como el hecho típico descrito en la norma, convirtiéndose la tipicidad en carácter esencial del delito y, un aspecto fenoménico o concreto, según el cual el delito es un hecho histórico que se verifica en la realidad social: el delito es un hecho conforme al hecho típico.

- Legalidad *sustancial o material*: asegura una mayor justicia social, enseña que será delito todo aquello y solo aquello que resulte socialmente peligroso, de lo cual se derivan dos (2) consecuencias, a saber: una, que son punibles las acciones socialmente peligrosas, aun cuando no encuentren consagración positiva en la ley y, otra, que no son punibles las conductas que, aun cuando se encuentren en la ley, no generen un peligro social.

En concreto, desde esta óptica sustancial, será delito el hecho histórico que, previsto o no en la ley, resulte peligroso para la sociedad.

Sostiene MANTOVANI que esta legalidad sustancial expresa una elección político – colectivista – utilitarista a favor de la “defensa social y la exigencia de una mayor justicia real y sustancial⁸⁴ y, es la adoptada en la Constitución Política Italiana, aun cuando no de manera extrema, sino en una conjugación formal – sustancial que hace un gran esfuerzo de síntesis entre legalidad y justicia.

Con relación al segundo de los principios, esto es el de materialidad, dice el autor⁸⁵ que es la piedra angular del delito, como quiera que el hecho material es requisito indispensable del desvalor penal y da lugar a una concepción objetivista del delito, que postula como término último la lesión del bien jurídico, de lo cual la materialidad es soporte y fundamento

84 *Ibidem*; p. 6

85 *Ibidem*; p. 6

Así, el delito estaría constituido por cuatro (4) elementos:

- Conducta: que cumple función clasificatoria, limitativa y dogmático – aplicativa;
- Acción: entendida como movimiento del cuerpo, idóneo para ofender el interés protegido por la norma o el interés perseguido por el legislador;
- Omisión: entendida como el no cumplimiento de aquello que el legislador ha ordenado cumplir;
- Evento: entendido como el resultado, la consecuencia de esa acción u omisión y tiene dos (2) concepciones, una naturalística (mayoritaria en la doctrina), entendida como modificación del mundo exterior, evento ligado a la conducta mediante relación de causalidad, constitutivo del delito y puede ser ofensivo (peligro o daño) o no; y otra, jurídica, entendida como lesión o puesta en peligro del interés tutelado.

Para CADOPPI y VENEZIANI⁸⁶ la materialidad es un principio que debe caracterizar a todos los delitos y que se desprende de la máxima *nullum crimen sine actione*, propia de un derecho penal de acto, y que se sustancia en la exigencia de que todo delito conste, al menos, de un hecho observable, externo, objetivo, pues, de lo contrario, se sancionarían datos internos, del pensamiento o el deseo de la persona.

Realizan los autores un análisis de la materialidad del delito y sostienen que la Constitución Italiana no consagra, de manera expresa, este principio, pero que su vigencia se deduce del art. 25, inc. 2, cuando habla de “hecho cometido” y que este “detalle terminológico” no significa que el mismo no encuentre respaldo en la Carta Magna.

⁸⁶ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo; Manuale di Diritto Penale – Parte Generale e Parte Speciale; 3 Ed; CEDAM; Padova; 2007

Sostienen que el Principio de Materialidad es manifestación clara de la “laicidad” del ordenamiento jurídico italiano, que separa delito de pecado, dejando reservado para éste último el fuero interno de la persona, su pensamiento, su conciencia, mientras el primero debe tener una manifestación externa, lo cual demuestra el carácter *objetivo* del derecho penal, sin dejar de lado, claro está, el aspecto subjetivo.

De la legalidad sustancial se deriva otro principio de gran importancia y relevancia: esto es, el **Principio de Ofensividad**, conforme al cual solamente podrán punirse aquellas conductas que resulten lesivas – por lesión o puesta en peligro – de un interés – bien jurídico – cuya relevancia sea de tal entidad que el Estado le haya entregado su guarda al derecho penal.

Este principio toca con dos (2) pilares de la dogmática penal, cuales son el bien jurídico y la ofensa de éste.

Frente al primero de los institutos, el bien jurídico, es menester dividir su concepción en el tiempo, como quiera que mientras se mantuvo la preponderancia de la obra de ROCCO⁸⁷, tuvo importancia en sede de interpretación del tipo, pero ninguna en sede de función crítica; y, a mediados de los años 60' esta situación varía, con la formulación de las tesis de BRICOLA⁸⁸ sobre la constitucionalización del Principio de Ofensividad, cuyos antecedentes, en punto a la función crítica del bien jurídico, se pueden encontrar en BETTIOL,⁸⁹ quien funda su sistema de derecho penal en la idea de valor y para quien el bien jurídico es “la expresión penal corriente del valor” y fin al que la norma tende.

Siguiendo a BRICOLA, el principio de ofensividad encuentra fundamento en la Constitución (el autor expone su teoría bajo la vigencia de la Constitución de 1948)

87 ROCCO, Arturo; *l'oggetto del reato e la tutela giuridica penales. Contributo alle teoria generali del reato e della pena*; 1 ed; F.lli Bocca; Milano; 1913

88 BRICOLA, Franco; *"Teoría generale del reato"*; B de F.; Montevideo – Buenos Aires; 2012

89 BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal*; Trad. José Luis Guzmán Dalbora; Hammurabi; Buenos Aires; 1995

y, a partir de esa referencia es que éste acuña el término “*constitucionalización del derecho penal*”⁹⁰, dada la verificación de una estrecha e importante vinculación entre aquel y la Carta Magna, pues de ella se desprende y emana, convirtiéndose en un límite a la facultad creadora del legislador, permitiendo a éste erigir como delito solo aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico constitucionalmente reconocido –ora implícita, ora expresamente- y, en una herramienta de gran uso y poder para el juez – en especial el constitucional - quien puede, incluso, excluir del ordenamiento (por un juicio de inexecutableidad) aquellas conductas que, pretendiendo ser delitos, no ofendan bienes jurídicos.

El fundamento de BRICOLA está en que si, vía el derecho penal, el Estado puede afectar la libertad personal – entendida como derecho fundamental y bien supremo protegido desde y por la Constitución -, ello solo es posible en la medida en que la conducta de la persona afectada, efectivamente haya lesionado o puesto en peligro - de forma concreta – otro bien jurídico del mismo rango; es decir, no es dable para el Estado afectar la libertad personal en aras de la tutela de cualquier interés, ni por cualquier tipo de ofensa.

Como ya dijimos, BRICOLA sostiene su teoría sobre los siguientes ejes: la rigidez de la Constitución italiana, la relevancia de las normas constitucionales en materia penal y la prevalencia de la libertad personal como bien supremo del ordenamiento jurídico, como lo establece la propia Carta Fundamental, lo que genera dos (2) consecuencias fundamentales:

[e]n sede de formación de la norma el legislador “además de no poder incriminar hechos que se concreten en el ejercicio de un derecho constitucional (...) no puede adoptar la sanción penal por hechos lesivos de valores que, sin ser antagónicos a la Constitución, no encuentran en ella algún reconocimiento explícito”, es decir, un límite negativo. [L]a segunda consecuencia dice relación con la interpretación de la norma: “Esto significa que la máxima restricción de la

90 BRICOLA; Ob, cit.

libertad personal, que es aquella que opera efectiva o potencialmente a través de la sanción penal, no puede realizarse sino como extrema ratio.

Ahora, en punto a esta vinculación del Principio de ofensividad y la Constitución, algunos autores consideran que, si bien este principio no está expresa y taxativamente consagrado en la Constitución Italiana, es a partir de la interpretación de varios de sus cánones que se puede deducir su consagración en la ley fundamental, a saber: El artículo 27, en su párrafo 1º, consagra el carácter personal de la pena y refuerza la necesaria lesividad del ilícito; igualmente, el párrafo 3º, referido a la función de la pena, en especial a la “retribución”, exige un hecho realmente ofensivo, so pena de no tener contra qué hacer el comparativo de la proporcionalidad de la retribución; de igual manera, al revisar el texto del artículo 25 – 2 que hace referencia al concepto de “fatto”, no puede tenerse éste como simple estado subjetivo o elemento de la peligrosidad, sino como hecho objetivo lesivo anterior a la entrada en vigor de la ley.

Frente a esto, MANTOVANI⁹¹ sostiene que, también el art. 13º constitucional es manifestación del principio de lesividad, teniendo en cuenta que la inviolabilidad personal solo y únicamente puede ser limitada con el fin de tutelar un interés jurídicamente relevante, es decir, cuando efectivamente haya habido ofensa de un interés concreto.

Importante resulta decir que, con esta consagración constitucional de la ofensividad o lesividad se buscaba, entre otros fines, desterrar del ordenamiento jurídico – penal, el recurso a las *presunciones*, tanto subjetivas (sobre la personalidad del autor de la conducta), como sobre la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, con la consecuencia que ello pudiese traer para el uso de la figura de los delitos de peligro abstracto que, como hemos se ha sostenido por la doctrina, parten de la presunción – de derecho, además – de la probabilidad de lesión del bien jurídico y, de los delitos sin bien jurídico reconducible a la Constitución Política.

91 MANTOVANI, Ferrando; Il principio de offensività del reato nella Costituzione. En: Scritti in onore de C. Mortati

También debe decirse que esta teoría de la “constitucionalización del derecho penal” no estuvo exenta de críticas, en especial frente al tema del bien jurídico⁹², pues, se decía que era, al menos, dudoso que la Constitución estableciera bienes en su texto y que, en caso de hacerlo, ello comportaría una limitación “inaceptable” a las facultades del legislador, que chocaría con el principio democrático de la separación de poderes; así lo sostiene FIANDACA, para quien ello constituiría una “jaula teológica – de teología laica – que anularía la dialéctica democrática⁹³, amén de la ambigüedad y vaguedad de los intereses en ella consignados, como sostiene PARODI.⁹⁴

Igualmente, se criticaba en demasía la limitación al legislador para establecer tuteladas anticipadas de protección de los bienes jurídicos – peligro abstracto -, por cuanto con ello se desconocían diferentes formas que éstos podían asumir.⁹⁵

Volviendo a la referencia constitucional del principio de ofensividad, FERRAJOLI sostiene que ello hace parte de esa “...gran conquista de la modernidad jurídica que es la separación axiológica entre el Derecho y la moral”⁹⁶, que se erige como garantía de convivencia en una sociedad - en la que existen e interactúan varios puntos de vista morales - en la que solo serán punibles las conductas que en concreto resulten ofensivas a los demás, garantizando un espacio intangible de libertad.

Dice el Tratadista italiano a este respecto:

De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismo o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran

92 A este respecto es importante lo dicho por DONINI, Masimo; Teoria generale del reato – Una introduzione; CEDAM; Padova; 1996.

93 FIANDACA, Giovanni; Nessun reato senza offesa. En: Fiandaca, G. y De Chiara, G.; Una introduzione al sistema penale; Jovene; Napoli; 2003; pp. 103-157. P. 119

94 PARODI GIUSINO, Manfredi; I reati di pericolo tra dogmatica e política criminale; Giuffrè; Milano; 1990. P. 144

95 En este sentido FIANDACA; Nessun reato senza offesa; Ob. Cit, p.143

96 FERRAJOLI, Luigi; El principio de lesividad como garantía penal; En: Revista Nuevo Foro Penal; No 79; julio– diciembre; Medellín; Ed. Universidad EAFIT; 2012. P. 100-114

todos en la esfera de libertad de todos y cada uno. De ello proviene el derecho de todos a cultivar pensamientos malvados y de realizar actos (considerados por algunos) inmorales, siempre que éstos no generen daños a terceros, sin que la cuestión interese en ningún modo a las instituciones jurídicas y muchísimo menos a las instituciones penales. Es esta neutralidad moral, ideológica y cultural del Derecho la que garantiza la laicidad de las instituciones públicas y la que, al mismo tiempo, permite fundar la autenticidad de la ética laica. Entendiendo por “laicidad”, en ambos casos, la recíproca autonomía entre el Derecho y la moral, y entonces el rechazo meta-ético de dos confusiones contrarias. Por un lado, está la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de la moral que en realidad se reduce a la imposición de una determinada moral y a la idea de que la acción moral debe ser sostenida por el brazo armado del Derecho antes que por su valor como fin en sí. Por otro lado, está la pretensión ético-legalista contraria de la valoración y legitimación *a priori* del Derecho en cuanto tal, que se reduce de hecho a la desvalorización y deslegitimación moral de la crítica y del disenso.⁹⁷

Y, frente al punto concreto de la lesividad u ofensividad del acto que puede ser punido, dice:

Gracias a esta precisión es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *condicio sine qua non* de la intervención penal.⁹⁸

97 *Ibidem*: p. 109

98 *Ibidem*: p. 111

Estas precisiones permiten concluir, en primer término, que a efectos de poder tener una conducta como criminal (derecho penal de acto), ésta debe (condición sine qua non) lesionar efectivamente o, al menos, poner en peligro (lesividad) un bien jurídico, lo que en palabras de CARRARA se define como “peligro corrido”; es decir, el bien jurídico, al menos, debe “haber corrido un efectivo peligro” a causa del comportamiento del autor de la misma,⁹⁹ lo cual, para aquel, excluye del ordenamiento, por ilegítimos, los delitos de peligro abstracto, como quiera que en éstos ni el peligro, ni el daño forman parte del delito. A este respecto, ya veremos lo propio en el capítulo III.

Coinciden con este planteamiento, CADOPPI y VENEZIANI¹⁰⁰ para quienes el Principio de lesividad, como concreción de la máxima del derecho penal “*nullum crimen sine iniuria*”, impone que el delito deba ser ofensivo para cualquier cosa, persona o, eventualmente, para la comunidad en sí misma; lesividad que, al menos, deberá presentarse en potencia; toda conducta debe perjudicar un bien jurídico, como quiera que el Derecho penal solo y únicamente se justifica en represión y prevención de hechos dañinos para otra persona o la sociedad; incluso, consideran que los hombres han de ser libres para escoger sus acciones a desarrollar, aun cuando éstas sean censurables por no ser “ortodoxas” frente a la moral común, pero, solo y únicamente puede intervenir el derecho penal si esas acciones han causado un daño a otro o a la sociedad misma.¹⁰¹

Resaltan los autores que esta concepción del principio de ofensividad, tiene su base en el principio liberal de “laicidad” que cada vez es más difuso en la doctrina italiana y, plantea diferentes aspectos de naturaleza práctica, a saber: Deja en “riesgo” categorías tales como los delitos de peligro abstracto, los de sospecha, lo de dolo específico, los de atentado, delitos sin víctima, entre otros.

99 CARRARA, Francesco; Programma del corso di diritto criminale, Parte generale; Firenze; Fratelle Cammelli; X ed.; 1859

100 CADOPPI y VENEZIANI; Ob, cit; p. 96

101 ibídem, p, 97

No significa lo anterior que, por ejemplo, no sea necesario, en casos determinados, crear tipos penales de peligro abstracto, pero ello deberá ser residual y solo cuando la necesidad de protección lo exija y no sea posible atender dicha exigencia mediante la creación de un tipo de daño o de peligro concreto.

Y, es tal la trascendencia del principio citado, que MARINUCCI Y DOLCINI, sostienen que, frente a éste, el juez debe solamente ajustarse al siguiente criterio interpretativo:

“La letra de la ley representa solamente el límite externo impuesto a la obra del interprete; dentro de ese límite, para reconstruir los hechos penalmente relevantes, la ofensa al bien jurídico representa un indispensable criterio selectivo, que determina la expulsión de los comportamientos inofensivos del tipo legal.”¹⁰²

Fuera de territorio europeo, el profesor argentino EUGENIO RAUL ZAFFARONI, considera que no es posible imponer pena alguna cuando no se está de frente a un derecho afectado y, una ley que pretenda punir una conducta que no ha causado daño o puesto en efectivo peligro un derecho ajeno, es ilícita.

Dice el autor:

... esta opción constitucional se traduce en el derecho penal en el principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.¹⁰³

Como se puede ver, la gran mayoría de la doctrina italiana, acoge la concepción realística del delito, conforme la cual la ofensa (entendida como desvalor de resultado) es un elemento del tipo penal, de carácter implícito, que deducen de la interpretación del artículo 49, inc. 2 del Código Penal que, a efectos de la existencia

¹⁰² MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio; *Manuale di Diritto Penal – Parte Generale*; 4 Ed; Giuffrè; Milan; 2012
¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ob. Cit., p. 121

del delito, condiciona la misma a una idoneidad de la conducta, entendida como idoneidad para causar una ofensa al bien jurídico. Esta concepción realística del delito, constituye la máxima expresión del Principio de ofensividad¹⁰⁴ e implica que sea delito el hecho ofensivo típico, en donde la ofensividad es parte del mismo.

MANTOVANI¹⁰⁵ manifiesta a su vez que este canon constitucional puede ser la consagración del Principio de lesividad, pues en el mismo se niega punibilidad al delito imposible, dada la inidoneidad de la conducta para causar un hecho peligroso o dañino y, si en el evento de delito imposible se recorre toda la conducta típica, aun cuando inidónea, ello presupone un derecho penal que no admite la conducta sin ofensa, lo que derivaría en una definición de delito como toda “hecho conforme al modelo legal y ofensivo del interés tutelado”.

Y, a partir de dos (2) condiciones, refuerza la tesis de la constitucionalización del Principio de ofensividad:

- ✓ El bien ofendido no debe ser un dato externo a la norma; sino un dato interno, de la tipicidad; es decir, la ofensividad debe ser elemento constitutivo del hecho punible; y,
- ✓ Dentro de los parámetros del principio de legalidad, la ofensa del hecho no puede reducirse a la simple realización del mismo, como desvalor de acción, sino que debe construirse e interpretarse en la parte especial, en términos de 1) objetividad jurídica y 2) ofensa.

Ahora bien, ese principio de ofensividad ha de cumplir funciones en la dogmática del delito, como lo señala la doctrina. FIORENTINO¹⁰⁶, a partir de la concepción realística del delito, comparte la postura de la necesidad de ofensa de un bien jurídico, a más del recorrido material del tipo penal, de cara a que una conducta se

104 Así, PALAZZO, Corso; Ob. Cit; p. 73 y ss

105 MANTOVANI; Diritto; Ob.cit;

106 FIORENTINO; Ob. cit

tenga como punible; ofensa que, como ya se ha dicho constituye el contenido del principio de lesividad – *nullum crimen sine iniuria* - y que sirve a los efectos de:

- Integrar el principio de tipicidad formal: Con lo cual se excluyen hechos no ofensivos
- Afianzar el principio de materialidad del delito: Con lo que evita incriminar actitudes internas.

Por su parte FIORELLA, sostiene que la lesividad cumple una función garantista, en tanto un hecho adquiere relevancia penal siempre que dé lugar a un “total juicio de desvalor específicamente penal”¹⁰⁷, que implica que el hecho cometido sea idóneo para incidir en el mundo externo del agente, al punto tal que pueda perjudicar (daño o peligro concreto) un bien jurídico, entendido como una guía a la que el derecho penal y el contexto social determinado le han atribuido protección penal y un significado de valor.

Es MANTOVANI¹⁰⁸, quien hace un extenso análisis del Principio de ofensividad o necesaria lesividad y, bajo una óptica realística, inicia por asignarle una doble función político – garantista: una, sirve de canon de interpretación y, otra, como canon de construcción legislativa.

Y, a partir de ellas, le asigna otras, de igual relevancia, a saber:

- Como directriz fundamental de la política criminal, con lo cual adquiere un marcado fundamento constitucional y se convierte en opción de derecho penal con base objetiva (normas que tutelan bienes jurídicos), en contravía a la teoría con base subjetiva, en el cual la ofensa del hecho típico, es parte de dicha tipicidad.

107 FIORELLA; *Reato in generale*; En: *Enc. Dir.*; XXXVIII; 1987

108 MANTOVANI; *Diritto*; Ob, cit

- Como valor relativo: Bajo esta función, el principio de ofensividad sirve a la necesidad de la anticipación de la barrera de protección penal, para la sanción de conductas contra bienes primarios, individuales, colectivos, institucionales. Bajo esta función, se exige, en algunos casos, una ponderación entre criterios de racionalidad y criterios de necesidad al momento de establecer la conducta prohibida.

- Como criterio para determinar los bienes jurídicos protegidos: Ya no será deferida al arbitrio del legislador la selección de los bienes jurídicos protegidos, sino que, a partir del principio de ofensividad, se seleccionarán los bienes jurídicos “constitucionalmente orientados” y, serán, entonces, bienes jurídicos los siguientes:
 - Los bienes constitucionalmente relevantes: Que son aquellos con un grado de vinculación con la Carta Magna o producto del consenso social;

 - Bienes deducibles de la realidad socio – cultural y constitucional, no incompatibles: a efectos de su definición, recurre el autor a un ejemplo: los bienes emergentes tales como el medio ambiente, que se deben proteger con las limitaciones de los bienes – medio y no contrastan con los bienes – fin

Siguiendo el ejemplo propuesto, se protege el medio ambiente, para lo cual se limita el bien - medio de la propiedad y se garantiza la conservación de la especie;

Concluye este importante análisis de MANTOVANI, con los requisitos para delinear el ámbito de tutela penal; así:

- El límite extremo ya no es la relevancia del bien jurídico, sino la compatibilidad de los bienes con la Constitución;
- Esa compatibilidad, limita al legislador en su tarea de proteger con tutela penal, bienes jurídicos generales (v. gr. libertad de culto);
- La relevancia constitucional de un bien jurídico, no impone su protección penal, pues al “mérito” deberán unirse criterios de “necesidad” de protección; por ello, el legislador puede otorgar protección penal o extra-penal; ahora, la no relevancia constitucional, no sería criterio negativo de protección penal;
- La amplitud del mérito de tutela depende del rango primario o secundario del bien jurídico, con lo cual, entre más alto sea el rango del bien jurídico, más legítima es la anticipación de la barrera de protección penal del mismo;
- Bajo el principio de subsidiariedad, los bienes meritorios y necesarios de tutela penal, son aquellos cuya protección extra penal resulta insuficiente;

Pero, el principio de ofensividad debe materializarse y, a tal efecto, surge el concepto de *objeto jurídico penal*, entendido como el interés individual o colectivo sobre el cual recae la conducta y que es protegido por la norma; los cuales pueden ser materiales o inmateriales, sin que por ello no tengan contenido propio.

