



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

Título

EL RESULTADO EN LOS DELITOS DE PELIGRO: EL ARTÍCULO 376 DEL
CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Autor(es)

Álvaro Javier Rivera Padilla

Monografía para optar por el título de Magister en Derecho Procesal Penal y
Teoría del Delito

Asesor

Fernando León Tamayo Arboleda, Doctor en Derecho.
Roberth Augusto Uribe Álvarez, Doctor en Derecho.

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Maestrías

Maestría en Derecho Procesal
Penal y Teoría del Delito

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar
Decana (e) de Escuela de Posgrados

Cesar Alejandro Osorio Moreno
Coordinador(a) de Maestría en Derecho Procesal Penal y
Teoría del Delito

Álvaro Javier Rivera Padilla
Evaluadores

Sebastián Naranjo
Fernando León Tamayo Arboleda

El trabajo de grado fue sustentado el 30 de junio de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 2 de 17 de Julio de 2023

EL RESULTADO EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO: EL ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

Autor: ÁLVARO JAVIER RIVERA PADILLA

Resumen

El principal objetivo de la investigación se encamina a plantear cómo la equivocidad en la construcción del estudio científico del delito dificulta una coherente sistematización de los diferentes conceptos, principios y postulados de la dogmática penal, aspecto que configura un detrimento a la garantía de aplicación racional del *ius puniendi*, de la que son destinatarios los ciudadanos en un Estado Constitucional de Derecho obligado a la aplicación del derecho penal de una forma garantista.

El ejemplo escogido para la demostración de lo planteado es el de la construcción del concepto de resultado en el verbo rector “llevar consigo”, en el tipo de delito de peligro abstracto, de mera conducta, pluriofensivo y alternativo, consagrado en el artículo 376 de la Ley 599 del 2000. La protección de bienes jurídicos colectivos, a través de figuras de peligro abstracto, puede traer consigo problemas de legalidad y lesividad.

El trabajo argumenta, además, que la eficientización de la dogmática penal, a través de figuras de adelantamiento punitivo, como lo es el peligro abstracto, en las que suele afirmarse que es suficiente la comprobación de una acción que el legislador ha presumido como peligrosa, para la punibilidad, junto con la protección de bienes jurídicos colectivos, vagamente desarrollados, como la salud pública y el orden económico y social, no se compadece con los lineamientos de un Estado Constitucional de Derecho, como el colombiano.

Palabras clave: *resultado; legalidad; lesividad; equivocidad; peligro abstracto; bienes jurídicos colectivos.*

Sumario: Los delitos de peligro abstracto su impacto en las garantías fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. 1.1 La discrecionalidad judicial como una herramienta limitada 2. Problemas del concepto de resultado en la dogmática penal, con especial referencia a los tipos de peligro abstracto. 2.1. El resultado como acción exterior, realización del tipo o resultado en sentido estricto. 2.2. El resultado como efecto separable de la acción o elemento estructural de algunos delitos. 2.3 El resultado como lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado o *desvalor de resultado*. 2.4. Problemas relacionados con la discrecionalidad del concepto de resultado en relación con el tipo penal del artículo 376 del CP colombiano. 3. El bien jurídico y su importancia en el Derecho penal, especialmente con respecto al art. 376 del CP colombiano en cuanto tipo de peligro abstracto. 3.1 Bienes jurídicos individuales y supraindividuales o colectivos. 3.2 El bien jurídico la salud pública y su menoscabo en el sistema jurídico colombiano. A propósito del art. 376 del CP. 3.3. Concepción dogmática de la Corte Suprema de Justicia sobre el resultado en el verbo rector “llevar consigo” en el artículo 376 de la Ley 599 del 2000. 3.4. Problemas de legalidad y lesividad en la construcción del concepto de resultado en el verbo rector “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 del 2000. 3.4.1 Principio de Legalidad 3.4.2 Principio de Lesividad 3.4.3 Problemas en la legalidad y lesividad del verbo rector “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 del 2000 4. Conclusiones.

1. Los delitos de peligro abstracto y su impacto en las garantías fundamentales del Estado Constitucional de Derecho.

La política criminal, la dogmática, sus fundamentos y alcances; los sistemas penales en general y sus organismos, penden del contexto histórico, político y social que se presenta en un momento y espacio determinados¹. El sistema punitivo colombiano, de herencia europeo-continental, se encuentra sometido al reconocimiento de la Constitución Política y el Estado de Derecho².