Además, es cada vez más relevante la posición que aboga por que la ofensa no deba, necesariamente, materializarse en resultados lesivos verificables por los sentidos de manera inmediata; hoy en día es posible tener por ofensiva una conducta potencialmente generadora de esa ofensa, bajo los criterios del concepto de prevención, vía el adelantamiento de la barrera de protección penal, lo que lleva a tener la ofensividad como lesión (daño efectivo del bien jurídico) o como puesta en peligro (potencialidad de daño) y esta última puede, a su vez, ser castigable.

Dígase, en primera instancia y solo como elemento para ubicar contextualmente la discusión, que esta concepción del delito como ofensa, se contrapone a la antigua, propia de los regímenes totalitarios, del delito como violación de un deber, en los cuales, al legislador y demás autoridades, solo les interesa la “ciega” obediencia y fidelidad de los asociados y, en consecuencia, el delito es toda manifestación de “infidelidad” al régimen, sin importar si la conducta ha o no afectado un bien jurídico.

Y, esta relativización del concepto de “ofensa” es lo que ha permitido la proliferación y expansión del concepto de delitos de peligro, que son aquellos en los cuales el bien jurídico no ha sufrido un menoscabo en su integridad, sino que la conducta puede llegar a generarlo, lo cual, en principio, riñe con los postulados que hemos venido exponiendo en punto a la ofensa como daño efectivo del bien jurídico.

b) Concepto de peligro

Varios son los perfiles que MANTOVANI¹⁰⁹ le asigna a este concepto y que derivan de diferentes aspectos, a saber:

a) Sobre la esencia:

Teniendo en cuenta que hoy se encuentra abandonada la concepción de “peligro-evento”, asumida como incertidumbre de realización de un evento natural, causalmente provocado, verificable *ex post* por leyes de la causalidad, hoy se ha adoptado el concepto de “*peligro jurídico*”, esto es, de PROBABILIDAD como relación entre la conducta y el resultado efectivamente dañoso.

109 MANTOVANI; Diritto; Ob, cit

Se verificará un *peligro* cuando, en un juicio *ex ante* y según leyes de la experiencia y de la ciencia, sea posible el resultado dañoso; por ello, peligro sería la PROBABILIDAD DE VERIFICACION del daño.

b) Sobre el momento

Se ha debatido de tiempo atrás, cuál es el momento en que debe realizarse el juicio acerca del peligro que – potencialmente - representa la conducta: si ha de ser *ex ante*, al momento de realización de la misma o, *ex post*, después de la verificación positiva o negativa del evento dañoso y, es claro para la mayoría que ha de hacerse en el primer momento, pues se trata de un PRONOSTICO, una PROGNOISIS EX ANTE.

En palabras de ANGIONI,¹¹⁰ el juicio ha de hacerse en el momento en que se asegure la “mayor eficacia preventiva”, lo cual lo divide según el tipo de delito, a saber:

- Al momento de la conducta: en aquellos delitos de conducta peligrosa, en los cuales el peligro cualifica la conducta, dicho peligro se supone o es el objeto material del delito.
- Al momento entre el final de la conducta y el final del evento típico más desfavorable a dichas prognosis, como en los casos de delitos de evento de peligro o peligrosos en los cuales el peligro es el evento mismo o es atributo del peligro.

¹¹⁰ ANGIONI, Francesco; *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*; Giuffrè; Milano; 1983.

c) Sobre la base del juicio:

Se refiere este punto a las circunstancias que el intérprete ha de tener en cuenta al momento de hacer el juicio de peligro y, frente a este punto hay, igualmente, dos posturas:

- Una base *parcial ex ante*: El juicio se hace teniendo en cuenta las circunstancias conocidas por el agente al momento de la conducta y las generalmente conocibles: Teoría del hombre medio.
- Una base *total ex ante*: El juicio se realiza sobre la base de todas las circunstancias existentes en ese momento de la conducta, conocidas por el autor, conocibles por éste y las especiales de sus condiciones personales.

d) Sobre la medida del juicio:

De cara a establecer la probabilidad de ocurrencia del fenómeno peligroso, se debe recurrir a la mejor ciencia y experiencia en el momento histórico en que se realiza aquel y, para ello, se recurre a las leyes de las ciencias naturales a fin de determinar la necesidad o imposibilidad de ocurrencia y las leyes de la estadística, de cara a establecer la probabilidad de ocurrencia.

Por último, en necesario recurrir a las leyes de la experiencia, pero solo a efectos de establecer qué es y qué no es peligroso.

e) Sobre el grado necesario de probabilidad:

De cara a establecer si un evento es peligroso y, por ende, amerita la anticipación de la tutela de protección, es pacífica la postura de la suficiencia de una probabilidad relativa; esto es, que no es suficiente una “mera” probabilidad, pero tampoco se exige llegar a la certeza.

c) Función dogmático – garantista de la ofensa según MANTOVANI

Resulta de importancia suprema el análisis que hace MANTOVANI¹¹¹ acerca de la función que cumple la OFENSA en la dogmática penal y al respecto manifiesta el Tratadista Italiano:

Como primera medida hace una diferenciación dogmática entre los tipos de delitos, así:

- De ofensa; Son aquellos en los cuales la lesión o, al menos, la puesta en peligro del bien jurídico, es elemento del tipo penal, implícito o explícito y, en su labor, el juez debe verificar su ocurrencia.
- De propósito: o delitos “sin ofensa”, que son aquellos en los cuales se sanciona la mera realización de una situación que el Estado no quiere que se lleve a cabo.

Estos delitos existen en los ordenamientos jurídicos, en atención a la anticipación de la tutela y/o la incriminación a fase preparatorias o pre-ofensivas o, por la ausencia de bien jurídico tutelado y, representan un interés del Estado en la no realización de una conducta o “situación” que, a su vez, es el propósito de la incriminación, no el objeto jurídico del delito.

En estos delitos de propósito la violación de ese interés del Estado en la no realización de la conducta, coincide con la conducta en sí misma, en clave teleológica, lo que conlleva a que se confundan los conceptos de ofensa y desvalor de hecho típico.

¹¹¹ MANTOVANI; Diritto; Ob, cit; p. 208 y ss

Destaca el autor algunos ejemplos de estos delitos, a saber:

- Delitos sin bien jurídico: Se trata de eventos en los cuales hay una confusión o identificación entre delito y pecado, pues lo sancionado con pena es la no conformidad de la conducta con la moral.
- Delitos sin ofensa: Se trata de una anticipación de la tutela a tal punto, que se presenta una suerte de inconstitucionalidad.
- Delitos de dolo específico: entre los cuales se destacan:
 - ✓ Sin ofensa: Representan una tutela anticipada y extensiva de la punibilidad, en los cuales la ofensa es un resultado no objetivo, sino meramente intencional, lo que hace inofensiva a la conducta;
 - ✓ Con ofensa posterior: Representan tipos penales con función limitativa de la punibilidad, en la medida en que, al lado de la ofensa objetiva, se exige una posterior ofensa meramente intencional, que cumple función restrictiva de la ilicitud penal de un hecho ya de por sí ofensivo y meritorio de pena;
 - ✓ De dolo específico diferencial: Son tipos penales diferenciadores de la punibilidad frente a otros de igual ofensividad, meritorios de pena. La diversidad de las sanciones depende de la diversidad de meras intenciones ofensivas;
- Delitos de atentado: Se trata, en opinión de MANTOVANI, de anticipaciones de la tutela penal hasta tal punto que se sancionan hechos preparatorios.

A través de este tipo de delitos, se sanciona la mera desobediencia a la norma y se adopta una interpretación objetiva que reconduce a la estructura de la tentativa, exigiéndose una idoneidad de los actos para conseguir un resultado lesivo o, al menos, de puesta en peligro.

- Delitos de sospecha: En este tipo de delitos, no se exige un comportamiento lesivo o peligroso, sino que se trata de conductas que hacen presumir la comisión de futuros delitos.

Estos delitos violentan en grado sumo no solo el Principio de ofensividad, sino también toda la estructura de responsabilidad penal personal, puesto que se invierte la presunción de inocencia, por una de culpabilidad, al dejar en cabeza del acusado la responsabilidad de probar la licitud de su conducta y, en caso de no lograrlo, quedará expuesto a una pena por un hecho que no ha realizado o que no planea realizar.

- Delitos de impedimento: O también llamados de obstáculo, en los cuales no se sancionan comportamientos lesivos o peligrosos que pueden ser premisa idónea para cometer otros.

Prosigue MANTOVANI manifestando que la ofensa se expone a un doble riesgo de agotamiento o liquidación en esta función dogmático – garantista: Por un lado, como producto de la expansión de los delitos “sin ofensa”, legitimados a partir de una lesividad construida sobre bases de necesidad preventiva y de excepcionalidad; aunado esto a la identificación del bien jurídico con el propósito de la norma y de la ofensa con el desvalor de acción. Y, por otro lado, por la dificultad de adecuación típica en algunas formas de delito, como: a) delitos con bien jurídico difuso o vago, en los cuales no es fácil la identificación del comportamiento lesivo o peligroso, pues la ofensa no depende del comportamiento simple, sino que está supeditada a la repetición de la conducta; b) delitos funcionales o de tutela anticipada respecto de la puesta en peligro del bien.

Estas amenazas al Principio de ofensividad lo han vuelto a poner en primer plano, como expone el autor en cita, gracias a un garantismo real que exige que solo y únicamente se eleven a la categoría de delito aquellas conductas realmente ofensivas de bienes jurídicos concretos, en las cuales esa ofensa sea elemento típico y no la ratio de la incriminación

d) Lesividad u ofensividad en los delitos de peligro abstracto

No obstante la gran cantidad de críticas que reciben y los ataques de que son objeto, los delitos de peligro abstracto siguen creciendo en presencia dentro del ordenamiento jurídico; es tal su importancia actual, que hoy el peligro concreto padece de un paulatino desplazamiento, al ser ya casi marginal su existencia.

Y, es que el peligro abstracto tiene la ventaja – bajo una óptica utilitarista – de abreviar, casi omitir, la necesaria y difícil actividad probatoria que exige el peligro concreto.

Huelga volver sobre lo dicho por MARINUCCI y DOLCINI¹¹², en punto a afirmar que la ofensa es un elemento constitutivo del hecho penalmente relevante, es un elemento fundamental de éste, que puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del bien jurídico; además, en algunos casos, es elemento expreso del tipo penal (v. gr, en el delito de injuria, la ofensa del honor o el decoro) y, en otros, la ley lo identifica con otro de los elementos constitutivos del tipo (el elemento “muerte de otro” representa la ofensa del bien jurídico de la vida); no obstante, hay eventos, según estos autores, en que esa ofensa no está ni expresa ni implícitamente en el tipo penal, sino que debe ser verificada por vía interpretativa, dado que es un elemento que se “da por sentado” en el tipo penal, como en los casos de delitos de peligro abstracto. En estos eventos, la norma prohíbe un cierto comportamiento o conducta en atención a que crea el peligro de verificarse en un evento ofensivo.

¹¹² MARINUCCI y DOLCINI; Ob, cit.

Múltiples son los casos que la jurisprudencia italiana tiene al respecto, sobre los cuales vale citar algunos; en el evento del delito de calumnia, se considera que el peligro generado por la inculpación de otro de un delito que no ha cometido, se representa en la eventualidad de que se inicie un proceso penal en contra de la víctima, por un delito del cual es ajeno, ofendiéndose con ello el bien jurídico del correcto funcionamiento de la justicia, además, de la libertad y el honor de la persona.¹¹³ En el caso de un delito de falso testimonio, se crea un peligro de que el juez adopte decisiones confundido por las declaraciones o testimonios falsos, con lo cual se ofende el bien jurídico de la correcta formación de la decisión del juez¹¹⁴.

Vale anotar que esas mismas decisiones dejan en claro que si el falso testimonio es carente de circunstancias que influyan en el juicio del juez, la conducta será irrelevante para el derecho penal, pues no habría un peligro de ofensa a ningún bien.

En igual sentido, la Corte ha negado relevancia penal, sobre la base del principio de ofensividad, al hecho típico de venta o posesión de sustancias con fines de venta de estupefacientes, cuando la cantidad de principio activo sea tan baja que no genere peligro de un efecto drogante; en este caso se trata de un hecho inofensivo para el bien jurídico.¹¹⁵

Ese peligro - como expresión de una probabilidad de lesión, una potencialidad, que hace que se anticipe la barrera de protección penal, de cara a la represión de hechos que amenazan la existencia o disfrute del bien -, puede ser de naturaleza **concreta** – evento en el cual el juez debe verificar que, en ese caso particular, el bien jurídico ha corrido un efectivo peligro - o, de naturaleza **abstracta o presunta** – en este caso, el legislador, con base en leyes de la experiencia PRESUME que ciertos

113 CORTE DE CASACION; sentencia VI, 11 de marzo de 1980

114 CORTE DE CASACION; sentencia VI; 6 de julio de 2010. En igual sentido, CORTE DE CASACION, sentencia VI, 17 de abril de 2007

115 CORTE DE CASACION; sentencia IV, 15 de octubre de 1996

comportamientos son generadores de peligro para el bien jurídico -. aquí, el peligro no es elemento del tipo penal y su existencia no debe ser verificada por el juez.

Para PALAZZO¹¹⁶, es bajo una óptica utilitarista de la prevención general asignada a la pena o sanción, que se permite el *anticipo* de la barrera de protección penal, incluso, a hechos que pueden ser considerados como preparatorios; sin que esa anticipación de la barrera de protección penal deje de ser manifestación del *principio de ofensividad*, como garantía sustancial, como criterio orientador del contenido de desvalor del delito y, antes de ello, de los valores susceptibles de ser asumidos por el legislador como objeto de tutela por la amenaza de una sanción; no obstante, entre más anticipación se dé, más pobres de contenido serán los ilícitos previstos por el legislador. Por ello, hace un interesante análisis sobre el “ilícito civil aquiliano”, conforme el cual, a efectos de una sanción, el daño debe haberse efectivamente verificado, por lo que, esa anticipación de la barrera de protección penal, amén del expansionismo penal que bajo su influencia se vive, resulta contraria a dichos postulados.

Ahora, dice el autor, si bien no existen unos criterios estrictos para determinar cuándo una conducta es socialmente dañina, ha sido la propia evolución de la ciencia penal la que ha ido creando unos criterios de valoración de dicha “dañosidad¹¹⁷”, que parten de las siguientes premisas:

- El adjetivo *social* impone al legislador, al momento de la creación de los valores penalmente tutelables, que el daño no debe ser artificial, no debe ser creado por él, sino que debe encontrarlo en la conciencia social; el desvalor del hecho ha de ser pre-existente a su creación normativa.

116 PALAZZO, Francesco; Corso di Diritto Penale – Parte Generale; 2 Ed; Giappichelli Ed; Torino; 2006. En igual sentido, en la 6a Ed; 2012

117 Ibídem, p. 56

La dañosidad del hecho o conducta sirve al propósito de evitar que la valoración legislativa (desvalor del hecho) esté desconectada o desarraigada del contexto social.

Una valoración de dañosidad que no comparta, al menos, una parte de la comunidad o esté alejada de sus consideraciones, significa un acto de poder antidemocrático que violenta las garantías de libertad personal, por ello, la consagración legislativa debe reflejar la dañosidad de un hecho que ya, previamente, ha sido tenido por tal por parte de la comunidad.

- La exigencia de la dañosidad social hace que el delito encuentre su razón de previsión como tal, en la alteración de la situación social objetiva y actual, que aleja a la previsión legal del delito de la denominada “peligrosidad subjetiva”, como fundamento de su creación; esto es, la exigencia de dañosidad social impide la consagración de un “derecho penal de la voluntad”

El principio de dañosidad social “...impone la necesidad que el delito se manifieste a través de un comportamiento humano exterior socialmente apreciable, pero impone además que sea exterior y socialmente apreciable, también, la modificación injustificada de la situación social producida por él.”¹¹⁸

Establecidas esas pautas y bajo el principio de necesaria ofensividad como principio del derecho penal, se debe determinar si los delitos de peligro abstracto representan o no una efectiva lesividad para los bienes jurídicos - en el caso de este tipo de delitos, los llamados bienes jurídicos supraindividuales - y, al respecto deberá tenerse en cuenta cuál es la concepción de bien jurídico supraindividual que se adopte, puesto que:

118 *Ibidem*; p. 56 y 57.

- Si se piensa en que no tienen referente individual, el ataque será de *lesión* para un ámbito de organización social:
- Si efectivamente tiene el bien jurídico supraindividual un referente individual, el ataque ha de considerarse de peligro para éste, pues la conducta debe, *ex ante*, ser objetivamente peligrosa para dicho bien.

FRANCESCO ANGIONI, en su obra “*Contenido y Función del concepto de bien jurídico*”¹¹⁹, hace un detallado análisis de esta confrontación y expone que uno de los principales problemas a los que se enfrentan los delitos de peligro abstracto, partiendo del postulado constitucional de que todo delito debe significar una ofensa para el bien jurídico, está en la búsqueda e individualización de esa “ofensa” y, establece que, a dicho efecto, deben analizarse dos (2) planos, a saber:

- a) Un plano estructural: Para determinar que vínculo existe entre el hecho de peligro abstracto con el bien jurídico no expresado en el tipo penal;
- b) Un plano valorativo: Para verificar qué tipo de desvalor encierran estos delitos

Sin embargo, considera el autor que, primeramente, debe hacerse una individualización de las diferentes tipologías de delitos que la doctrina ha reunido bajo el nombre genérico de *delitos de peligro abstracto* o *peligro presunto*, cuya unificación, en algunos casos, es solo posible a costa de sacrificar exigencias de justicia retributiva y de política criminal.

Esas tipologías son:

- a) Tipos penales cuya denominación de peligro presunto es apropiada: Son eventos típicos en los cuales no hay ninguna relación peligrosa entre el hecho

¹¹⁹ ANGIONI, Francesco; *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*; Raccolta di studi di diritto penale; No 32; Giuffrè; Milano; 1983

y el bien jurídico protegido. Se trata de eventos de MERA DESOBEDIENCIA, sin contenido ofensivo y cuyo desvalor no alcanza más que a un desvalor de actitud interior del agente.¹²⁰

- b) Tipos penales de peligro abstracto caracterizados por conceptos descriptivos tan cargados de significado que parecen, al mismo tiempo, hechos típicos concretamente peligrosos o lesivos para el bien jurídico.
- c) Tipos penales de peligro abstracto caracterizados por la flexibilidad conceptual de los elementos que los componen: son conductas cuyos elementos descriptivos son tan flexibles, elásticos, que permiten al intérprete circunscribir el tipo penal mediante interpretaciones restrictivas que mejoran el vínculo con el bien jurídico.

Estos tres (3) tipos de delitos, se mueven en la lógica de la ofensa del peligro concreto, en la medida en que se busca el vínculo entre el bien jurídico inexpresso y el hecho típico sobre el concepto de peligro concreto y se tiene por presente en los tipos penales b) y c) y no presente en los del primer modelo.

- d) Tipos penales de peligro abstracto en los cuales el desvalor se funda en un evento naturalístico que no se verifica instantáneamente, pero se produce y agota en un lapso amplio. Es el caso del incendio, en el que no se puede excluir que haya personas lesionadas o cuya indemnidad corra peligro.

Son eventos en que el vínculo entre el hecho típico y el bien jurídico no expreso, consiste en la *no exclusión* de un peligro concreto

- e) Tipos penales frente a los cuales el observador, después de un juicio, tanto ex ante, como ex post, no está en capacidad de negar o afirmar la potencialidad lesiva para el bien jurídico.

¹²⁰ En el mismo sentido, ver: BRICOLA; ob, cit; p. 81 ss

Trae el autor el siguiente ejemplo: sancionar la producción o comercialización de medicamentos frente a los cuales la ciencia no hay podido determinar su condición de cancerígenos, o el grado o cantidad en que sí lo sea.

Se sancionan en estos casos SIMPLES SOSPECHAS, pues frente al caso en particular hay una total ignorancia y se basan en analogías o experimentos sobre animales.

En igual situación estaría el tipo penal que sanciona el sobrepaso de un vehículo en curva sin visibilidad, caso en que, solo sobrevolando el sitio, es dable determinar si hay o no riesgo para un bien jurídico, en caso de venir otro vehículo u otra persona en sentido contrario. No es dable afirmar ni negar el riesgo.

Esta diversificación de hechos típicos, independientemente considerados, permite demostrar que la ofensividad penalmente relevante, no está asociada al concepto de peligro concreto o identificada con el concepto de lesión.

Ante esta situación de la determinación de la ofensa en este tipo de delitos, dice ANGIONI¹²¹ que SCHAFFSTEIN (uno de los más connotados representantes del sector del derecho penal nacionalsocialista) propuso en 1935 una reconversión de la esencia del delito como ofensa de bienes jurídicos a violaciones del deber, bajo el supuesto de que el principio de ofensa no agotaba el desvalor del delito, sino que era uno de sus componentes, aunado a esa infracción del deber.

Las bases sobre las cuales SCHAFFSTEIN levantaba su propuesta de un derecho penal como infracción del deber, era, de una parte, la identificación de la persona del obligado como sujeto de deberes al interior de la comunidad, la familia y otros círculos donde éste se desarrolla – lo que hoy podría ser ese funcionalismo radical de JAKOBS – que llevaría a que la parte especial del Código Penal se organizara

121 ANGIONI; ob, cit; p. 118 y ss

conforme la especialidad de esos deberes y, de otra, el uso de tipos penales *abiertos*, que dejaban espacio para complementarse según la situación concreta.

Ahora bien, no desaparecía la ofensa del bien jurídico como elemento a considerar, pero sí pasaba a ocupar un plano secundario, al relegarse a simple condición de antijuridicidad y punibilidad.

Esta teoría recibió muchas críticas, en atención a sus connotaciones anti-liberales y autoritarias, pero la doctrina buscó la forma de conciliar sus planteamientos con la teoría de la ofensa al bien jurídico, al punto que SCHMIDHÄUSER¹²² concluyó que: “Ofensa del bien jurídico es una violación a la reclamación del respeto derivado del bien jurídico. En este sentido, ofensa al bien jurídico y violación del deber se identifican”.

Claro está que, en ello hay coincidencia en la mayoría de la doctrina, lo que no puede ocurrir es que la violación del deber sustituya a la ofensa al bien jurídico, salvo que asuma su puesto dentro de la teoría del delito en los eventos en que la ofensa no pueda obtenerse como contenido implícito o explícito del tipo penal; pero, un tipo penal así no podría estar incorporado al ordenamiento penal, so pena de entender, o bien, que el principio de ofensividad perdió su rol esencial o que un tipo penal de esos debe ser expulsado del ordenamiento por inconstitucional.

Y, en punto a las diferencias con los delitos de *daño* (ora de resultado, ora de mera conducta), se podrá decir que en esos la ofensa se entiende como la lesión del bien jurídico mismo, el compromiso, total o parcial, del mismo; mientras que, en los delitos de *peligro abstracto* esa ofensa no es más que una *exposición al peligro*, peligro presunto, una *amenaza a la integridad del bien tutelado*, sobre la base de tener la conducta como generadora de peligro; es una barrera adelantada, anticipada, que implica una represión penal en fase anterior; adelantamiento que se

122 SCHMIDHÄUSER, Eberhard; *Der Unrechtstatbestand*; en: Engisch-Festschr; 1969

justifica en algunos casos, tales como los delitos contra bienes de alto valor asignado por el legislador, para quien la simple exposición al peligro ya es objeto de tutela penal; bienes supraindividuales, ante los cuales la conducta puede ser potencialmente causante de un daño y, actividades riesgosas producto de los avances tecnológicos que, no obstante ser lícitas, exigen de una reglamentación estricta a efectos de evitar daños.

No obstante lo anterior, BAGES SANTACANA¹²³ considera que sí es posible encontrar en los delitos de peligro abstracto un grado de injusto suficiente que sea compatible con el principio de ofensividad, en la medida en que su recurso se dirija a la protección de bienes jurídicos supra – individuales, pues en esos lo que se protege, finalmente, es un valor individual.

Lo que debe evitarse, dice el autor, es que el legislador configure de manera indebida los tipos penales; que lo haga de una manera tan amplia que sea imposible determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada caso, que abarque tantas conductas que se lleve de calle el Principio de taxatividad y, en especial, que incrimine conductas tan lejanas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Conviene, en consecuencia, determinar qué son los bienes jurídicos supra – individuales, como objetos de protección mediante el recurso de los delitos de peligro abstracto, cuya puesta en peligro configure la materialización de la ofensividad exigida para toda conducta penalmente relevante; dos (2) son las formas en que pueden encontrarse estos:

- a) Como intereses independientes de bienes jurídicos individuales, eventos en los cuales se trataría de subsistemas o modelos de organización al interior del sistema social.

123 BAGES SANTACANA; OB. CIT; P. 141 y ss

En este caso, conforme lo dicho por GRACIA MARTIN¹²⁴, no se estaría ante bienes jurídicos propiamente, sino ante la protección de "...funciones", esto es, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, o bien, contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales; en fin, solo objetos ficticios de tutela que sirven de pretexto para una ampliación de la incriminación de comportamientos". El concepto de bien jurídico adquiriría aquí solo una dimensión nominal.

- b) Como intereses, más o menos autónomos, pero con referencia necesaria a un interés individual, caso en el cual se estaría frente a bienes adelantados de manera instrumental, dirigidos a la protección de intereses propiamente individuales.

Debe manifestarse que estas consideraciones se hacen a partir de lo que se ha venido denominando una "sociedad de riesgo", en la cual existe baja tolerancia a la inseguridad y un marcado llamado a apaciguar la denominada "sensación de inseguridad".

Bajo estas premisas y dentro del marco de la Constitución Política, los asociados establecen cuáles son las condiciones mínimas para una adecuada vida en sociedad, que legitime la cesión de parte de sus derechos y libertades; por ende, es la comunidad la que debe, de manera participativa, escoger los bienes dignos de tutela penal.

Los delitos, bajo esta concepción, solo podrán serlo en la medida en que su materialización comprometa esferas de participación social individual; esto es, que comprometan situaciones, contextos o estados con relevancia individual.

124 GRACIA MARTIN; La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno; Ed. Ebijus; México D.F.; 2011

Así, el grado de ofensividad que han de tener las conductas proscritas mediante la herramienta del peligro abstracto, ha de referirse a la afectación de un valor individual, lo que justifica, en algunos casos, punir conductas que atenten contra situaciones organizativas necesarias para la existencia y disfrute pleno de esos valores individuales. Esto justifica el adelantamiento de la barrera de protección penal en los casos de bienes jurídicos supra – individuales, como instrumentales para el ejercicio de bienes jurídicos individuales.

Así, adelantar la barrera de protección es una técnica adecuada, en la medida en que se demuestre que la misma es suficientemente capaz de producir una lesión al bien jurídico penal.

e) La antijuridicidad

Ahora bien, sobre este principio de ofensividad se erige el concepto de ANTIJURIDICIDAD PENAL, que para DELITALA¹²⁵, constituye la esencia, el momento constitutivo, que no un elemento extrínseco, del hecho criminal; para el autor, un hecho punible es un hecho antijurídico, en punto a que la antijuridicidad es la negación de la noción de derecho.

En palabras de ROCCO, esa antijuridicidad no es un elemento constitutivo del ilícito, sino "...la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el *en sí* del delito", consistente en un juicio de valoración, de relación entre la norma y el "hecho", para determinar si éste es contrario a dicho precepto. Sostiene el autor, que ese juicio está a cargo de los jueces, quienes solo se han de limitar a reproducir *en sí* la valoración del ordenamiento jurídico, el cual, al prohibir el hecho, le está dando la impronta o el carácter de reprochabilidad, considerándolo contrario a los fines del Estado¹²⁶.

125 DELITALA, Giacomo; Il "fatto" nella teoria generale del reato; CEDAM; Padova; 1930;
126 *Ibidem*; p. 199

Con base en lo anterior, un hecho o conducta es considerada delito, cuando se corresponde con la descripción típica que el legislador ha expresado a través de un tipo penal y no se ejecuta o comete al amparo de una causal de justificación (entendiendo éstas como el elemento negativo del delito); de ahí la condición de la antijuridicidad como característica esencial del delito, inherente a éste en todos sus componentes; dicho sea de paso, no tiene la antijuridicidad una exclusiva naturaleza objetiva, pues esto cobijaría solo el aspecto material del delito.¹²⁷

ROCCO¹²⁸, siguiendo a VON LISZT¹²⁹, distinguía entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material o sustancial, entendiendo por la primera la violación del deber consignado en la norma y, por la segunda, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o un interés de la persona o colectivo protegido por el derecho y, es en esta última en donde se materializa la ofensividad que debe caracterizar a todo hecho criminal; división esta que ha sido recogida en el ordenamiento penal colombiano y mantiene su vigencia.

En el último tiempo se ha acentuado la doctrina, de origen alemán, de la *acción socialmente adecuada*, conforme la cual una conducta tiene o no relevancia penal en la medida en que esté o no conforme a los propósitos de un grupo social, en un momento histórico determinado y a la necesidad y finalidad que afirman, de ahí que se sostenga que la antijuridicidad es una sola, sin divisiones, y deriva de la confrontación entre el hecho o conducta y la norma legal y su contenido no es otro que la ofensa de un interés protegido por el derecho; esto es, la lesión o puesta o en peligro del bien o bienes que la norma dice proteger, sin llegar al extremo de considerar esa ofensa como el aspecto sustancial o material de la antijuridicidad.

CARNELUTTI¹³⁰, en su obra *Teoría General del Delito*, hace especial referencia a este aspecto de la ofensa y el daño cuando manifiesta que el delito es un acto que

127 DELITALA; ob. Cit.; p.17 ss

128 ROCCO; ob, cit; p. 481 ss

129 VON LISZT, Frank; Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 14 – 15 Ed; 1905; p. 139

130 CARNELUTTI, Francesco; *Teoria Generale del Reato*; CEDAM; Padova; 1933. En igual sentido: CARNELUTTI, Francesco; *Teoria General del Delito*; Traduc: Víctor Conde; Ed. Reus; Madrid; 2008

modifica el mundo exterior, determinado por la voluntad humana y, esa modificación o cambio es requisito esencial del delito, puesto que, si el mismo no se da, no habrá ocurrido delito alguno.

Ese cambio del mundo exterior, ha de mirarse desde dos (2) puntos concretos: En su desarrollo: es la acción u ofensa, el momento dinámico, un movimiento y, en su ser: es el resultado, el momento estático, el evento, un cambio que consiste en la LESION o DAÑO de un interés de otro y que no es elemento ni consecuencia del delito, sino que es el delito en sí mismo. V. gr. La herida propinada por otro, que constituye un delito de lesiones personales, es el daño, no su consecuencia; ofensa y daño son, en consecuencia, los extremos del iter criminis, el cual es la materialización de la conversión de la primera en el segundo.

Conforme el art. 40 del Código Penal Italiano, ese evento en que se traduce el delito, puede ser dañoso o peligroso, según cause la transformación real y material del mundo exterior o, solamente, se trate de actos que pueden llegar a producir ese cambio exterior, caso en el cual se tendrá como daño *probable* frente al cual la ley responde a la manera de una “defensa avanzada contra el daño”, pues la ley no debe esperar a la verificación del mismo para sancionar a quien ha actuado para producirlo.¹³¹

Resalta CARNELUTTI¹³² la importancia que reviste esa diferenciación entre daño y peligro, en cuanto este último es PROBABILIDAD de daño, que no consiste solamente en la alteración un bien, sino en la lesión de un interés; bajo esta consideración, el peligro es, igualmente, un daño, como quiera que esa probabilidad de alterar un interés, ya desmejora la situación en que consiste el mismo; así, peligro es una subespecie del daño, en una consideración de menor gravedad.

131 *Ibidem*; p. 233

132 *Ibidem*; p. 234 y ss

Considera el autor italiano que, así como no puede haber delito sin ofensa, no puede haber delito sin daño, pero hay delitos que exigen que la lesión del interés haya alcanzado determinado grado y, otros que lo son solo por la probabilidad de que alcancen dicho daño; la diferencia radica, entonces, en la gravedad del daño.

Todo esto lleva necesariamente a concluir que el bien jurídico y su lesión efectiva o la sola puesta en peligro – que constituye suficiente ofensa para que el derecho penal intervenga, siempre y cuando no sea tan lejano el daño, ni muy remoto el peligro – son la base, el pilar fundamental de la noción de delito; al punto se ha llegado que, la Corte Constitucional Italiana, en sentencia del año 2000¹³³ ha manifestado que le es dable al Juez, en caso de que el legislador prevea una norma “inofensiva” para el bien jurídico, “retocar” el precepto al punto de hacerlo más conforme a este Principio.

En punto a este tópico de la lesión o peligro para el bien jurídico, ZAFFARONI dice que:

“La intervención tutelar de un derecho puede ser anterior e independiente de cualquier lesión al mismo, dependiendo solo de la intensidad que el operador quiera dar a la prevención en su discurso: en materia penal la vía de la tutela es siempre la vía de la inquisición. Al ilusionar (por mera deducción) la eficacia tutelar de la ley penal (y, por ende, preventiva de la pena), el discurso permite racionalizar la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas (peligros abstractos, remotos, etc.), pero también permite racionalizar intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una enorme necesidad tutelar, aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes...”¹³⁴

133 CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA; Sentencia No 519 de 2000
134 ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ob. Cit.,

Ahora, ese menoscabo del bien jurídico, conforme lo trae KINDHÄUSER,¹³⁵ entendido como medio para el desarrollo del individuo, puede darse de tres (3) modos diferentes:

- Pueden ser modificados en su sustancia de tal manera que ya no puedan cumplir su función o que ya no puedan cumplirla en su totalidad. En este caso se ha producido la lesión de un bien jurídico.
- Se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia. En tal tesitura, disminuye considerablemente el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro concreta.
- Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y, por ello, pierde en valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta.

Esa ofensa (como lesión o puesta en peligro) entendida como aquello que la doctrina italiana ha denominado EL DAÑO, se divide en daño directo o inmediato y daño reflejo o mediato (daño social).

Para ANTOLISEI¹³⁶ ese daño social – entendido como la lesión del interés del Estado en el mantenimiento de las condiciones de su propia existencia - siempre está presente en todos los delitos y es la razón de la incriminación de las conductas que impiden la conservación y el progreso de la comunidad y, es claro, que el legislador las prohíbe por su carácter antisocial.

En la doctrina italiana hay una posición doctrinal que reviste importancia suprema, en atención a que marca una dirección diferente respecto de la antijuridicidad, en

¹³⁵ KINDHÄUSSER, Urs; ob. cit
¹³⁶ ANTOLISEI; Ob. Cit; p. 205 y ss

punto a que solo existe una forma de antijuridicidad y es de naturaleza formal; la antijuridicidad material, es el contenido de aquella y, por ende, nada diferente a la misma.

El principal exponente de esta teoría es MARCELLO GALLO, quien al respecto sostiene que, como punto de partida debe analizarse el siguiente punto:

... en qué sentido se entiende la afirmación, común en la doctrina, según la cual la lesión o puesta en peligro de una determinada situación de intereses constituye una *nota distintiva*, un *requisito*, un *carácter* del hecho criminal; y, una vez determinado que este elemento desarrolla, al seno del tipo penal criminal, un papel diferente a aquel de ser una mera indicación sociológica o de política legislativa, ver cuál es su exacta ubicación sistemática.¹³⁷

Y, a efectos de resolver este problema jurídico, inicia el Maestro Italiano manifestando que, no obstante los diferentes puntos de vista que puedan exponerse, hay precisa coincidencia en que la función del Derecho es y debe ser la de tutelar intereses de la vida social y, es al lado de ello donde nace el disenso sobre el modo de entender la relación que se establece entre dos (2) conceptos: la regla (esto es, el derecho) y la materia reglada (los intereses), que, en punto a la antijuridicidad se pueden identificar como antijuridicidad formal (la violación de la regla, del derecho) y antijuridicidad material o sustancial (violación de los intereses, de la materia reglada).

Hay, conforme GALLO, coincidencia en la doctrina italiana, sin reparar en la posición doctrinaria propia de cada escuela, sobre un punto metodológico, a saber: “la ilicitud jurídica penal formal es la única verdadera ilicitud jurídica” y, “la ilicitud jurídica es necesariamente siempre formal”¹³⁸, por tanto, la ofensa del interés no representa un elemento que, al lado de aquel denominado formal constituido por la violación de la norma, contribuya a determinar el ilícito; aspecto sobre el cual, dice, no puede existir

¹³⁷ GALLO, Marcello; Diritto penal italiano – Appunti di parte generale; Vol. I; Giappichelli; Torino; 2014; p. 197 y ss
¹³⁸ Ibídem; p. 199

ninguna suerte de duda, puesto que si el interés cuya lesión da lugar a una situación de antijuridicidad material, es el interés protegido, el interés tutelado y no cualquier clase de interés socialmente relevante, queda claro e implícito que éste es parte del ordenamiento; el cual no tiene un medio diferente para expresar su valoración acerca de un interés como digno de tutela, sino estableciendo una norma que prohíba su lesión o puesta en peligro, lo que significa que, por fuera del ámbito de los intereses protegidos, no existen ofensas que den lugar a situaciones de antijuridicidad material, por lo que, salvo errores de perspectiva sobre el momento sustancial, podría verse éste desvinculado del momento formal.

Sentado lo anterior, se hace necesario determinar cuáles son los elementos que hacen surgir la calificación de antijuridicidad formal y, en primer término, podría decirse que la contrariedad con la norma es suficiente para tal fin; sin embargo, lo que debe y se quiere determinar es *cuando* se está frente a esa situación de disconformidad; cuando, bajo una consideración normativa, *se* está frente a un hecho que puede reputarse como ilícito y, reitera GALLO, un ilícito formal, pues es la única acepción con significado para el jurista.

Prosigue exponiendo el Tratadista que, el dualismo planteado entre antijuridicidad formal y material, no tiene significado diferente a una antítesis entre un juicio formulado a la manera del ordenamiento positivo y otro juicio que recoge y tiene en cuenta otros criterios de valor; criterios tales como la realidad social, que ha debido aferrarse al sentido natural formal de la antijuridicidad y con ello se habrían evitado múltiples errores dogmáticos, sin que ello signifique un “forma” vacía, sin contacto con el mundo de los intereses humanos; solo significa un juicio de relación, con contenido propio constituido por la manifestación de la voluntad normativa (legislativa). Es por ello que la acepción de “formal” denota una idea de relación, no una falta de contenido.

De otra parte, debe analizarse, sin perjuicio de que en el hecho jurídico no puedan tenerse en cuenta o tener relevancia, aquello que no haya puesto en consideración

el ordenamiento mismo, el significado de la afirmación conforme la cual el contenido del ilícito está dado por la lesión de intereses y, a efectos de la respuesta, se pueden plantear dos (2) vías:

- Se acepta y adopta la idea de que basta con la correspondencia con el tipo penal en abstracto descrito en la ley: En esta vía, se entiende que se deja la tipicidad como única cuestión decisiva para determinar la ilicitud de un hecho, con lo cual se salva al juez y al intérprete de hacer otra serie de investigaciones externas delicadas.

Con esta vía no se quiere simplificar de manera total la labor hermenéutica, se quiere es lograr una mayor fidelidad y adhesión a la voluntad normativamente establecida.

- Se exigen otros elementos más: El legislador penal los determinará.

Debe tenerse en claro que el legislador, con consideraciones propias de su experiencia y sobre el llamado por GALLO, *id quod plerumque accidit*, llega a la conclusión de cuál comportamiento es digno de tutela, siempre que sea caracterizado de determinada forma y, entre mayor sea el interés de proteger ese interés determinado frente a la interferencia de conductas que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro, tanto más la descripción del tipo penal ha de girar en torno a aquella nota sobre la cual depende el daño o la posibilidad de éste, debiendo el tipo penal mantenerse independiente de cualquier otra circunstancia o modalidad que caracterice esa conducta, en términos de hechos reales; es decir, el tipo penal debe exigir la menor cantidad de elementos adicionales a aquellos que describen claramente la circunstancia dañosa o peligrosa, de cara a ser más efectiva la protección del interés tutelado.

Bien vale decir que, en este ejercicio de abstracción generalizada, considera GALLO que pueden caer en las descripciones típicas, comportamientos que resulten absolutamente inofensivos para el interés protegido.

Concluyendo en algunos apartes, se pregunta el autor en cita, ¿si debe considerarse que el hecho típico es, entonces, *per sé*, antijurídico? Y, dice que para no dejar lugar a equívocos aclara que el juez no debe pronunciarse sobre el carácter lesivo o peligroso de la acción criminal, con base en diversos criterios establecidos por el legislador: v. gr. Éticos, sociales, económicos, pues esto escaparía a su competencia, sería abrogarse poderes ajenos, otorgándole potestades para negar la validez de la ley en ciertos casos.

De otra parte, GALLO sostiene una posición diversa a los seguidores de la teoría de la antijuridicidad material, en punto a sostener que la conformidad de la conducta con el tipo es condición necesaria, pero no suficiente para decidir sobre la ilicitud de aquella; debe adjuntarse un análisis de *efectiva contrariedad* con el interés tutelado y, la diferencia conceptual está en el discurso de *necesidad* de formular un juicio de ofensividad que envuelve el discurso de GALLO; pero, no un discurso desde la óptica del intérprete o la sociedad, sino desde el punto de vista del ordenamiento jurídico mismo, donde los parámetros de valoración de ese comportamiento son los principios vigentes en un sistema normativo en un momento determinado y, así esa calificación de ofensividad no resultaría contraria o incongruente con el ordenamiento jurídico.

Hay en la posición de GALLO un presupuesto normativo de la ofensa, como contenido del ilícito; el autor considera que ese valor calificante debe descender de la norma al hecho, tanto para la correspondencia de éste con la hipótesis normativa, como para su ajuste a la *ratio* de la norma misma.

Y, es que el supuesto de hecho se eleva a objeto de calificación jurídica y, una vez calificado así, tiene vocación de producir los efectos jurídicos que la norma le

señala, no como fin en sí mismo, sino en punto a un propósito y, por ende, cuando la conducta no aparece como idónea para lograr ese propósito, se tendrá por antijurídica: aquí se conjugan forma y contenido en su más precisa expresión y dimensión, pues ambos están para señalar y determinar los requisitos fundamentales de un comportamiento jurídicamente relevante.

La forma, en síntesis, define la *necesidad* de que el comportamiento recorra el modelo establecido en la descripción legal y, la sustancia o contenido permite reconocer a esa conducta el *significado* en razón del cual el legislador elevó ese hecho a elemento condicionante de la producción de consecuencias jurídicas.

Hacer referencia a “contenido del hecho ilícito”, no equivale a referirse a criterios de valoración “*praeter legem*”, vagos e inciertos, sino que supone un análisis a profundidad del ordenamiento mismo, no tanto en sus formulaciones expresas, sino en punto a los propósitos para el cual está preordenado.

Así, considera GALLO que la ofensa no es elemento ni requisito del tipo penal, sino un principio aplicable a todos los delitos o actos jurídicos y, el concepto de *contenido* lo único que significa es que el acto se presente, además de cumplir con las características formales típicas recogidas en el tipo penal, en el caso concreto, no solo en abstracto, como cargado de significado; esto es, que sea capaz de cumplir la función que constituye la *ratio* de la antijuridicidad y, por ende, la violación de la norma penal se da cuando la acción típica lesiona o pone en peligro el interés protegido.

Es decir, sí debe exigirse una lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido, pero no como requisito de antijuridicidad del hecho penalmente relevante, sino como atención a un principio aplicable a todos los delitos.

CAPITULO III

DELITOS DE PELIGRO

a) Concepto de peligro

Es un hecho irrefutable, ya lo mencionamos, que, debido a la modernidad y la consecuente asunción de riesgos, necesarios para la adecuada interacción social, se vive hoy en una sociedad donde la seguridad se ha convertido en tema de discusión permanente y el recurso al derecho penal para su mantenimiento es cada vez más prolífico, al punto de sancionarse, incluso, lo que en la dogmática se conocen como “actos preparatorios.”

Es decir, se mueve la sociedad – en una óptica jurídico penal - en un ambiente donde se hace necesario prevenir, con la herramienta más invasiva con que cuenta el Estado, el PELIGRO que puede acarrear una determinada conducta; ya no, solamente, la lesión efectiva que produce esa manifestación de la voluntad humana, sino la PROBABILIDAD o POSIBILIDAD del daño que, presumiblemente, pueda causar.

Esta realidad, impone para el derecho penal, conocer y delimitar el sentido de este vocablo – PELIGRO -, de cara a incorporarlo debidamente, con respeto por las garantías ciudadanas y el debido proceso, pues es imposible adentrarse en el estudio de los delitos de peligro – abstracto o concreto – sin conocer la clara definición del citado concepto.

A ese efecto la Real Academia Española de la Lengua¹³⁹ lo define así:

peligro

Del lat. *pericŭlum*.

1. m. Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.
2. (...)

139 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua Española; Edición del Tricentenario; actualización 2017; consultado en www.rae.es

VARGAS PINTO¹⁴⁰ sostiene que la noción de peligro es vaga, es un “... término genérico de difícil determinación” que, a efectos de tomarlo como *resultado* tiene el problema de su inmaterialidad; no obstante, es utilizado en el derecho penal en otros aspectos: v. gr. En el estado de necesidad, que impone la existencia de un *peligro actual o inminente*.

Para los antiguos criminalistas, el *peligro* era una situación de *incerteza*, un punto oscilante entre el poder o no verificarse un resultado; esto es, una potencialidad de producción del resultado; no obstante, esta tesis chocaba con las concepciones naturalísticas, de la causalidad natural, que implicaban una relación constante de sucesión de fenómenos de la naturaleza.

Modernamente, el concepto de peligro se vincula dos acepciones que no son sinónimos, a pesar del uso indiscriminado en ese sentido: probabilidad o posibilidad. Un sector doctrinario asemeja más el peligro al concepto de *probabilidad*, como conjetura fundada en la estadística de ocurrencia en eventos anteriores, dado que los fenómenos de la naturaleza presentan una uniformidad constante que permiten establecer, *a priori*, la capacidad de un hecho para producir otro. El peligro, para ellos, se deduce de la máxima “*id quod plerumque accidit*” (lo que en su mayor parte ha pasado), que es en lo que consiste la probabilidad. En el terreno propio del derecho penal, el peligro se concretaría en la probabilidad de un daño antijurídico, de un mal futuro.

De otra parte, autores como ROCCO¹⁴¹, acogen el concepto de *posibilidad*, que es más amplio, pues cobija incluso lo imposible. Lo posible es aquello que, bajo ninguna ley de la naturaleza, se hace inconcebible, a diferencia de lo probable, que es aquello que suele ocurrir, que se da en la generalidad de los casos.

140 VARGAS PINTO, Tatiana; Delitos de peligro abstracto – determinación de la incertidumbre penalmente relevante; Ed. Aranzadi; Navarra; 2007.

141 ROCCO; ob, cit.

Una primera conclusión se antoja oportuna: si el peligro es posibilidad o probabilidad de que suceda algo en un futuro – un mal -, el peligro está ligado a un resultado lesivo que no existe¹⁴²; pero, ello no impide tener esa probabilidad o posibilidad como una contingencia real y presente.¹⁴³

Y surge a partir de esto la discusión dogmática, en punto a la teoría del delito, de si se trata, entonces, de una acción de peligro o de un resultado de peligro, con importantes repercusiones en la definición del desvalor. Pero, la mayoría considera que el adjetivo *peligro* va ligado al concepto de conducta.

Adicionalmente y ante la falta de un resultado material, visible, el peligro es un juicio, un juicio de “previsibilidad objetiva”¹⁴⁴, de probabilidad sobre el peligro, que ha de realizarse por parte del juez de manera *ex ante*¹⁴⁵, atendiendo a todas las circunstancias conocibles por el hombre al momento de ejecutar la conducta, no solo las que, de manera general, se han dado en llamar “del hombre medio”, sino también las especiales del autor de la misma, puesto que esos conocimientos particulares los ha puesto en su obra – criminal – y es ésta el objeto de evaluación y, que resultará positivo, si la conducta no es absolutamente improbable que, siguiendo con CERZO MIR, solo lo es cuando el bien protegido ha ingresado en la órbita de la acción peligrosa y, por ende, su lesión aparece allí como no absolutamente improbable. Este ingreso de la acción en la órbita del bien protegido hace que HIRSCH defina el peligro como un “estado”.¹⁴⁶

ANTOLISEI¹⁴⁷ llama a este el “juicio de la comunidad social”, en cuanto representa la opinión general de los hombres, si estuvieran en el lugar del autor.

142 En este sentido: VARGAS PINTO; ob, cit; p. 211; RODRIGUEZ DEVESA; José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso; Derecho Penal español – Parte General; 16 Ed; Dykinson; Madrid; 1993.

143 BUSTOS RAMIREZ, Juan y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; Los delitos de peligro; en: RCP; Tomo XXVII; 1968; p. 35-48

144 CERZO MIR, José; Curso de derecho penal español – Parte General; Vol II; 6 Ed; Tecnos; Madrid; 2001

145 VON LISZT; ob, cit, lo denomina “prognosis póstuma”

146 HIRSCH, Hans Joachim; Peligro y peligrosidad; Trad. E. Sola Reche; en: ADPCP; vol. XLIX; fasc. II; 1996; p. 509 - 528

147 ANTOLISEI, Francesco; Manuale di Diritto Penal – Parte Generale; 16 ed; Giuffrè Editores; Milano; 2003. p. 235

Tomando como base que el peligro es un estado y sobre él se hace un juicio, es menester determinar ¿qué juicio es el que se hace sobre el peligro? Y se puede concluir que lo que está llamado a aparecer como resultado es la capacidad de la conducta para generar un efecto dañino, de ahí, se reitera, que el juicio deba hacerse *ex ante*, de cara a evaluar las cualidades del comportamiento como generador de una probable lesión.

Resulta importante lo planteado por CORCOY BIDASOLO¹⁴⁸ en el sentido de que el juicio ha de hacerse también *ex post*, dando a la noción de peligro un sentido distinto. Cuando, para ella, el juicio se hace *ex ante* debe hablarse de “*riesgo*” en cuanto determinación de la peligrosidad de una conducta, a través de un “cálculo de probabilidad de lesión cognoscible *ex ante*”; a su vez, el peligro, como juicio *ex post*, será “el contenido del juicio valorativo sobre una situación en la que, conforme a la ley de probabilidad disponible, la lesión del bien jurídico penal individual es consecuencia lógica de la acción, es decir, de una posibilidad lógica.”

Pero, para el derecho penal esta posición no es admisible, puesto que la situación de peligro ya es, en sí misma, un mal que éste busca controlar; así, ILLANES SOLAR dice que “el peligro no se vincula a la verificación de un daño, sino que implica la constatación de una realidad desfavorable”¹⁴⁹; máxime cuando el concepto es, ahora, una noción normativa, no solo ontológica.

Volviendo, entonces, al juicio de probabilidad referido a la capacidad de la conducta para generar peligro, se tiene que éste debe ser *ex ante*, como se viene sosteniendo desde el X Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Roma en 1969, de cara a que quien lo haga, se ponga en el lugar del autor de la conducta y no interfiera en su juicio de probabilidad, los conocimientos existentes después de ésta,

148 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; El delito imprudente – criterios de imputación del resultado; PPU; Barcelona; 1989

149 ILLANES SOLAR, Sergio; Los delitos de peligro; Publicaciones Universidad de Chile; Santiago; 1947.

que son propios de un momento posterior, el del juicio de diagnóstico de la conducta en sí.

ALCACER GUIRAO¹⁵⁰, a partir de la separación que hace de juicio de pronóstico y juicio de diagnóstico, formula dos (2) tesis, a saber:

- La perspectiva *ex ante* no impone hacer el juicio al momento exacto del inicio de la ejecución de la conducta, pues dicha “ejecución” comprende inicio, desarrollo y final;
- Una perspectiva *ex post* no impide realizar juicios de pronóstico, posteriores a la realización de la conducta típica.

Esta segunda tesis, es en realidad un juicio *ex ante* complementado con conocimientos *ex post*, que bien valen hacerse, pero sin que influya en ellos el resultado final.

Al respecto ANTOLISEI¹⁵¹ sostiene que el juicio de probabilidad ha de referirse a la peligrosidad de la conducta, en cuanto implica la previsión de una consecuencia derivada de un estado de hecho; esto genera confusión al vincularlo con el peligro como resultado y no a la peligrosidad, que ocurre cuando se tiene el peligro como probabilidad de un mal y no como un estado de resultado. Se lamenta el autor de que se hayan abandonado concepciones de peligro de los antiguos criminalistas, que se soportaban en consideraciones naturalísticas, como atrás se dijo.

Y, reiteramos, este juicio es normativo, que no ontológico, por lo que interesan solamente los conocimientos que el autor de la conducta tenía en su mente – conocidos o cognoscibles - al momento de la ejecución y en la del legislador al momento de establecer la norma, pues son éstos los que componen aquella; por lo

150 ALCACER GUIRAO, Rafael; La tentativa inidónea – Fundamento de punición y configuración del injusto; Comares; Granada; 2000

151 ANTOLISEI, Ob, cit. P. 233 y ss

que resulta de trascendencia conocer al detalle el contenido de la norma penal y las características de la conducta frente a aquel.

En palabras de KINDHÄUSER,¹⁵² es normativo, en dos (2) sentidos: en un primer sentido, se refiere a la posibilidad de una conducta lesiva, cuyo resultado no es deseado por el autor, caso en el cual no es viable utilizar el vocablo *peligro*, al no contemplarse su posibilidad como daño; en un segundo sentido, el vocablo hace referencia a la imposibilidad, de cualquier índole, de evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se recorre una conducta; en estas hipótesis, tampoco se debe hablar de *peligro*, pues, en una, hay la seguridad de la producción del daño y, en la otra, se está seguro de evitarse el daño.

Por lo anteriormente descrito, dice el autor, el vocablo *peligro* está asociado al elemento de inseguridad: peligro es inseguridad consciente; inseguridad respecto a la inevitabilidad intencional del daño potencial.

El juicio de probabilidad de peligro debe hacerse en cada caso en particular y no basta con una probabilidad de mal futuro, pues puede ocurrir que una conducta sea peligrosa en general, pero no para un bien jurídico en especial; por ello, lo importante es que resulta peligrosa objetiva y relevantemente, solo, cuando va en contravía del ámbito de protección de la norma, que determina su antijuridicidad.

b) Clasificación del peligro

Resulta importante tener en cuenta que, de tiempo atrás, se ha construido una distinción dogmática entre delitos de *daño* y delitos de *peligro*, que se encuentra fundada en la modalidad de la lesión al bien jurídico disputado, que da curso a la intervención penal, diferenciación sobre la cual hay unanimidad en la doctrina, sin importar, siquiera, la concepción de bien jurídico que se asuma.

152 KINDHÄUSER, Urs; *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1996.

Para ANTOLISEI¹⁵³ la diferencia está soportada en el perjuicio inherente al hecho criminal y en la ofensa al bien jurídico protegido por el derecho penal. Además, se requiere tener en consideración el momento en el cual se perfecciona el hecho criminal y determinar si el hecho que integra la figura criminal constituye una lesión o simplemente una exposición a un peligro de un interés protegido.

Así, serán delitos de daño los que exijan la destrucción o disminución del bien jurídico protegido y, serán de peligro, aquellos en los que basta que el bien mismo sea solo amenazado.¹⁵⁴

Aclara el autor que, esta distinción solo es viable en delitos contra bienes materiales, puesto que, frente a aquellos bienes inmateriales, resulta muy difícil diferenciar la lesión de la puesta en peligro, al punto que MASSARI¹⁵⁵ considera que, frente a esos bienes inmateriales basta la simple violación de la norma prohibida para constituir un perjuicio o daño.

Siguiendo lo dicho por BAGES SANTACANA¹⁵⁶, la diferenciación entre delitos de lesión o de peligro no se da simplemente por la modalidad de ataque, sino también, por la forma en que esté caracterizado el bien jurídico.

Ahora bien, en la doctrina ese “peligro” se ha clasificado, tradicional aun cuando no unánimemente, de manera genérica, en dos (2) grupos, dependiendo la modalidad de la conducta típica y las necesidades político – criminales de protección de ciertos bienes jurídicos, en un momento determinado, a saber:

153 ANTOLISEI; ob, cit; p. 264 y ss. En igual sentido: PALAZZO, Francesco; Corso di Diritto Penale – Parte Generale; 2ª Ed; Giappichelli; Torino; 2006 y 6ª Ed; 2012

154 En la doctrina alemana y en la española se asume también esta clasificación, sin discusiones. Ver MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1994. Y, para España: CANCIO MELIA, Manuel; El principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos. En: *Introducción al derecho penal*; Coord. LASCURAIN SANCHEZ, Antonio; Ed. Thomson - Civitas; 2011

155 MASSARI, Eduardo; *il momento esecutivo del reato – Contributo alla teoria dell'atto punibile*; 1 ed; Ed. F. Mariotti; 1923; p. 48

156 BAGES SANTACANA, Joaquin; *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto*; Tirant lo Blanch; Valencia; 2018

- Peligro efectivo o directo: consistente en la probabilidad de un evento dañoso
- Peligro eventual o indirecto: consistente en un estado de hecho simplemente peligroso.

Con base en esto, el concepto de peligro ha de partir de dos (2) condiciones, de cara a ser tenido en cuenta por esta ciencia jurídica: por una parte, la probabilidad de un resultado y, por la otra, que ese resultado sea lesivo o dañoso, pues, en casos de imposibilidad o certeza de un resultado determinado no hay “peligro” ni, tampoco lo hay, cuando ese resultado no afecta un interés.

Y, este concepto de peligro, que sirve a la clasificación materia del presente trabajo, puede ser trasladado a diferentes situaciones y/o comportamientos, a saber:

- Puesta en peligro: Se trata de aquella situación, desde la perspectiva de un bien, en que es inevitable, intencionadamente, el daño.
- Comportamientos peligrosos: dentro de esta categoría pueden verificarse dos (2) situaciones:

Una, desde la óptica del autor, su conducta es peligrosa cuando no se puede evitar, intencionadamente, la posibilidad de autolesión. Y, otra, desde la perspectiva del bien, cuando el autor – queriendo o no - una vez ejecutado su acto ya no puede evitar intencionadamente el daño del bien.

Pero, es claro que el concepto de *peligro* no es pacífico en la dogmática penal y ha dado lugar a diferentes posiciones al respecto. En principio, el estudio sobre el asunto partió de una concepción natural-positivista que, a su vez, presentaba dos (2) concepciones, producto principalmente de la comprensión de la categoría delictiva a partir del criterio de proximidad.

Por una parte, se tenía la concepción objetiva, fundada principalmente en las teorías de ECKARD HORN y su “teoría científico-natural del resultado de peligro”, conforme la cual se reconoce la existencia de un peligro cuando con el conocimiento de las circunstancias conocidas es dable inferir, a partir de las leyes de causalidad, que habría lugar a una lesión que, sin embargo, no ha llegado a producirse por una circunstancia inexplicable de acuerdo con las ciencias naturales. Por otra parte, estaba la concepción subjetiva del peligro, con referente especial en las teorías de FINGER, quien afirma que el peligro solamente es el hijo de nuestra ignorancia y, por tanto, es muy difícil establecer empíricamente qué acción entraña un peligro en sí, es decir, determinar ontológicamente el peligro de la acción.

Al respecto KINDHÄUSER utiliza un ejemplo para explicar esta diferencia¹⁵⁷:

“si alguien es tirado por una ventana, según la *teoría objetiva* del peligro, habría sido también puesta en peligro aunque cayese sobre un camión de paja que circunstancialmente pase delante del edificio y, por ello, resultase ileso, ya que juzga que del hecho de ser arrojado por la ventana se deriva, según las reglas de la experiencia, una elevada probabilidad de producción de una lesión. La *teoría subjetiva*, en cambio, considera que la posibilidad de una lesión estaba excluida de antemano en este caso –porque sólo por desconocimiento ignorábamos que el camión con paja impediría el golpe– y ve en el juicio de peligro un error epistémico (...)”

Ante la evidente inseguridad que genera este concepto de peligro, la controversia sobre su significado y contenido mutó a criterios de carácter normativos.

De ahí que, a efectos de la determinación del juicio de peligro, PALAZZO¹⁵⁸ propone tener en cuenta tres (3) parámetros:

157 KINDHÄUSER, Urs; ob. cit

158 PALAZZO, Francesco; Corso; ob. cit; p. 71 y ss

- La base del peligro: Es el conjunto de datos existentes en la situación concreta: según se cuente con una mayor o menor cantidad de datos, cambia el éxito del juicio de peligro.
- La medida del peligro: La constituye el conjunto de leyes científicas o de la máxima experiencia que, ante cierta base fáctica, permiten establecer un pronóstico de que el resultado se dará.
- El grado del juicio: Lo constituye el quantum de la probabilidad de ocurra el resultado, sobre la base fáctica existente.

c) Peligro concreto

Trasladado el debate acerca del peligro y sus variantes al campo de la norma penal, encontramos la diferencia que, desde siempre, ha existido entre los tipos penales denominados de peligro: peligro abstracto y peligro concreto.

No obstante, esa partición no es del todo recogida por la doctrina; a manera de ejemplo, HIRSCH¹⁵⁹ la rechaza y propone, mejor, llamarlos delitos de peligro y delitos de peligrosidad, pues, en su parecer, el peligro es uno solo como resultado y siempre es concreto. Considera que los “delitos de peligro abstracto” son tipos penales a los cuales el legislador les ha asignado, en la conducta, un resultado de peligro concreto.

La opinión generalizada enseña que habrá un delito de peligro concreto cuando el legislador incorpora ese *peligro* como elemento del tipo¹⁶⁰, lo que lo ubica en la categoría de objeto de prueba, de cara a la consumación de la conducta; es un asunto de estricta tipicidad.

159 HIRSCH; Ob. Cit; p. 514 y ss

160 Al respecto ver: CERZO MIR; ob. Cit; p. 111

MANTOVANI¹⁶¹ en clara coincidencia con lo anterior, define este tipo de delitos como aquellos en los cuales el peligro *debe* existir, en los cuales el peligro es elemento expreso del tipo, lo que exige su existencia y prueba.

Es decir, son tipos penales que exigen una conducta desvalorada con arreglo a un juicio *ex ante*, con un desvalor de resultado consistente en la efectiva puesta en peligro del objeto material del delito, razón por la cual se exige un contacto entre éste y la conducta desplegada por el autor. Al haber un resultado desvalorado, hay una mayor intensidad del ataque contra el bien jurídico, no obstante, la peligrosidad de la conducta no tiene mayor relevancia, pues el contacto con el objeto material es aleatorio, no previsible objetivamente al momento de la ejecución de la acción.

Así, dos (2) serían los elementos que caracterizan a estos delitos: la conducta peligrosa y el resultado de peligro sin excepciones descrito en la ley, conforme lo enseña KISS.¹⁶²

De ahí que se diga que, en este tipo de delitos, el juicio de peligro es del resorte exclusivo del legislador, quien recoge en los tipos penales, la totalidad de la base del peligro y el juez limita su tarea a comprobar su ocurrencia.

Pero, ¿esa incorporación del peligro debe ser expresa o, es posible, deducirla de las circunstancias que componen la conducta prohibida? La pregunta viene al caso por lo siguiente:

El Código Penal Colombiano prohíbe, dentro de los delitos contra la vida e integridad personal, la conducta del **abandono**¹⁶³, el cual reza:

161 MANTOVANI, Ferrando; Diritto penale – parte generale; 3 ed.; Cedam; Padova; 2001

162 KISS, Alejandro; Delito de lesión y delito de peligro: ¿qué es lo adelantado?; En: InDret; No 1; 2015

163 Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, 24 de julio de 2000. Art. 127.

“El que abandone a un menor o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo el deber legal de velar por ellos...”

¿Cuál el peligro derivado de ese abandono? No es necesario un mayor análisis para concluir que se trata de un peligro contra la vida o la integridad personal de la víctima, a pesar de no ser expreso, ni necesaria su referencia.

Máxime teniendo en cuenta que la conducta dejará de ser penalmente relevante si, antes de ser auxiliado por otra persona, la víctima es recogida voluntariamente por el obligado a velar por ella y éste **no** hubiere sufrido lesión alguna¹⁶⁴, lo que deja claro que el “peligro” que busca prevenir ese tipo penal es contra la vida e integridad personal.

Entonces, ¿esa conducta es de peligro concreto o abstracto por el hecho de que el peligro no está expreso en su texto, pero se deduce de las circunstancias del tipo y del capítulo?

Es por ello que, a efectos de precisar el alcance del peligro concreto, el énfasis se debe hacer sobre el *juicio de peligro* que, en el peligro concreto, es un juicio *ex post*, con análisis de todas las circunstancias concurrentes al hecho y, además, se establece, como ya dijimos, que el bien jurídico ha entrado en la órbita del comportamiento prohibido¹⁶⁵.

Esta delimitación del peligro concreto lleva, necesariamente, a concluir que cuando se habla de éste se hace referencia a bienes jurídicos individuales, con sustrato material, que son los efectivamente puestos en peligro.

164 *Ibidem*, art. 130

165 Al respecto: ROXIN, Claus; *Strafrecht, Allgemeiner Teil*; Tomo I; 3 Ed; Beck; Munich; 1997.

A este respecto, CORCOY BIDASOLO¹⁶⁶ expone que en los delitos de peligro concreto hay un resultado de peligro para el bien jurídico individual; un resultado “material” para el contenido del bien jurídico. Esto impone identificar un “objeto de la acción” sobre el cual recae el peligro, que pre-existe a la conducta y entra en el ámbito del peligro. La vida, v. gr., en el caso del delito de abandono que arriba se menciona.

Entonces, el peligro concreto exige bienes jurídicos materiales (aun cuando se aceptan algunos casos de bienes jurídicos inmateriales, a pesar de muchas confusiones al respecto), por la exigencia de que éste entre en contacto con la conducta prohibida y nazca de ello un peligro de lesión inminente, que no es necesario que se exprese, pero que debe ser constatado en un juicio *ex post*.

d) Peligro abstracto

Lo primero que debe decirse acerca de esta categoría de delitos, es que su precisión y definición, no puede resultar de manera *residual*, en tanto son delitos de peligro abstracto, los que *no son* de peligro concreto, puesto que ellos tienen sus propias características.

BAGES SANTACANA dice que la situación es al contrario, que la caracterización de los delitos de peligro concreto, se hace a partir de lo que no es peligro abstracto y define estos últimos como “... aquellos cuya formulación típica no precisa una concreta puesta en peligro del objeto material del bien jurídico protegido.”¹⁶⁷

En igual sentido MANTOVANI¹⁶⁸ define esta categoría de delitos como aquellos en los cuales el peligro no es requerimiento típico, no hace parte del tipo penal, pero se encuentra en éste de manera ínsita, ya que el legislador lo presupone, dada la

¹⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos; Tirant lo Blanch; Valencia; 1999.

¹⁶⁷ BAGES SANTACANA; Ob. Cit, p. 136

¹⁶⁸ MANTOVANI; Diritto; Ob, cit

caracterización de peligros que hace de la conducta prohibida o mandada y, en los cuales, al juez le basta determinar que el autor ha recorrido esa precisa conducta.

A partir de esta definición dice JESCHECK¹⁶⁹ que el bien jurídico está sustraído a la intervención del autor de la conducta, por lo que solo puede ser atacado a través del objeto de la conducta.

Ahora, sin importar ese orden, la tarea de precisar los delitos de peligro abstracto pasa por grandes dificultades, es cierto, como su lejanía con el bien jurídico, cuando no la falta de vinculación con alguno de éstos; o el hecho de estar soportados en *presunciones*¹⁷⁰, teniendo en cuenta que dichos tipos penales son sancionados con base en que la conducta allí prohibida, *generalmente*, causa daños; presunciones, además, de derecho (*iure et de iure*), lo que impone una contradicción con principios superiores del derecho penal que han significado conquistas del Estado liberal y democrático (v. gr., contradicción, carga de la prueba, presunción de inocencia¹⁷¹, entre otros).

Valga anotar lo expuesto por BAGES SANTACANA¹⁷² en punto a que en estos delitos no es suficiente el desplegar una conducta que *generalmente* se tiene por peligrosa, en contravía a la mayoría doctrinaria, sino que, también, debe verificarse su peligrosidad frente a las circunstancias específicas del caso, pues esa “generalización” no puede ser factor de determinación de la peligrosidad. De ahí que el autor tenga la peligrosidad de la conducta como elemento del tipo y no, únicamente, como su ratio.

Huelga entonces determinar qué es peligrosidad y qué es peligro:

169 JESCHECK, Hans Heinrich; Tratado de derecho penal – Parte General; Trad: Olmedo Cardente; 5 Ed; Ed. Comares; Granada; 2002

170 En este sentido ver: BINDING, Karl; *Die normen und ihre Übertretung*; Vol I; Frankfurt del M; Leipzig; 1922. Reimp: Aalen; Hamburg; 1991.

171 Al respecto: BUSTOS RAMIREZ, Juan y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; Los delitos de peligro; En: RCP; Vol. XV; 1968; p. 35 – 48 quienes han llegado al punto de pedir su exclusión del ordenamiento jurídico.

172 BAGES SANTACANA; Ob. Cit; p. 137

- Peligrosidad: atributo de la conducta que informa sobre su potencialidad lesiva. Implica un juicio sobre la misma al momento de ponerla en práctica: juicio de previsibilidad de generar lesión o poner en peligro el bien jurídico.

De ella depende la intensidad o gravedad del ataque y la lesividad de la conducta merecedora de sanción.

- Peligro: Son los efectos *ex post* de la conducta, al revelarse las consecuencias derivadas de ella.

Solo tiene incidencia, como desvalor de resultado, a efectos del merecimiento de pena; su presencia no revela un hecho más o menos grave, desde la perspectiva del injusto.

A partir de posiciones como la de BINDING, la doctrina ha llegado a coincidir en que el peligro abstracto se funda en una presunción de resultado, en que basta la simple realización de la conducta típica; sin embargo, hay discrepancias en torno a *qué se presume*: ¿la peligrosidad de la conducta o un resultado de peligro o lesión?, por lo que se llega, en palabras de algunos, a construir delitos de mera desobediencia o delitos formales, en los cuales se impone una pena sin la existencia de peligro alguno.¹⁷³

En punto a esa precisa presunción de derecho sobre la peligrosidad - de la conducta -, la doctrina italiana prefiere hablar de delitos *de peligro presunto o presuntivo*.¹⁷⁴

Así lo señala MANTOVANI¹⁷⁵ cuando define éstos como aquellos en los cuales el peligro no está ínsito en el tipo penal, sino que, al momento de la ocurrencia de la

173 Así: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes; En: Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia; Coord: POLITOFF, Sergio y MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Cono Sur; Santiago; 1998; p. 3-47

174 Al respecto ver: ANTOLISEI, Manuale; p. 266. BETTIOL, Giuseppe; Diritto Penale – Parte Generale; 2 Ed; G. Priulla Editore; Palermo; 1950. BETTIOL; Diritto Penale – Parte Generale; 6 Ed; G. Priulla Editore; Palermo; 1962

175 MANTOVANI; Diritto; Ob.cit

conducta, se determinará la existencia o no de las condiciones para la ocurrencia del evento lesivo, lo cual se presume *iure et de iure* y no admite prueba en contrario.

Con base en estas consideraciones, se dirá que el juicio del peligro para el bien jurídico ha sido trasladado del legislador al juez; en punto a que aquel solo ha puesto en el tipo penal una parte de la “base” del peligro y espera que el juzgador haga la constatación de la tipicidad de la conducta.

Valga un ejemplo, traído de KINDHÄUSER: cuando alguien corta una curva sin visibilidad, concurre un peligro abstracto, pues no se habría podido evitar intencionadamente un menoscabo en caso de que un vehículo se hubiera aproximado en sentido contrario. Que de hecho no se haya aproximado vehículo alguno era, desde la perspectiva del conductor o desde la perspectiva de cualquier participante en el tráfico, casualidad.¹⁷⁶

Aquí el Juez deberá solo verificar la existencia de la prohibición y el incumplimiento de dicha norma por parte del conductor para *presumir* el peligro y punir la conducta; basta con determinar que la conducta hace parte de un catálogo de comportamientos que se tienen por peligrosos, como lo dicen MARINUCCI y DOLCINI¹⁷⁷; no se hace necesario esperar, ni menos aún, verificar un resultado.

De igual manera, puede verificarse una situación de puesta en peligro abstracta, cuando el bien no puede utilizarse, en su función de medio para el desarrollo, cuando no es suficientemente seguro que al usarlos no sufrirán un daño; v. gr. No se utiliza el vehículo por el temor a sufrir un daño por la acción vandálica de un grupo en la vía; aquí el bien perdió su valor como medio para el libre desarrollo de su titular.

¹⁷⁶ KINDHÄUSER; Ob., cit

¹⁷⁷ Corso di diritto penale; 3 Ed; Giuffré; Milán; 2001.

Un ejemplo, siguiendo a MARINUCCI y DOLCINI,¹⁷⁸ ayuda a la comprensión de la diferencia entre peligro abstracto y concreto; supóngase el siguiente tipo penal:

- El conductor de un vehículo que cruce un semáforo en rojo, OCASIONANDO un peligro para las otras personas o cosas...: es este un tipo penal de peligro concreto, en el entendido en que el juez DEBERA verificar en el caso en particular que, al momento de la acción prohibida (pasar en rojo el semáforo), se acercaba alguna persona u otro vehículo, con la autorización para cruzar la calle y a la cual o al cual el conductor hubiera podido lesionar.

La comprobación del peligro ha de ser *ex ante* y el pronóstico requiere del máximo conocimiento disponible al momento de ejecutar la conducta, incluso, el conocimiento especial del autor, que le hubiere permitido conocer la probabilidad del peligro.

- El conductor de un vehículo que cruce un semáforo en rojo ...: se está en presencia de un peligro abstracto pues, basta para el juez, presumir que esa conducta, sobre la ley de la experiencia, es peligrosa; basta cruzar en rojo el semáforo, aun cuando no viniese ninguna otra persona o cosa.

En este sentido PALAZZO¹⁷⁹ considera que la generación de ese peligro, que se presume, es la violación de la norma penal, como en el caso del delito de abandono y, no se exige la destrucción del bien jurídico “vida”, sino que basta con la potencialidad de ese daño.

Son delitos frente a los cuales la barrera de protección penal está adelantada y no se requiere la verificación de lesión.

178 MARINUCCI y DOLCINI; Manuale; ob, cit, p. 208

179 PALAZZO, Francesco; Corso di Diritto Penal – Parte Generale; 2ª Ed; Giappichelli; Torino; 2006. En igual sentido, la 6ª Ed; 2012

Dice ANTOLISEI,¹⁸⁰ que en los delitos de peligro *presunto* (para nosotros PELIGRO ABSTRACTO) el legislador ha establecido una fórmula preventiva donde ese peligro es la *ratio* de su incriminación y, por ello, el juez no debe constatar la existencia del peligro, pues no es elemento del tipo, pero sí debe constatar la presencia del comportamiento peligroso. Valga aclarar que, para el autor, el concepto de peligro abstracto es inadmisibles, como quiera que si peligro es probabilidad de un evento temido, no es viable concebir una modalidad de delito donde esa probabilidad falte; de ahí que deba presumirse.

Por ello, otros autores, como ANGIONI¹⁸¹ y MANTOVANI¹⁸², los denominan delitos de peligro *indirecto*, para señalar que se está ante un evento peligroso para el bien jurídico, a diferencia del peligro concreto, en que sí se evidencia un peligro de lesión del bien jurídico.

Sea cual fuera la denominación adoptada, en los delitos de peligro ABSTRACTO o PRESUNTO se está frente a situaciones de “juicios preventivos de peligrosidad” formulados por el legislador, basados en leyes probabilísticas de la experiencia.¹⁸³

Lo anterior, unido a que en un gran número de casos de estos no es posible verificar la efectiva exposición al peligro en que se ha puesto al bien jurídico, lleva a concluir, como ya se dijo, que se trata de sanciones por conductas que representan una mera y simple desobediencia a un mandato o por un síntoma de peligrosidad individual del agente. Se trata, entonces, de situaciones en que la conducta es “formalmente” acorde a la descripción típica, pero “sustancialmente” inidónea para perjudicar el bien jurídico; no obstante, es punida.

De ahí que WESSELS haya sostenido que:

180 ANTOLISEI, Francesco; *L'azione e l'evento nel reato*; Milano; 1928. También, ANTOLISEI; ob. Cit, p. 266

181 ANGIONI, Francesco; *Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico*; Giuffrè; Milán; 1983

182 MANTOVANI, Ob., cit

183 FIORENTINO, Eugenio; *Principio di offensività e reati di pericolo astratto*; recuperado de: www.iniurepraesentia.eu

En los delitos de peligro abstracto es fundamental la suposición legal de que formas de conducta determinadas son *generalmente peligrosas* para el objeto de protección. Aquí, la peligrosidad de la acción *no* es característica del tipo, sino tan sólo *fundamento para que la disposición exista*, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular y, por ello, en estos casos la tipicidad de la conducta nunca desaparece ¹⁸⁴

Se establece, entonces, un parámetro de definición a partir del concepto de bien jurídico y, en los eventos de delitos de peligro abstracto, el injusto solamente encarna un desvalor de acción, tenida ésta por el legislador como presuntamente peligrosa, basado en su experiencia.¹⁸⁵

Esta característica del injusto hace difícil encuadrar este tipo de delitos de peligro abstracto en las diferentes categorías dogmáticas; mientras para algunos son delitos de mera conducta, en los cuales se pune la desobediencia del sujeto ante mandatos del legislador, otros los encuadran en categorías más allá del desvalor de acción, dándole sustento a un concepto tal como la *peligrosidad*.

No obstante, lo que importa, al final, es la forma cómo se determina el peligro en cada una de las categorías de delitos de peligro: Para el caso de los delitos de peligro concreto, este ejercicio resulta fácil, pues el peligro es elemento del tipo objetivo, por lo que la mera conducta riesgosa no resulta suficiente, sino que debe establecerse el efecto de la puesta en peligro del bien jurídico; es decir, lo que debe verificarse es que el peligro es una consecuencia de la conducta que genera un estado irreglamentario, sobre el cual puede suponerse que la realización del daño es muy probable. A su turno, en los casos de delitos de peligro abstracto esa probabilidad o eventualidad de la puesta en peligro no puede establecerse, pues el objeto de análisis no es el efecto de la conducta, sino la conducta misma, la cual se tiene por peligrosa *per se*. Resulta fácil concluir, entonces, que es la *peligrosidad* de la conducta y de su agente, reconocida de antemano por el legislador, lo que permite

184 WESSELS, Johannes; *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma; 1980

185 En este sentido ver: BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Derecho penal. Control social y sistema penal*. Tomo II. Bogotá: Leyer; 2008

criminalizarla, sin detenerse en la posibilidad de que ésta amenace o no el bien jurídico, es decir, sin que haya resultado alguno.

Esta falta de peligro material y, no obstante, su punición, es uno de los principales problemas que afronta esta categoría de delitos, en la cual se puede observar como tales, incluso, simples desobediencias administrativas o de policía, conductas inocuas por su inofensividad o actos preparatorios, llevándose de calle, ya lo dijimos, caros principios del derecho penal sustancial y procesal.

Con el fin de solventar las tesis clásicas, que hemos venido repasando, acerca de los delitos de peligro abstracto, se configuraron teorías que buscaban darle a esos algunos elementos del peligro concreto, a punto de tenerlos como *delitos de peligro abstracto – concreto*, con especial desarrollo en la teoría Alemana.¹⁸⁶ En este tipo de delitos así denominados, no se trataba de la simple peligrosidad general que el legislador incorporaba al tipo penal, pero tampoco se exigía al juez la verificación de una peligrosidad en concreto; lo que se pretendía era la comprobación, en concreto eso sí, de la ausencia de todo tipo de peligro, que llevara la conducta a un grado de atipicidad. La presunción *iure et de iure* se cambió por una presunción *iuris tantum*, que admitía prueba en contrario; no obstante, esto también significaba una violación del principio de la carga de la prueba, la presunción de inocencia y otros principios fundamentales del derecho penal.

La doctrina ha buscado salvar esta categoría de delitos y, para ello, ha buscado, o diferentes formas de recalificarlos, o formas de llenarlos de contenido material, en cuya labor ha incidido de manera activa la doctrina italiana, que ha propugnado por la verificación *ex ante* de la peligrosidad del comportamiento; no obstante, todas esas construcciones se han encontrado con los postulados tradicionales de esta categoría: presunción de derecho y peligrosidad, que llevan, siempre, al mismo fin:

¹⁸⁶ Ver, entre otros,; TIEDEMANN, Klaus; Lecciones de derecho penal económico; PPU; Barcelona; 1993. El mismo: Poder económico y delito; Trad: A. Mantilla Villegas; Ariel; Barcelona; 1985

con esta categoría se abren las puertas para castigar conductas sin contenido ofensivo.

Un sector doctrinal busca asimilar los delitos de peligro abstracto a la imprudencia (culpa, en el régimen Colombiano), ora por la infracción objetiva, ora por la infracción subjetiva del deber de cuidado. En este caso se ha de tener la violación del deber de cuidado ya como peligrosidad y, por ende, superación del riesgo permitido.

Otro sector los construye a partir de la fórmula de los delitos de lesión de bienes jurídicos colectivos, en donde la sola realización de la conducta es ya la lesión a éstos, la cual recoge la propuesta de BINDING¹⁸⁷ de ampliar el objeto de tutela por parte del legislador y hacer así una transformación de un delito de puesta en peligro, en un delito de lesión

CARRARA¹⁸⁸, en punto a bienes colectivos, admitió un daño efectivo para estos con la sola realización de la conducta prohibida; así, para delitos políticos, en los cuales la lesión se materializaba en el Estado, como perjuicio de un derecho universal o derecho abstracto, en que todos tenían interés, cuya efectividad radica en la ofensa de ese derecho, cuando el mismo funciona a plenitud para el desarrollo de las condiciones de los ciudadanos.

Actualmente se propone como fundamento de legitimación de estos delitos, la distinción entre daño material y daño jurídico, sin embargo, se considera que basta la sola realización de la conducta para lesionar el bien jurídico. Igualmente, se busca otorgar autonomía a los bienes jurídicos colectivos, de cara a dicha legitimación y, en este caso, habría una lesión *ex post* de un bien colectivo y una *ex ante* de un bien individual.

187 BINDING; Ob, cit; p. 390 y ss

188 CARRARA; programa; p. 121 y ss

CORCOY BIDASOLO,¹⁸⁹ en búsqueda de ese contenido material, considera el peligro potencial como forma de resultado de peligro, no en sentido material, sino como “idoneidad *ex post* de la conducta para lesionar”, sin que sea necesario acreditar un resultado; esto lo hace a partir de la asimilación de los delitos de peligro abstracto a los delitos de aptitud, en los que el legislador ha incorporado elementos de aptitud.

La posición de JAKOBS¹⁹⁰ se refiere a una lesión, hablando especialmente de delitos medio-ambientales, de la “aprovechabilidad del medio ambiente”, en punto a que ya no se podrá, después de la conducta de peligro abstracto, “actuar con la confianza de que éste no haya sido dañado”; no obstante, es menester rescatar que el autor es partidario de la restricción de la intervención penal en un ámbito en el cual la persona debe ser tenida como “ciudadano” y no como “enemigo del bien jurídico”, que llevaría a intervenciones anticipadas de naturaleza intolerable, justificando los delitos de peligro abstracto en ámbitos que requieren organización, por lo vitales para la comunidad y los ciudadanos; esto es, en ámbitos que requieren estandarización de comportamientos, debido a la imposibilidad de confiar en el control de sus consecuencias indeseables o porque es necesario “posibilitar decisiones masivas y homogéneas.” Es claro que esta concepción se explica por la postura del autor acerca de la necesidad de supervivencia de los sistemas sociales.

Sostiene el Tratadista que su fórmula de legitimación de los delitos de peligro abstracto se soporta en que el solo comportamiento típico “crea un peligro – al menos – abstracto de irrupción inmediata, y no a través del comportamiento posterior de las personas responsables, en una organización ajena” y, la conducta abstractamente peligrosa se define como perturbación externa, sobre la base de la

189 CORCOY BIDASOLO; ob., cit., p. 152 y ss

190 JAKOBS, Günther; *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*; En: *Estudios de derecho penal*; Trad: E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá; Civitas; Madrid; 1997; p. 293 - 324

“incalculabilidad de los posibles cursos de daño”¹⁹¹, lo cual se produce cuando el autor de la conducta pierde el dominio de la misma.

Esta dificultad para determinar el contenido de la categoría del *peligro*, ha llevado a varios autores a re-denominar las categorías en estudio y llamarlas, mejor, delitos de *peligrosidad* y *delitos de puesta en peligro*.

Al respecto han dicho, entre otros, HIRSCH¹⁹² y MENDOZA¹⁹³ que ha sido debido a una adaptación del término usado por la dogmática alemana “*abstrakte Gefährdungsdelikte*”, que se traduce como “delitos de puesta en peligro abstracta”, que en los ordenamientos de habla hispana se usa el término “delitos de peligro abstracto”, pero que éste resulta inadecuado como quiera que la puesta en peligro ha de ser concreta, sino no es puesta en peligro.

Siguiendo en esta línea, HIRSCH puso de presente las confusiones que se generaban en torno a los conceptos de peligro y peligrosidad y, sobre ello, la dificultad del análisis dogmático de los delitos de peligro.

Dijo el autor:

“la deficiente distinción entre el peligro y la acción peligrosa depende en gran medida de que las conclusiones obtenidas de la discusión acerca del concepto de peligro y de los delitos «de peligro», no han sido suficientemente analizadas sistemáticamente, ni terminológicamente estabilizadas, siendo sólo fraccionariamente abordadas sus consecuencias en Tratados y Comentarios”¹⁹⁴

191 *Ibidem*; p. 305 y ss

192 HIRSCH, Hans-Joachim; *Sistemática y límites de los delitos de peligro*. En: *Revista latinoamericana de derecho*, año V, núm 9-10. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; 2008

193 MENDOZA BUERGO, Blanca; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares. 2001

194 HIRSCH, Hans-Joachim. *Peligro y peligrosidad*. ADPCP. 1996

Bajo estas premisas, no se opone a la existencia de los delitos de peligro –concreto o abstracto-, pero ataca la forma en que se ha planteado el asunto. Para este autor, el punto de partida debe ser sí un objeto concreto ha sido puesto en una situación en la cual se puede suponer que hay un posible riesgo; es decir, si el objeto se encuentra dentro del ámbito de influencia creado por un peligro, entendiendo éste como un estado en el cual hay la posibilidad de que el objeto concreto sufra una lesión.

Y apunta que, en los eventos de peligro concreto, existe un resultado que se configura con la creación del riesgo para el bien jurídico penalmente protegido, situación real creada por el autor; en los casos de peligro abstracto no se requiere poner un objeto en peligro, sino que la acción contiene o crea el riesgo de que uno de los bienes mencionados posiblemente se encuentre en una situación de peligro; si bien se trata de un pronóstico, hace referencia a una situación real, creada por el autor.

Por tanto, para HIRSCH, la distinción no está entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, sino entre puesta en peligro de un bien y (mera) peligrosidad de una acción, la cual puede consistir en la creación de una situación de riesgo, con lo cual, hay es delitos de puesta en peligro –delitos de resultado, en los cuales sí hay una antijuridicidad material- y delitos de peligrosidad –delitos de mera conducta, en los cuales hay una desobediencia formal a la norma- divididos, estos sí, en peligrosidad concreta (que exigen comprobar el potencial lesivo de la conducta, ex ante) y, peligrosidad abstracta, que han de ser excepcionales en el ordenamiento jurídico-penal y deben convertirse, paulatinamente, en delitos de peligrosidad concreta, mediante la incorporación del peligro en la tipicidad objetiva.

1. Clasificación de los delitos de peligro abstracto

De cara a la legitimación de los delitos de peligro abstracto, son varias las clasificaciones que se han hecho de éstos con ese fin:

- a) Como delitos de lesión: Los delitos de peligro abstracto conllevan una lesión a un interés jurídicamente tutelado por el derecho penal, en los que, efectivamente, se presenta una vulneración del bien jurídico.

STÜBEL es uno de los principales referentes y defensores de esta posición y, para él se justifica criminalizar conductas peligrosas en atención a que ellas mismas, en sí, conllevan una vulneración a derechos subjetivos. Sostiene el autor que no solo el resultado permite comprobar una lesión al bien jurídico, pues hay acciones que engendran peligro en sí mismas y es esto lo que importa, pues ese peligro – reiteramos, que en sí misma conlleva la conducta - determina la antijuridicidad de la misma y así, impone al sujeto pasivo una limitación a su libertad y, en consecuencia, éste puede exigir que no se le lesione, ni se le ponga en peligro, equiparando lesión y peligro.¹⁹⁵

Como dicha equiparación resulta difícil de sostener, el autor limitó los delitos de peligro abstracto a aquellas conductas que se muestren como probables para causar lesión; pero, se enfrentó a otra situación difícil, cual es determinar cuáles eran esas conductas que conllevaban peligro en sí mismas, lo que llevó a concluir que ello dependía de la voluntad y criterio del legislador y, con ello, se violentarían los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y otros.

- b) Como delitos de agresión: Estos delitos generan perturbaciones a la existencia libre de molestias:

Al respecto sostiene BUSTOS que la equiparación hecha por BINDING entre los conceptos de peligro y lesión, lleva a concluir que el peligro es la alteración de las condiciones de seguridad, objetiva y subjetiva y, es esa alteración, el contenido del

195 STÜBEL, Christoph Carl; Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen. *Neues Archiv des Criminalrechts*. Tomo VII. 1826

injusto, máxime, si la función de las normas es el “aseguramiento del conjunto de condiciones de una sana vida jurídica.”¹⁹⁶

Así, el delito es la infracción a la norma jurídica en sí; esto es, una desobediencia de los mandatos de la comunidad para el aseguramiento de su tranquilidad y, en tal sentido, el derecho penal se convierte en instrumento para la conservación y mantenimiento del mundo del derecho, a través de la protección de bienes jurídicos entendidos como condiciones y situaciones dignas de protección penal, valoradas por el derecho y la comunidad.

Esos bienes jurídicos se ven lesionados cuando el autor desconoce las prohibiciones de lesión o de peligro establecidas en la ley, en la forma de normas que pretenden impedir la transformación del mundo exterior (prohibiciones de lesión) o de normas que prohíben acciones por el peligro que entrañan de llegar a causar una lesión (prohibiciones de peligro) que son las normas sobre las cuales BINDING construye la categoría de *delitos de agresión*.

Esta categoría así construida permite determinar el objeto vulnerado con la conducta y, por ende, permite establecer el núcleo de daño material: con éstos se afecta la existencia libre de molestias y lesionan la seguridad de los bienes jurídicos debido a la peligrosidad de la acción y, además, así se excluyen del mundo jurídico, los delitos de peligro abstracto, que no son más que sanciones a la desobediencia que requieren, de cara a su criminalización, que la acción sea peligrosa porque altera la existencia y causa un resultado verificable, con lo cual no se agota en el simple desvalor de acción.

2. Desvalor de acción o de resultado como fundamento

¹⁹⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan; ob. Cit.

a) Desvalor de resultado como fundamento de los delitos de peligro abstracto:

Los seguidores de esta corriente rechazan el criterio de *presunción* del peligro y, por ende, de que no haya necesidad de demostrarse la producción de éste.

Esta teoría se fundó en la creación del concepto de “presunción rebatible del peligro”, conforme la cual el peligro se tiene por realizado hasta tanto no se demuestre lo contrario, con el cual la diferencia entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto, es de naturaleza probatoria.

Bajo la influencia de esta teoría y sobre la base de la insuficiencia de la equiparación de los delitos de peligro a los delitos de lesión, se buscaron otras formas de demostrar el resultado en los delitos de peligro abstracto y, para ello, se intentó calificar jurídicamente el riesgo inherente a la acción, que constituye un resultado.

A la manera de la teoría de la imputación objetiva, en los delitos de peligro abstracto no se trata simplemente de una conducta típica, sino de una conducta con la cual se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y, por ende, se ha abierto una posibilidad de lesión, lo que hace que esa conducta sea materialmente peligrosa, con lo cual se aleja la consideración de que la peligrosidad es una presunción del legislador.

b) Desvalor de la acción como fundamento de los delitos de peligro abstracto:

Para quienes siguen esta posición, hay un cambio hacia la subjetivización del injusto, sobre la idea de que el individuo dirige su conducta obviando un deber de cuidado que le es exigido, rechazando con ello la judicialización en función del bien jurídico, que implica una suposición de un peligro.

Se parte de un concepto de acción como fuente de peligro, tendente a la creación de un riesgo posible y no sobre la base de un desvalor de resultado que la conducta suponga frente a los bienes jurídicos protegidos.

Se apela a la dogmática de los delitos culposos, en los cuales se funda el injusto sobre la base de cómo debe comportarse un sujeto frente a determinados ámbitos de relación creados por el legislador; para ello, se soporta en los criterios de infracción del deber de cuidado (necesaria observancia de criterios de comportamiento en ciertos ámbitos de relación) y aumento de riesgo permitido (superación de la barrera de riesgo permitido, socialmente aceptado).

Así, la medida de la culpabilidad y del injusto, está dada por el riesgo que el autor asume por actuar peligrosamente y el injusto se construye de manera formal, como contradicción de la conducta frente a un estándar admitido, lo que hace del peligro una fuente de potencia de lesión y no el efecto de la conducta.

A partir de estas construcciones, se abra camino la identificación de los delitos de peligro abstracto con los delitos culposos, en la cual y frente a los primeros, la antijuridicidad está soportada en el reconocimiento de la infracción al deber de cuidado.

BLANCA MENDOZA, siguiendo a HORN expone que éste reconoce los delitos de peligro abstracto como delitos de actividad de peligro, en los cuales no importa si se verifica o no una lesión a un bien jurídico, sino la infracción al deber de cuidado que, será punible, con independencia de la verificación de un resultado dañoso y, la punición de éstos se hace con fines ejemplarizantes, de cara a organizar de la mejor manera un ámbito de relación que el legislador considera merecedor de regulación.¹⁹⁷

c) Un desvalor propio de los delitos de peligro abstracto

¹⁹⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca; ob cit.

Visto como queda que, bajo los parámetros generales del concepto de desvalor, no es viable asignar un contenido a los delitos de peligro abstracto, sin llegar a la conclusión de que se trata de la simple y exclusiva peligrosidad general de la conducta, la doctrina se ha dado a la tarea de diseñar un desvalor propio de este tipo de delitos, que trascienda la conducta y su característica de peligrosa: se habla de un desvalor de conducta fundado en su peligrosidad general, sobre la base de una constatación *ex ante* real, objetiva o concreta.

La propuesta en punto al desvalor de esa conducta, se centra en admitir la prueba positiva de ciertos factores de riesgo que puedan afectar un bien jurídico colectivo, sin necesidad de que se produzca una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales, como lo reseña VARGAS PINTO.¹⁹⁸

Así, se superaría la simple ejecución de una conducta que se tiene por peligrosa y la prueba negativa de inexistencia de peligro en la situación concreta, con lo cual se puede salvaguardar la violación del principio de la carga de la prueba y del *in dubio pro reo*, llenando de un cierto contenido material o lesivo a la conducta peligrosa en abstracto, ya que se requeriría demostrar su aptitud o idoneidad concreta para poner en peligro el bien jurídico.

Esta constatación de aptitud de peligrosidad es admitida por amplios sectores doctrinales, aun cuando otros la rechazan al considerar que con ella se está creando un tipo penal de peligro concreto; nada más alejado de la realidad, pues el peligro concreto exige un contacto del bien jurídico con la órbita de la conducta, mientras que esa aptitud peligrosa de la conducta es una verificación *ex ante* que no se identifica con una puesta en peligro concreta.

Quiere esto decir que no basta la simple ejecución de una conducta que se tiene, de manera general, por peligrosa dada la probabilidad de daño; tampoco se trata de

¹⁹⁸ VARGAS PINTO; Ob., cit: p. 284

dar al peligro un contenido material concreto, pues se desnaturalizaría la figura el peligro abstracto; se trata de que, en cada caso, se demuestre que la conducta es, en concreto, peligrosa, sin que deba probarse el peligro como tal.

3. Legitimación de los delitos de peligro abstracto

Ha sido KINDHÄUSER¹⁹⁹ quien, con base en posturas de corte funcionalista, se ha ocupado de manera profusa, en los últimos tiempos, por establecer la legitimación de los delitos de peligro, pues considera que es un tema de gran intensidad en la dogmática alemana.

Inicia su análisis por los problemas que genera la “definición” de los delitos de peligro y el concepto mismo de “peligro”, el cual, de manera general, se asocia a la “probabilidad” de lesión del bien jurídico.

Frente a los delitos de peligro, dice KINDHÄUSER, se ha hecho una distinción general: delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto dependiendo de la clase e intensidad de dicho peligro y, dentro de esta distinción, se han ensayado otras subdivisiones, según la modalidad del peligro que lo único que logran es esconder más “...que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados.”

Hace la crítica anterior, además, porque considera que mientras no se resuelva un asunto trascendental, como es determinar si los delitos de peligro tienen un contenido autónomo de injusto frente a los delitos de lesión, de nada valen estas divisiones. Ese es un aspecto de urgente y de necesaria determinación, al cual se dedica.

199 KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. En: Revista Electrónica Indret, 1, 09. Barcelona. 2009. En red: <http://www.indret.com/>.

Sostiene que:

[...] razón de la intensa discusión en torno a los delitos de peligro atañe al anclaje ético-social del Derecho penal en una sociedad pluralista. Aquí se entrelazan dos movimientos con un efecto de reforzamiento mutuo. Por una parte, en una sociedad pluralista, se erosiona hasta quebrarse aquella base de orientación religiosa común y acuerdo moral que une a todos los ciudadanos del Estado. El Derecho se presenta como único sustituto más o menos estable para resolver aceptablemente conflictos de manera general. La consecuencia de esto es que la sociedad se “juridifica” cada vez más y, por tanto, aumenta la importancia del Derecho penal como medio de reacción frente al comportamiento desviado. En esta mecánica social, la reivindicación del carácter fragmentario del Derecho penal se convierte, tarde o temprano, en un postulado político- criminal no vinculante.

Y, entra a señalar, a manera de apoyo de justificación de los delitos de peligro abstracto, el argumento social más recurrido: que la sociedad moderna necesita y genera una cantidad de riesgos que “...conduce a inseguridades que apenas pueden ser dominadas por el conjunto de la sociedad. Progreso técnico y riesgos crecientes van de la mano y caracterizan la sociedad actual, desde una perspectiva sociológica, como sociedad del riesgo y, el único instrumento capaz de contener y regular dicha cantidad de riesgos, es el derecho y, en especial, el derecho penal, para que, a partir de las sanciones, se obligue e los asociados a respetar los límites de los riesgos tolerados y, a partir de la función preventiva, se inste a los asociados a no abusar de los avances tecnológicos en su beneficio y en desmedro de los demás.

Dice KINDHÄUSER:

“... el derecho penal se convierte, expresado en términos informales, en “arma multiusos” del aseguramiento social.

(...)

Con los instrumentos del Derecho público se puede generar una seguridad considerablemente mayor. En este caso se puede, por una parte, sujetar las autorizaciones para comportamientos y actividades peligrosos a concesiones cuyo otorgamiento presuponga la acreditación de estándares de seguridad. Por otra parte, se pueden fijar valores límite para los riesgos e imponerlos coactivamente. Ejemplos de esto son el otorgamiento de un permiso de conducción en el tráfico rodado, la regulación de las emisiones de sustancias nocivas realizadas por las instalaciones industriales o el control de centrales nucleares y plantas de residuos.

200

Pero, según el ilustre Tratadista, para el legislador los instrumentos eficientes son, únicamente, los del derecho penal entendido como el ámbito de esta rama jurídica que compete a las lesiones “culposas” de la norma.

En este sentido general, el fin del Derecho penal es constatar en un proceso formal la responsabilidad por lesiones de normas y someter a los responsables en especial a pérdidas de dinero o de libertad. De esta manera se puede mostrar que la infracción de la norma no merece la pena, de modo que se fortalece a los destinatarios de la norma fieles al Derecho en su fidelidad al Derecho y se disuade de tal comportamiento a los potenciales infractores de la norma.²⁰¹

Es a partir de estos presupuestos iniciales, críticas y planteamientos que el autor en cita propone su problema jurídico al respecto:

... según una interpretación extendida en la ciencia jurídico-penal, una parte más o menos grande de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable o, incluso, ilegítimo

Para resolver el problema planteado, se remonta a las épocas del Iluminismo, de cara a traer de allá los principios del derecho penal, entre otros, de la pena adecuada a la culpabilidad y de limitación del *ius puniendi*. Trae a colación a FEURBACH y su

200 Ibidem

201 Ibidem

máxima “*nulla crimen sine lege*” y el límite consistente en que, para aquel, son punibles solamente los atentados contra la seguridad del Estado y los comportamientos lesivos efectivamente de un derecho subjetivo de la víctima.

Igualmente, trae a la discusión la teoría de BIRNBAUM sobre los bienes jurídicos - mediante la cual se reemplaza la de FEURBACH, debido a limitaciones político criminales y dogmáticas - según la cual hay un desplazamiento del “derecho a un objeto”, hacia el “objeto sobre el cual recae un derecho.

Define así el cambio: “...mientras que para *Feuerbach* el injusto de los daños consistía en la lesión de un derecho sobre la cosa, la teoría de los bienes jurídicos ve el correspondiente injusto en el daño a la cosa sobre la que recae el derecho. La lesión de la sustancia reemplaza a la lesión del derecho”.²⁰²

Y, sobre la concepción de BIRNBAUM acerca del bien jurídico, surge para KINDHÄUSER el problema de la legitimidad de los delitos de peligro, según el problema jurídico ya mencionado, como quiera que, por regla general, este tipo de delitos no conllevan una lesión u ofensa a la sustancia de un bien jurídico, sino una simple puesta en peligro de lesión.

Para explicar su teoría, como ya mencionamos en acápite anterior, manifiesta que los delitos de peligro se montan sobre un esquema espacio – temporal que denomina “*paradigma de agresión*”, conforme al cual, a efectos de cometer un delito, hay conductas previas que constituyen delitos también, que son los denominados “delitos de preparación” que sirven al propósito de cometer el delito propuesto por el autor.

202 *Ibidem*

Es decir, hay un espacio entre la planeación y la ejecución de la conducta, en donde ocurren acciones diversas consideradas delitos, independientes de la acción planeada por el autor.

De la teoría del *paradigma de agresión*, se extraen dos (2) conclusiones a partir de este fraccionamiento espacio-temporal del hecho punible - desde la planificación hasta la lesión consumada - según sus seguidores, a saber:

Primera, valoran cada uno de los estadios de la realización del plan según la proximidad de cada uno de ellos a la lesión. Esto significa: el injusto más grave es la misma lesión del bien jurídico. Presenta un injusto menor aquella situación existente justamente antes de la lesión, en la cual depende más o menos de la casualidad que se produzca una lesión de la sustancia del bien. Esta situación se caracteriza como el resultado de la puesta en peligro concreto del bien jurídico afectado. Todos los demás estadios previos son estados de puesta en peligro abstracto.

Segunda, con cada reducción del peligro y la disminución, que va unida a ella, del injusto, decrece también el merecimiento de pena del comportamiento, merecimiento que depende nuevamente del valor del bien jurídico.

El siguiente ejemplo muestra bien esta 2ª conclusión: la constitución de una organización que planea atentados contra el cuerpo y la vida todavía podría ser eventualmente merecedora de pena. En cambio, la constitución de una organización que únicamente pretende cometer lesiones del honor ya no sería merecedora de pena.

La principal crítica que ha recibido esta teoría del *paradigma de agresión* es que hay casos de delitos de peligro que pueden llegar a tener la misma pena o una superior, incluso, a delitos de lesión, debido a la forma en que se hace la ponderación de los bienes jurídicos.

Pero, esa no es la principal crítica del Tratadista al *paradigma de agresión*, sino la que subyace de la siguiente pregunta:

si resulta que el injusto está fundamentado en la lesión de la sustancia de un bien jurídico, entonces, ¿cómo puede una puesta en peligro constituir ni siquiera un injusto?

Y, a efectos de responder el interrogante:

Para constatar el peligro, los defensores del paradigma de la agresión se sirven de un observador ficticio del acontecer. En su opinión, existe un peligro cuando tal observador considera más o menos probable la producción de la lesión. Ahora, lo decisivo es de qué conocimientos se dota a este observador.

Considera el autor alemán, en consecuencia, que lo que se requiere es crear una sistemática propia para los delitos de peligro, que supere la equiparación de éstos a los delitos de lesión o a los culposos, que es propio de quienes parten del paradigma de la agresión y, partir en el entendimiento de los delitos de peligro, de que el injusto en éstos radica en la vulneración de las condiciones necesarias para la participación racional.

Ello, por cuanto para constatar el peligro, en la forma en que lo plantean los seguidores del *paradigma*, el profesor en cita hace el siguiente análisis:

Si el observador ha de ser omnisciente, su juicio *ex ante* se solapa con la constatación *ex post* de que se ha producido el resultado de lesión pues, para un observador omnisciente, en un mundo determinado solamente son peligrosos aquellos estados que además conducen realmente a un resultado de lesión. Bajo esta condición, el juicio de peligro sería superfluo. El injusto de peligro sería únicamente un estadio previo necesario al injusto de lesión.

Si el injusto de peligro ha de tener un significado autónomo respecto al injusto de lesión -y eso es lo que entienden los defensores del paradigma de la agresión-, entonces también debe concernir a aquellas situaciones en las que después no se ha producido el resultado de lesión. Sin embargo, en tal caso el juicio de peligro se basa en un error del observador, quien, por tanto, no conocía todos los hechos relevantes para un pronóstico correcto del curso causal.

Y, concluye en que sería un despropósito fundar un injusto en ese error del observador – que, además, es “fingido” por el Juez – sobre el curso causal de una conducta y sancionar a su autor cuando su acción no ha lesionado un bien jurídico.

Además, expone que en la base de este paradigma hay lugar a una gran confusión entre los elementos objetivos y subjetivos del tipo, en atención a que si el autor tiene especiales conocimientos y puede advertir que su conducta no causará lesión alguna, debería el *observador ficticio* estar dotado de los conocimientos de dicho autor y, si el juicio de peligro hace referencia al injusto del tipo objetivo y tales conocimientos hacen parte del injusto subjetivo, de haría una “mezcla” que llevaría a confusiones de gran calado.

Entonces, en los delitos de peligro abstracto, la vulneración está dada por el menoscabo del valor de los bienes jurídicos, al punto que los demás no pueden hacer uso de éste, no lo pueden usar como medio para el desarrollo personal.

Aquí, con la conducta de peligro abstracto no se afecta la sustancia, sino el valor de la sustancia, menoscabando la función del bien como medio del libre desarrollo. Es una normativización del peligro.

En este afán de legitimar los delitos de peligro abstracto, surge la posición funcionalista de GÜNTHER JAKOBS, quien comprende el derecho penal como un subsistema del derecho que tiene la función de salvaguardar las expectativas normativas y, en el cual, hay delitos de peligro abstracto formulados como simples reglas de obediencia que, frente a la pena, no se basan en la elección racional de

un deber de cuidado, sino en la observancia sin objeciones de las órdenes que emanan de la norma penal.

Estos delitos de peligro abstracto, están tipificados en clave didáctica para que el sujeto ejercite su fidelidad al derecho.

En punto a la doctrina italiana, a partir de los años 80 del siglo pasado, admite con menos reticencia, la existencia de delitos de peligro abstracto, principalmente por el avance del reconocimiento del principio de racionalidad, dentro del cual el legislador puede determinar, dentro del tipo, los elementos de la punibilidad y, uno de ellos, puede ser una presunción.

Así lo dice PAGLIARO cuando manifiesta: "mientras es verdad que no puede haber delito donde no haya sido ofendido (lesionado o puesto en peligro) el bien protegido por la ley, es cierto también que la verificación de esta ofensa se debe juzgar desde el punto de vista del legislador".²⁰³

Otros autores²⁰⁴ sostienen que es la vida misma, el desarrollo social en ciertos ámbitos el que impide renunciar a la tutela de bienes mediante el uso y recurso de los delitos de peligro abstracto, dado el nivel de riesgo asociado a ciertas actividades; no obstante, reconocen que hay una tensión entre este tipo de delitos y el principio de ofensividad o lesividad y, a efectos de resolverla, consideran que hay requisitos y límites para el uso de esta herramienta: unos, los ven en la particular relevancia del bien jurídico, como lo expresa PADOVANI; otros, en que las consecuencias punitivas sean de menor intensidad que las previstas para delitos de lesión o peligro concreto, como dice DONINI; otro sector sostiene que su recurso

203 PAGLIARO, Antonio; "Il reato". En Grosso, C.F., Padovani, T., Pagliaro, A., *Trattato di Diritto penale*, Milano, Giuffrè; 2007.

204 En este sentido ver:: PADOVANI, Tulio; *Diritto penale*, 9 Ed.; Milano: Giuffrè; 2009. MANTOVANI, Ferrando *Diritto penale*, parte generale. Padova: Cedam; 2009. PULITANÓ, Domenico; *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano: Giuffrè; 1976. DONINI, Massimo; *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano: Giuffrè, 2004. GRASSO, Giovanni; "L'anticipazione della tutela penale; i reati di pericolo e i reati di attentato". En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (3) 1986.

vaya en decadencia o vayan siendo convertidos en contravenciones, como lo propone PELLISERO²⁰⁵ y, que, atendiendo a la técnica legislativa, la supresión del peligro inherente a la conducta tipificada sea muy difícil, como lo plantea FIANDACA.²⁰⁶

Esta consideración de FIANDACA ha llevado a que autores como MARINUCCI y DOLCINI²⁰⁷ consideren que los delitos de peligro abstracto son una clase muy restringida, a la cual se recurre, cuando otros mecanismos de control social han resultado ineficaces.

En aras de encontrar legitimidad a la consagración de este tipo de delitos, otros han considerado que lo que debe hacerse es un cambio de naturaleza probatorio; esto es, que cuando se tipifiquen delitos de peligro abstracto, la ofensividad de la conducta quede incólume hasta que se demuestre la no lesividad del comportamiento.

Ahora bien, al revisarse la jurisprudencia italiana el panorama es bien diferente, pues la magistratura, si bien ha rechazado algunos preceptos considerados como de peligro abstracto, ha recurrido mejor a criterios como la proporcionalidad, antes que a criterios de falta de ofensividad.

Para explicar esta situación, se ha dicho que la jurisprudencia ha evitado entrometerse en asuntos de exclusivo resorte del legislador (configuración legislativa) o ha considerado – como atrás se dijo - que este tipo de delitos son irrenunciables ante ciertos ámbitos de desarrollo social.

Ejemplo de esto son la sentencia SCC 286/1974 en que se lee, respecto al delito de incendio:

205 PELLISERO, Marco; *Pericolosità sociale e doppio binario*. Torino: Giappichelli, 2008

206 FIANDACA; Ob. Cit.

207 MARINUCCI y DOLCINI; ob. cit

"No se produce, por tanto, violación del art. 3 de la Constitución reconduciéndose la disciplina diferenciada [entre incendio de cosa ajena, considerado por los recurrentes delito de peligro presunto y el incendio de cosa ajena, delito de peligro concreto, art. 423 inc. 1 y 2, respectivamente] en una no irracional elección legislativa que, además, podría encontrar su justificación en la diversa valoración del comportamiento del sujeto, según que incida sobre cosa ajena o sobre la propia"

O, la sentencia SCC 333/1991, en punto a la `posesión de droga en pequeñas cantidades en la cual manifiesta que hay presencia del principio de ofensividad en este caso; señala el fallo en su considerando No 9 que la racionalidad y el principio de ofensividad se hayan estrechamente vinculados y concluye diciendo que: "Las incriminaciones de peligro presunto no son incompatibles, en principio, con las disposiciones constitucionales" y le reconoce al legislador "la individualización tanto de la conducta a las cuales vincular una presunción absoluta de peligro como al grado o umbral de peligrosidad a la cual hacer referencia".

Solo hasta principio de este siglo se puede encontrar una sentencia en la cual se haya hecho efectiva la aplicación de la lesividad para excluir una norma del ordenamiento jurídico; fue en la sentencia SCC N° 354/2002, al determinar la inexecutable del art. 688 del Código Penal, Inc. 2, que preveía una sanción privativa de la libertad para quien, teniendo antecedentes por delitos dolosos contra la vida o la incolumidad personal, fuera sorprendido en estado de ebriedad.

Dice la sentencia: "la norma punitiva, más allá de la intención del legislador, termina por castigar no tanto la ebriedad en sí (...) sino una cualidad personal del sujeto".

Merece cita, la sentencia SCC 62/1986, pues en ella, al decir de MANES²⁰⁸, se impone al Juez "... la tarea de comprobar *hic et nunc* que el comportamiento

208 MANES, Vittorio; Il principio di offensività nel diritto penale, Torino: Giappichelli, 2005.

abstractamente peligroso en la descripción del legislador haya alcanzado un *mínimum* de ofensividad en el tipo concretamente verificado"; es decir, se da al principio de ofensividad la naturaleza de "canon hermenéutico unánimemente aceptado",

Se trataba de un caso de posesión de pequeñas cantidades de explosivos, en que la Corte resolvió que el Juez debía "establecer si una mínima cantidad de explosivo sea, en el caso concreto, inidónea para ofender los bienes tutelados de la normativa en discusión: y para llegar a dicha conclusión, el juez no puede sino considerar todos los instrumentos hermenéuticos que todo el sistema ofrece"

Así entonces, en punto a los delitos de *peligro abstracto*, podemos definirlos ya como comportamientos que el legislador, en su facultad de configuración, y sobre la base de *estadísticas* que los evidencian como probablemente peligrosos, los tipifica, de cara a evitar resultados dañosos, pero que no lesionan un bien jurídico individual o colectivo, ni lo pone en peligro, con lo que se hace es un adelantamiento de la barrera de protección penal, con fundamentos de política – criminal, concluyendo que los eleva a la categoría de delitos para evitar conductas más graves que sí causarían daños o lesiones efectivas, en caso de no preverse su ocurrencia.

Puede concluirse, sin duda, que el peligro que engendra la conducta lo crea es el legislador *ex ante* y no el autor de la conducta, quien solamente lo supone y decide ejecutar la acción.

Ahora bien, decíamos que no obstante estos problemas de búsqueda de legitimación de los delitos de peligro abstracto, su crecimiento y expansión, como técnica legislativa, es bastante notoria.

A esa expansión, hay que agregar que, actualmente, se viene dando un especial reconocimiento – producto del avance de la sociedad y sus complejidades – a

bienes jurídicos *supraindividuales* cuya protección exige de esa barrera de protección adelantada, en atención a que esos suponen un referente individual²⁰⁹, razón que lleva a buscar criterios de legitimación de los delitos de peligro abstracto dentro de los límites del derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, partiendo, en primer lugar, de que pueda encontrarse una mínima carga de ofensividad en algunos de estos delitos que los haga acordes con ese modelo de derecho.

JOAQUIN BAGES SANTACANA²¹⁰ propone una fuente de legitimación de este tipo de delitos en la medida en que la conducta se apta para producir un resultado de lesión contra el bien jurídico y el fin de la norma sea *evitar* conductas que superen ese nivel de peligrosidad.

E inicia su propuesta manifestando que los análisis de política – criminal acerca de los delitos de peligro abstracto, se mueven entre dos (2) extremos, hasta cierto punto, antagónicos: uno, la utilización del derecho penal como arma para evitar el mayor número posible de conductas dañosas u, otro, la condición de *ultima ratio* entre los mecanismos de control social del Estado y, manifiesta que la evolución de la sociedad, las necesidades propias de una “comunidad global” en la que cada día se presencian mayores actividades generadoras de riesgo, la *sensación* de inseguridad con que viven los ciudadanos, producto incluso de riesgos inexistentes, lleva a la necesidad de que esa condición de *ultima ratio* unida al principio de mínima intervención, no conlleve a que el derecho penal deba mantenerse en su dimensión tradicional de protección de bienes jurídicos individuales.

Es decir, BAGES SANTACANA plantea la necesidad de dar un contenido material al injusto de los delitos de peligro abstracto, en atención a que su existencia e incorporación al derecho penal, son evidentes en punto al desarrollo social de la

209 En ese sentido SILVA SANCHEZ, Jesús; La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales; 3 Ed; Ed. Edisofer; Montevideo/Buenos Aires; 2011

210 BAGES SANTACANA, Joaquín; El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto; Tirant lo Blanch; Valencia; 2017

comunidad – tecnológico y científico, en especial – que no permite ignorarlos, ni desconocerlos.

SILVA SANCHEZ al respecto manifiesta:

“... el medio ambiente constituye un “contexto” esencial de bienes personales del máximo valor, lo que justificaría la intervención penal para garantizar lo que se ha venido denominado como “desarrollo sostenible. Pero no correspondería al derecho penal “gestionar” el problema ecológico en su globalidad, sino sólo determinados aspectos del mismo, en concreto los que constituyan condiciones necesarias para el desarrollo de la vida humana”²¹¹

Es decir, la legitimación de los delitos de peligro abstracto se convierte en una necesidad del mundo moderno, de cara a proteger bienes jurídicos colectivos, cuya lesión puede impactar en los tradicionales bienes individuales, sin que se conviertan, claro está, en la regla general, pues es menester reconocer que el derecho penal no puede, ni debe interferir en todas las actividades generadoras de riesgos, pues debe existir un mínimo de tolerancia frente a riesgos incontrolables propios de las actividades de riesgo.

Y, cuáles serían los límites para la legitimación de los delitos de peligro abstracto: los proporciona el concepto de bien jurídico, unido al principio de lesividad y proporcionalidad, además de la protección de las víctimas potenciales de las actividades peligrosas, frente a las cuales se anticipa la barrera de protección.

Valga anotar, el bien jurídico no puede ser presa de las tendencias que procuran su abolición, pues este constituye un límite al *ius puniendi*, cuya función crítica y limitativa no puede desaparecer. Bien vale al respecto lo dicho por ROXIN en cuanto los bienes jurídicos son “aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas...[y] Sin estas realidades no sería posible en

211 SILVA SANCHEZ; la expansión...; p. 132 y ss

nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles”²¹²

Además, sin bien jurídico, como objeto de referencia, no es viable dar legitimidad a los delitos de peligro abstracto, pues la cercanía o lejanía de la lesión al mismo, determinarán la ofensividad de las acciones punidas.

4. Características de los delitos de peligro abstracto

Son las principales características de estos delitos:

- ✓ Presunción en contra del imputado: Bien que se trate de una presunción de derecho (*iure et de iure*) o de hecho (*iuris tantum*), de conformidad con la teoría de legitimación que se adopte, se trata de delitos en los cuales hay una presunción en contra del autor creada por el legislador, que no admite prueba en contrario o que debe desvirtuarse, con prescindencia del resultado efectivo, el cual puede, incluso, ser remoto en su producción.

El peligro, se ha repetido en varias oportunidades, no hace parte de la tipicidad objetiva, sino que es la *ratio* de la consagración legislativa y deviene de resultados estadísticos que el legislador ha considerado.²¹³

Es decir, lo que se tipifican son actos preparatorios de otros verdaderamente lesivos, cuya producción solo conoce el autor de la conducta inicial; v. gr. Manejar un automotor bajo la influencia del alcohol, no engendra un peligro concreto, pero puede ser preparatorio de un atentado o lesión contra la vida de un tercero y, como estadísticamente es probable la causación de un daño o la amenaza a un bien jurídico, el legislador, *ex ante*, prevé tal situación y hace punible el acto preparatorio.

212 ROXIN, Klaus; El Nuevo desarrollo de la dogmática jurídico – penal en Alemania; En: InDret; No 4; 2012

213 Ver: RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa: “Delitos de peligro, dolo e imprudencia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004

- ✓ No producen lesión alguna: Dado lo difuso, etéreo del objeto de tutela penal, no es dable comprobar esa lesión o peligro concreto que el legislador ha presupuesto o asumido como efectiva y, por ello, basta la mera realización de la conducta para que el delito se entienda consumado, haciendo inexistente el principio de lesividad.

Es importante tener en cuenta que, con la violación del principio de lesividad, se está llevando de calle el fundamento de la antijuridicidad (en su versión material), pues, además, la conducta es inocua para lesionar el bien jurídico y, tan solo es peligrosa para éste, en virtud de que *ex ante* el legislador la ha tenido por tal.

ZAFFARONI, ALAGIA, SKOLAR²¹⁴, definen esta característica como “tipicidad conglobante” y postulan:

“Los conflictos penales sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro (art. 19 CN) que se producen en la interacción humana, de modo que *no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien*”

- ✓ Función preventiva (adelantamiento) y simbólica: Si no hay lesión, si basta la mera conducta que se presume puede generar peligro o lesión al bien jurídico, es claro que este adelantamiento de la barrera de protección penal tan solo tiene por efecto el “enviar mensajes” de tranquilidad a la sociedad, en punto a que ésta se sienta segura; es lo que se ha denominado derecho penal simbólico, producto de la expansión punitiva.

214 ZAFFARONI, ALAGIA, SKOLAR; ob. cit

Se sancionan, reiteramos actos preparatorios que no ponen en peligro, siquiera, al bien jurídico, pues lo que buscan -y ello está en la mente del autor- preparar, de pronto, otros que sí pueden llegar a tener entidad dañosa.

- ✓ Castigo de la desobediencia a la norma: Con base en lo anteriormente dicho, los delitos de peligro abstracto son la materialización del fin de fidelidad a la norma, propio de regímenes autoritarios, que no liberales y de derecho.

La ofensividad pasa a segundo plano, pues el relieve está en la tutela de la norma y, como su potencial daño o lesión no es verificable, se debilita el concepto mismo de bien jurídico, subyacendo solo uno de importancia para el legislador: la voluntad del Estado.²¹⁵

Este último aspecto ya había sido puesto de manifiesto por FERRAJOLI, al decir que, en sintonía con las reacciones anti-ilustrada y anti-garantista, los derechos subjetivos naturales que eran objeto del delito, pierden todo valor axiológico, pues todo se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo éste considera digno de ella, y más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la fidelidad.

No deja de preocupar el hecho de que, además, de violentar garantías sustanciales (culpabilidad, estricta legalidad, taxatividad, *lex certa*, y otras), la consagración de este tipo de delitos de peligro abstracto, con las características que le hemos revisado, atropella igualmente caras garantías de naturaleza procesal: la presunción de inocencia, triunfo máximo del Iluminismo y la Revolución del derecho liberal y democrático, se ve arrasada cuando es el autor de la conducta quien debe “probar” que con la misma no ha generado el peligro que de ella se presume.

²¹⁵ *Ibidem*; ob. cit

Qué decir del principio al debido proceso, que se ve completamente desmantelado cuando el ente fiscal no debe hacer el más mínimo esfuerzo probatorio (que le reclama por ser el titular de la función acusatoria), sino que se limita a presentar ante el juez a un “enemigo” a un ser “peligroso” que ha desconocido las reglas establecidas y, por ende, engendra riesgos potenciales para la sociedad y, este Juez no debe hacer ninguna elucubración sobre la demostración probatoria del ilícito, pues éste entra a juicio ya “probado” y se va, como dijimos atrás, a derrumbar esa “presunción de culpabilidad”

e) Algunas consideraciones adicionales

Resulta de importancia atender lo expresado por MANTOVANI²¹⁶ en cuanto al cambio de sociedad de peligro a una sociedad de riesgo, como paso del estado liberal al Estado social, a una sociedad de tutela anticipada del riesgo.

El Estado de peligro se caracterizaba, en su derecho penal, por estar constituido por delitos comunes, cuyo destinatario era el ciudadano; golpea conductas ab initio, sin medida de riesgo consentido; la tutela cobijaba bienes individuales y supraindividuales; el peligro era siempre tomado como ofensa o presunción de ofensa, con lo cual el principio de lesividad no se veía conculcado; los autores de las conductas eran punidos por desobedecer medidas y cautelas.

A su turno, el Estado de riesgo esta, en su derecho penal, constituido por delitos cuyos destinatarios son sujetos predeterminados, que desarrollan actividades de riesgo permitido, es decir, son tipos penales propios; esas conductas donde se desempeñan los sujetos, con lícitas, por ende, no son punibles en sí, pero sí por ponerlas en marcha sin previos controles; lo que se protege son bienes jurídicos intermedios, que sirven de instrumento para la tutela de bienes finales; ante este derecho penal, hay una derogatoria del principio de ofensividad, pues esos bienes finales no son, siquiera, puestos en riesgo y, entonces, se está frente a situaciones

²¹⁶ MANTOVANI; Diritto; Ob., cit

de “riesgo no consentido” más que ofensas o resultados dañinos; los autores son punidos, en primer lugar, por la inobservancia u omisión de normas de garantía de la producción y normas de ejecución y organización de la actividad.

Esta sociedad de riesgo plantea, según MANTOVANI, un problema de individualización de los mecanismos de control del riesgo, ante lo cual se plantean dos (2) alternativas:

- La salida del derecho penal, dada su inoperancia en este modelo o, la adopción de otros modelos extrapenales;
- Mecanismos de control extrapenal, soportados en los principios del ius puniendi, pues su retiro definitivo generaría un alto riesgo de improvisación.

CAPITULO IV

A MANERA DE CONCLUSION Y TOMA DE POSTURA

Es una realidad innegable que el “peligro abstracto” viene ganando espacio, importancia y preponderancia en las legislaciones penales por las razones que son ampliamente conocidas: nuevos intereses jurídicamente dignos de tutela penal, nuevos y mayores riesgos a los que se enfrenta la actual sociedad y sus integrantes y, desde un punto de vista procedimental y utilitarista, una menor carga probatoria, en la medida en que se parte de una presunción de derecho, en punto a que el “peligro” no debe ser demostrado, ni siquiera, desvirtuado pues si es presunción *iure et de iure* esa posibilidad no existirá.

Desde una óptica sociológica resulta fácil adherir a esta posición y a esta línea legislativa, pues siempre es rentable hacer más flexible la lucha contra la criminalidad, generando una sensación de seguridad en los asociados; pero, esa lucha, no puede librarse a costa de la relativización de los principios que tanto esfuerzo han costado a la sociedad moderna, constituida bajo los parámetros de un Estado social y democrático de Derecho y que han permitido contener la fuerza desmedida del *ius puniendi* en cabeza del Estado.

Siguiendo a FERRAJOLI²¹⁷, cuando la sociedad considere que debe cambiar su esquema punitivo y esa reforma choque contra la Constitución Política, debe modificar la Constitución, pero no puede “adaptar” interpretativamente sus preceptos a las necesidades del momento. Dice el ilustre Profesor: no se puede “sucumbir a la falacia hoy habitual en nuestra cultura jurídica, según la cual lo que por hipótesis la Constitución consiente es también justo e incontestable”.

Referencia esta que la adoptamos en sentido negativo: no puede consentirse que aquello que no está considerado por la Constitución, puede adaptarse a ella, flexibilizando o matizando sus preceptos.

217 FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta; 2009. p. 556

Es preferible la postura de BRICOLA en punto a una rigidez de la Constitución²¹⁸, que obligue a modificar sus parámetros, si es que es del caso, a permitir una Carta Magna “flexible” que admita y permita lo que la sociedad o el legislador pretenda en cualquier momento.

Y, frente a la Carta Magna, en primer lugar, que debe compararse la estructura y contenido de los delitos de peligro abstracto, de cara a adoptar una postura sobre los mismos y, en ese aspecto, hemos de concluir que, bajo la filosofía que inspira la Constitución Política, tanto colombiana como italiana, este tipo de delitos no tienen asidero.

En un Derecho penal “constitucionalizado”, regido por el principio de ACTO, como conquista de la laicidad del Estado moderno, no es viable sancionar a una persona por lo que es o representa, sino y exclusivamente por su conducta desplegada con voluntad y con un resultado, unido por una relación de causalidad, lesivo para un bien jurídico de un tercero; es decir, no basta la mera ejecución de una conducta por parte de un agente, si esta no ataca y lesiona o, al menos, pone en peligro, un interés o derecho de otro; pero, ese interés o derecho de otro ha de ser penalmente relevante.

Así, se entiende que esa conducta humana debe impactar, efectivamente, en un derecho de terceros, y la verdad no tiene relevancia alguna si ese tercero es persona natural o jurídica, colectiva o indeterminada, con un menoscabo cierto y concreto (se repite, en términos de lesión o puesta en peligro) para el mismo.

Consideramos, entonces, que el problema central no está en el bien jurídico, pues éste puede ser de naturaleza personal, supraindividual o colectivo, - dependiendo de la denominación que se le asigne, según la Escuela o posición dogmática que se acoja -, y ello no presentará dificultad alguna en punto a los delitos de peligro abstracto; es decir, lo que interesa es que el interés que se eleve a la categoría de *bien jurídico* cumpla con los requisitos que la Constitución y la ley exigen.

218 BRICOLA; Ob, cit

Los intereses merecedores de tutela penal no han de ser cualquiera en un Estado de derecho, pues ello conducirá indefectiblemente a un *expansionismo* del Derecho penal y a un *populismo punitivo*²¹⁹ propios de los Estados totalitarios; los intereses dignos de tutela penal han de ser aquellos esenciales y necesarios para el correcto desarrollo de la persona y de su vida en sociedad, cuya protección merezca, por el consenso social, la reacción del *ius puniendi* como fuerza del Estado.

Que los intereses colectivos o supraindividuales, hoy en día, como lo es el medio ambiente o la seguridad pública, solo por citar dos (2) ejemplos sean dignos de tutela penal, es una decisión de la sociedad, en un momento histórico definido, si es que su protección y salvaguarda se consideran necesarios y esenciales para la sociedad.

Frente a este tema del bien jurídico, solo quedaría por analizar la *necesidad* de convertir esos intereses en bienes jurídicos protegidos, pues, si es viable protegerlos con iguales resultado, pero con menos intervención en la esfera privada, pues ha de preferirse esa segunda opción.

En punto al medio ambiente, y lo tomamos como ejemplo, su protección ha venido siendo entregada al derecho administrativo sancionador, el cual ha resultado efectivo hasta cierto punto; sin embargo, la protección que brinda el Derecho penal, desde su función preventiva y suasoria de la pena, pueden arrojar mejores resultados en la lucha por su preservación, eso es claro.

El Derecho administrativo sancionador no tiene más fuerza sancionadora que el aspecto económico, a través de multas, las cuales no son, en la mayoría de los casos, suficientes para evitar conductas atentatorias contra aquel; los autores de las grandes contaminaciones u otras formas de daño ambiental, terminan por

219 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando; *Manual de Derecho Penal. Parte General* (5a ed.). Bogotá: Ed. Jurídicas Andrés Morales; 2013

“incorporar” a sus costos el valor de dichas multas, con lo cual el poder de prevención general, ya positiva, ya negativa, es muy frágil y poco coercitivo. Igual ocurre en materia impositiva en donde la evasión de impuestos, entre otras conductas, se castiga por esa misma vía, con resultados parecidos.

Entonces, solo de cara al problema de la protección penal de estos intereses, es fácil deducir que la sanción penal es mucho más efectiva y con mayor poder de intimidación, lo que haría del derecho penal una herramienta *necesaria* en la lucha contra su afectación, lo que permite considerar la consagración de esos intereses como bienes jurídicos.

Resulta importante que tengan, como en el ejemplo asumido lo tienen, un referente constitucional y exista un consenso social que legitime su incorporación en el abanico de los derechos protegidos penalmente.

Dónde, entonces, radica el problema: en la configuración de los tipos penales a través de los cuales se prohibirán o mandarán las conductas en pos de la protección de esos fines.

Ha quedado claro que, sin importar la denominación que quiera dárseles, los llamados de manera genérica, *delitos de peligro abstracto* tiene unas características sobre las cuales hay unanimidad:

- Protegen bienes jurídicos supraindividuales
- No incorporan el peligro dentro del tipo penal
- La peligrosidad se presume

En punto a la segunda y tercera de esas características, es en donde reside la inconformidad con el Derecho penal vigente.

Recurramos a un ejemplo: ¿Porqué ha de tener responsabilidad penal una persona que va conduciendo un vehículo en estado de embriaguez?

Lo primero que se ha de decir es que está violentado una norma penal que prohíbe esa conducta; es decir, es una conducta típica y sobre ello no habría problema alguno; en segundo lugar, de cara a la antijuridicidad (se insiste con GALLO en que ésta es solo formal) tampoco hay discusión; el problema radica en sostener que el contenido de esa conducta (lo que otros denominan la antijuridicidad material) ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico.

Y, es que ni siquiera es dable, desde la óptica propia, sostener que esa conducta es lesiva del interés jurídico protegido – bien jurídico – de la seguridad pública o la seguridad vial, pues una respuesta tal, así de simple, caería en el espacio de la responsabilidad objetiva, en donde se sanciona por el simple hecho de recorrer el tipo penal.

¿Cuál es el peligro que conlleva, de manera concreta, esta conducta? Ninguno, al menos, que amerite la intervención penal por ese simple hecho.

Hasta este momento se estaría en una simple *desobediencia de la norma* más afín a un Derecho penal de corte funcionalista, como el sostenido por JAKOBS, quien justifica el adelantamiento de la barrera de protección penal hasta ese punto, pero bajo el entendido que la persona que desobedezca esos mandatos es un *enemigo* de la sociedad, que no atiende sus roles y, por ende, debe ser expulsado del seno de la sociedad.²²⁰

Considérese que en el evento en que esa persona realice todo lo que tenga a su alcance y posibilidad para conducir ese vehículo dentro de los parámetros de las normas de tránsito (v. gr. conservar su carril, ir por debajo de la velocidad permitida,

220 JAKOBS y CANCIO MELIA; Ob, cit

hacer los latos en donde se manda, etc), su conducta resultaría inofensiva y, por ende, inidónea para poder en riesgo el bien jurídico.

Dice BARGES SANTACANA²²¹ que en este evento habría un *incremento del riesgo permitido* que podría tenerse como la lesión al interés jurídicamente protegido. Discrepamos de esa posibilidad de legitimación de un tipo penal así, pues ese incremento del riesgo permitido deberá ir acompañada, de cara a su relevancia penal, con la realización del riesgo en el resultado y, aquí no hay resultado.

La lesividad, entonces, no permite encontrar cabida a los delitos de peligro abstracto dentro del Derecho penal liberal, de corte democrático, pues no es posible tener por delito una conducta inofensiva, inidónea para causar daño a un interés jurídicamente protegido.

Adicional a lo anterior, resulta más grave la *presunción* de peligrosidad con que se pretende legitimar y justificar la conducta abstracta. Y, la primera pregunta en torno a este asunto es: ¿qué es lo que se presume peligroso: la conducta en sí misma o el resultado que pueda generar?

Varios puntos a decir:

- 1) Las presunciones han de ser, en ejercicio del Principio de *in dubio pro reo*, a favor del autor de la conducta, no en *malam parten*, pues ello conlleva a un relajamiento de las obligaciones del ente encargado de la persecución penal en detrimento del ciudadano.

Hacer una presunción en este sentido, y *iuris et de iure*, es invertir la presunción de inocencia, que es garantía y principio fundamental del Derecho penal y, adicionalmente, invertir la carga de la prueba (aun cuando una presunción de tal naturaleza no admita prueba en contrario)

221 BAGES SANTACANA; Ob, cit.

- 2) Con independencia de si lo peligroso es la conducta o su resultado, debería entonces, consagrarse ese peligro como elemento del tipo, con la dificultad probatoria que ello conlleva, es claro, pero más ajustado a derecho.

La *seguridad* no puede ser motivo para la flexibilización del Derecho penal y sus garantías; la lucha contra la criminalidad, más la moderna, no puede dar lugar al empleo de cualquier instituto o herramienta que no sea compatible con los principios del *ius puniendi*.

Los delitos de peligro abstracto, sin importar la denominación que pueda dársele, pues el problema no es terminológico, no pertenecen al Derecho penal de acto, de lesividad y culpabilidad y, cualquier intento de legitimarlos significa y conlleva un relajamiento de las garantías que el ciudadano ha logrado establecer en defensa del poder inmenso del Derecho penal.

BIBLIOGRAFIA

ALCACER GUIRAO, Rafael; La tentativa inidónea – Fundamento de punición y configuración del injusto; Comares; Granada; 2000

ANGIONI, Francesco; Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico; Giuffré; Milano; 1983.

ANTOLISEI, Francesco; Introduzione alla parte speciale del diritto penal; En: Rivista It.; 1953; p. 409

_____ ; L'azione e l'evento nel reato; Milano; 1928.

_____ ; Manuale di Diritto Penal – Parte Generale; 16 ed; Giuffré Editores; Milano; 2003.

BAGES SANTACANA; Joaquín; El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto; Tiranti lo Balnch; Valencia; 2018; p. 158

BETTI, Emilio; Interpretazione della legge e degli atti giurici – Teoria generale e dogmatica; 1949

BETTIOL, Giuseppe; Diritto Penale – Parte Generale; 2 Ed; G. Priulla Editore; Palermo; 1950.

_____ ; Diritto Penale – Parte Generale; 6 Ed; G. Priulla Editore; Palermo; 1962

_____ ; El problema penal; Trad. José Luis Guzmán Dalbora; Hammurabi; Buenos Aires; 1995

BINDING, Karl; *Die normen und ihre Übertretung*; Vol I; Frankfurt del M; Leipzig; 1922. Reimp: Aalen; Hamburg; 1991.

BIRNBAUM, *Sobre la necesidad*, cit. nota n° 29, p. 60. Se agrega que lo castigable, entonces, no puede depender de la arbitrariedad del legislador (p. 82).

BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Derecho penal. Control social y sistema penal*. Tomo II. Bogotá: Leyer; 2008

BUSTOS RAMIREZ, Juan y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; Los delitos de peligro; En: RCP; Tomo XXVII; Vol. XV; 1968; p. 35 – 48

BRICOLA, Franco; "Teoría generale del reato", 1997

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo; Manuale di Diritto Penal – Parte Generale e Parte Speciale; 3ª Ed; CEDAM; Padova; 2007

CANCIO MELIA, Manuel; El principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos. En: Introducción al derecho penal; Coord. LASCURAIN SANCHEZ, Antonio; Ed. Thomson - Civitas; 2011

CARNELUTTI, Francesco; Il danno e il reato; 1926

_____ ; Teoria Generale del Reato; CEDAM; Padova; 1933.
En igual sentido: CARNELUTTI, Francesco; Teoria General del Delito; Traduc: Víctor Conde; Ed. Reus; Madrid; 2008

CARRARA, Francesco; Programma del corso di diritto criminale, Parte generale; Firenze; Fratelle Cammelli; X ed.; 1859

CEREZO MIR, José; Curso de derecho penal español – Parte General; Vol II; 6 Ed; Tecnos; Madrid; 2001

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos; Tirant lo Blanch; Valencia; 1999.

_____ ; El delito imprudente – criterios de imputación del resultado; PPU; Barcelona; 1989

DELITALA, Giacomo; Il "fatto" nella teoria generales del reato; CEDAM; Padova; 1930;

DAHM, Georg; Der Methodenstreit in der heutigen Stra frechtswissenschaft, En: ZStW; 1938; p. 225

DONINI, Massimo; Il volto attuale dell'illecito penale, Milano: Giuffrè, 2004.

_____ ; Teoria generale del reato. Una Introduzione, Padova: Cedam, 1996. En igual sentido

FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta; 2009

_____ ; El principio de lesividad como garantía penal; En: Revista Nuevo Foro Penal; No 79; julio– diciembre; Medellín; Ed. Universidad EAFIT; 2012. P. 100-114

FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Trad.: ZAFFARONI, Raúl; HAGEMEIER, Irma; Editorial Hammurabi S.R.L.; Buenos Aires; 1989,

FIANDACA, Giovanni; "Nessun reato senza offesa". En Fiandaca, G. y De Chiara, G. Una introduzione al sistema penale. Napoli: Jovene, 2003.

FIORELLA; Reato in generale; En: Enc. Dir.; XXXVIII; 1987

FIORENTINO, Eugenio; Principio di offensività e reati di pericolo astratto; recuperado de: www.iniurepraesentia.eu

GALLO, Marcello; Diritto penal italiano – Appunti di parte generale; Vol. I; Giappichelli; Torino; 2014; p. 197 y ss

_____ ; Dolo (diritto penale), in Enc. Dir; vol XIII; 1964; p. 750

GIMBERNAT, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999

_____ "Presentación", Trad: ROBLES, Ricardo, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007

GRACIA MARTIN; La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno; Ed. Ebijus; México D.F.; 2011

GRACIA MARTIN; Luis; La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno; Ed. Ubijus; México D.F.; 2011

GRASSO, Giovanni; "L'anticipazione della tutela penale; i reati di pericolo e i reati di attentato". En: Rivista italiana di diritto e procedura penale, (3) 1986.

HAFENDEHL, Roland; La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?; Trad: Alcacer Guirao, Martín Lorenzo y Ortíz de Urbina; Ed. Marcial Pons; Madrid; 2007

HASS, Volker; La doctrina penal de la imputación objetiva: una crítica fundamental; En: InDret; No 1; 2016

HIRSCH, Hans Joachim; Peligro y peligrosidad; Trad. E. Sola Reche; en: ADPCP; vol. XLIX; fasc. II; 1996; p. 509 - 528

_____ ; Sistemática y límites de los delitos de peligro. En: Revista latinoamericana de derecho, año V, núm 9-10. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; 2008

HONIG, Richard; Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die methodenfrage; 1919

ILLANES SOLAR, Sergio; Los delitos de peligro; Publicaciones Universidad de Chile; Santiago; 1947.

JAKOBS, Günther; Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico; En: Estudios de derecho penal; Trad: E. Peñaranda Ramos, C. Suárez González y M. Cancio Meliá; Civitas; Madrid; 1997; p. 293 - 324

JAKOBS; Günter; y CANCIO MELIA; Manuel; Derecho penal del enemigo; 2ª Ed; Ed. Thompson – Civitas; Madrid; 2006.

JESCHECK, Ham Heinrich; Tratado de derecho penal – Parte general; Trad: Olmedo Cardente; 5 Ed; Ed. Comares; Granada; 2002

KESSLER, Rudolf; Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjectives Recht?; En: GS, 1887; p. 94

KINDHÄUSER, Urs; *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 1996.

_____ ; Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. En: Revista Electrónica Indret, 1, 09. Barcelona. 2009. En red: <http://www.indret.com/>.

KISS, Alejandro; Delito de lesión y delito de peligro: ¿qué es lo adelantado?; En: InDret; No 1; 2015

LASCURAIN, Juan Antonio, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, n° 2. 1995, p. 254.

MANES, Vittorio; Il principio di offensività nel diritto penale, Torino: Giappichelli, 2005.

MANTOVANI, Ferrando Diritto penale, parte generale. Padova: Cedam; 2009.

_____ ; Diritto penale – parte generale; 3 ed.; Cedam; Padova; 2001

_____ ; Diritto Penale; 9 Ed; CEDAM; Padova; 2015

_____ ; il principio de offensività del reato nella Costituzione; Studi Mortati; Vol IV; 1977

MANZINI, Vincenzo; Trattato di diritto penale italiano secondo il código del 1930; Vol I – X; 1933 - 1939

MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio; Manuale di Diritto Penal – Parte Generale; 4 Ed; Giuffrè; Milan; 2012

MASSARI, Eduardo; il momento esecutivo del reato – Contributo alla teoría dell'atto punibile; 1 ed; Ed. F. Mariotti; 1923; p. 48

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1994,

MAZZACUVA, Nicola; Diritto penale e costituzione; En: Insolera, G; Mazzacuva, N; Pavarini, M; Zanotti, M.; Introduzione al sistema penale; 3 Ed; Giappichelli; Torino; p. 83 - 125

MENDOZA BUERGO, Blanca; *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares. 2001

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958,

MITTASCH, Helmut; Die Auswirkurgen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik; 1939

MIR, Santiago, *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: editorial Ariel, 1994,

MUSCO, Enzo; Bene giuridico e tutela dell'onore; 1974

NUVOLONE, Pietro; Il sistema del diritto penale; 1942

PAGLIARO, Antonio; Bene giuridico e interpretazione della legge penale; En: Studi Antolisei; Vol. II; 1965; p. 389

_____ ; "Il reato". En Grosso, C.F., Padovani, T., Pagliaro, A., *Trattato di Diritto penale*, Milano, Giuffrè; 2007.

PALAZZO, Francesco; Corso di Diritto Penal – Parte Generale; 2ª Ed; Giappichelli; Torino; 2006.

_____ ; Corso di Diritto Penal – Parte Generale; 6ª Ed; 2012

_____; "Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali". En: Rivista italiana di diritto e procedura penale, fasc. 2, (1998) pp. 350-384.

PARODI GIUSINO, Manfredi; I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale; Giuffrè; Milano; 1990. P. 144

PADOVANI, Tulio; Diritto penale, 9 Ed.; Milano: Giuffrè; 2009.

PAWLIK; Michael; El delito ¿lesión de un bien jurídico?; En: InDret; No 2; 2016

PELISSERO, Marco; Pericolosità sociale e doppio binario. Torino: Giappichelli, 2008

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes; En: Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia; Coord: POLITOFF, Sergio y MATUS ACUÑA, Jean Pierre; Cono Sur; Santiago; 1998; p. 3-47

PULITANÓ, Domenico; L'errore di diritto nella teoría del reato, Milano: Giuffrè; 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua Española; Edición del Tricentenario; actualización 2017; consultado en www.rae.es

REPUBLICA DE COLOMBIA; Congreso de la República; Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, 24 de julio de 2000. Art. 127.

REPUBLICA DE ITALIA; Corte de Casación; sentencia IV, 15 de octubre de 1996

REPUBLICA DE ITALIA; Corte de Casación; sentencia VI; 6 de julio de 2010.

REPUBLICA DE ITALIA; Corte de Casación, sentencia VI, 17 de abril de 2007

REPUBLICA DE ITALIA; Corte de Casación; sentencia VI, 11 de marzo de 1980

REPUBLICA DE ITALIA; Corte de Constitucional; Sentencia No 519 de 2000

ROCCO, Arturo; l'oggetto del reato e la tutela giuridica penales. Contributo alle teoria generali del reato e della pena; 1 ed; F.lli Bocca; Milano; 1913

RODRIGUEZ DEVESA; José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso; Derecho Penal español – Parte General; 16 Ed; Dykinson; Madrid; 1993.

RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa: "Delitos de peligro, dolo e imprudencia", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004

ROXIN, Claus; El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico – penal en Alemania; en: InDret; No 4; 2012

_____ ; Strafrecht, Allgemeiner Teil; Tomo I; 3 Ed; Beck; Munich; 1997.

RUDOLPHI, Hans Joachim, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", *Nuevo pensamiento penal*, Trad.: BACIGALUPO, Enrique, n° 5 a 8 (1975),

SCHÜNEMANN, Bernd; ¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado liberal de derecho. Trad: Dela Torre Benítez; Ed. Universidad Externado de Colombia; Bogotá, D.C.; 2007; P. 61 Y SS

_____ ; Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y víctima-dogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal; En: Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Ed. Atelier; Barcelona; 2012; p. 73

SCHMIDHÄUSER, Eberhard; *Der Unrechtstatbestand*; en: Engisch-Festschr; 1969

SILVA SÁNCHEZ, Jesús; *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2010,

_____ ; La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales; 3 Ed; Ed. Edisofer; Montevideo/Buenos Aires; 2011

SCHWINGE, Erich; *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*; 1930

STRATENWERTH; Günter; *Derecho Penal – Parte General I; El hecho punible*; Trad: Cancio Melia y Sancinetti; Ed. Thomson Civitas; Pamplona; 2005

STÜBEL, Christoph Carl; *Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen. Neues Archiv des Criminalrechts. Tomo VII. 1826*

TIEDEMANN, Klaus; *Lecciones de derecho penal económico*; PPU; Barcelona; 1993.

_____ Poder económico y delito; Trad: A. Mantilla Villegas; Ariel; Barcelona; 1985

VALENTI, Alessandro; *Principi di materialità e offensività*. En: Insolera, G; Mazzacava, N; Pavarini, M; Zanotti, M.; *Introduzione al sistema penale*; 3 Ed; Giappichelli; Torino; p. 274 - 312

VARGAS PINTO, Tatiana; Delitos de peligro abstracto – determinación de la incertidumbre penalmente relevante; Ed. Aranzadi; Navarra; 2007.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando; *Manual de Derecho Penal. Parte General* (5a ed.). Bogotá: Ed. Jurídicas Andrés Morales; 2013

VON LISZT, Franz; Tratado de derecho penal; T. I; Trad: Quintiliano Saldaña; Ed. Hijos de Reus Editores; Madrid; 1914; p. 2

_____ ; Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 14 – 15 Ed; 1905; p. 139

WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Trad.: FONTÁN BALESTRA, Carlos, Buenos Aires: Roque De Palma Editor, 1956,

_____ ; *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma; 1980

WELZEL, Hans; Studien zun system des Strafrechts; In: ZstW; 1939; p. 491

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; Derecho Penal – Parte General; Ediar; Buenos Aires; 2000