Debido a lo anterior, el modelo al cual debe adscribirse el derecho penal en el Estado colombiano, es el modelo garantista³, en el cual "*La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad*" como lo prescribe el artículo 3 del Código Penal; y, así mismo, se evidencie un respeto por la *Dignidad Humana*⁴ como fundamento del Estado de Derecho en concordancia con lo prescrito en el artículo primero Constitucional; se garantice la consagración expresa, clara y anterior de la ley aplicable al caso en concreto en virtud de los artículos 6 y 29 *ibid.*; se aplique el castigo penal como *Última ratio* sobre acciones que lesionen intereses individuales

¹ (Silva, 1992, 15-16): "Así, es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho penal) y, también, sobre si cabe atribuir el status de ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social"

² Al respecto (Roxin, 2007, 447): "De todo esto se desprende: en un Estado Social democrático de Derecho, que es el Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida que esto no pueda conseguirse de la forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.) sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.)"

³ (Ferrajoli 1995, 22): "el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial"

⁴ Sotomayor, J. O./Tamayo, F. L. (2017, 22). "La dignidad humana entendida en su diversos sentidos: como reconocimiento de las limitaciones del actuar humano, como exigencia de igualdad, como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera) y, finalmente, los derivados de la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)"

o colectivos de terceros; y, en general, sean efectivos todos los organismos, instituciones y desarrollos conceptuales que se presenten como un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, en el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva u de tutela de la persona contra la arbitrariedad (Ferrajoli 1995, 34).

Con base a lo anterior, surge la siguiente pregunta ¿Para qué sirve el desarrollo dogmático del Derecho? Ciñéndonos a la perspectiva jurídicopenal personalista y garantista del autor citado, entre otros⁵, habría que señalar que la dogmática penal cumple una función importantísima en la aplicación del *Ius Puniendi*: su función es limitadora. Lo hace, en tanto funciona como un sistema mediante el cual se identifica, categoriza e integran los diferentes conceptos jurídico-penales básicos; por los cuales se imputa legítima la aplicación del castigo. Y solo su análisis integral, en las diferentes etapas históricas y sistemas jurídicos aplicables, permite una concreción más exacta y racional del discurso por el cual se legitima la aplicación de las sanciones más gravosas en las agregaciones humanas, generando así seguridad jurídica.

En palabras de Silva⁶:

En efecto, si hay algo sobre lo que no parece existir discusión alguna, esto es que la elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema característico de los estudios dogmáticos, proporcionan

⁵ Véase al respecto a Baratta, A. (2004, 299-333); Santiago Mir, P. (2005, 24). Hassemer, W. (1999, 17-19).

⁶ Silva Sánchez, Jesús María (1992, 43).

—sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta— una seguridad jurídica de otro modo inexistente.

El objetivo principal de esta investigación consiste en argumentar cómo la equivocidad en la construcción de diferentes conceptos que forman parte del estudio dogmático del delito, no permite una verdadera sistematización de los diferentes principios y postulados clásicos inmersos en la dogmática penal, lo que conduce a una falta de garantía para los ciudadanos cubiertos bajo la égida del Estado de Derecho.

Como desarrollo de ese objetivo, se puede identificar la vaguedad conceptual que se evidencia en la construcción y punición de los delitos de peligro abstracto. En la concepción más consensual de la dogmática penal contemporánea, los delitos se dividen en diferentes categorías, una de ellas toma diferenciación según la forma de vulneración del bien jurídico protegido, clasificándose así en delitos de lesión, delitos de mera conducta y delitos de peligro. Estos últimos se subdividen entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Los delitos de lesión son en los que se consagra en la Ley de manera anterior, clara y escrita, cómo una conducta lesiona un bien jurídico determinado, en donde para la consumación del delito, se requiere la efectiva lesión del bien jurídico tutelado o bien, su amenaza efectiva o menoscabo normativo o, también, un efecto separable a la misma acción. Un ejemplo claro de este tipo de delitos es el homicidio consagrado en el artículo 103 del Código Penal Colombiano “*El que matare a otro incurrirá en pena de prisión*”, el resultado distinto a la acción sería la muerte del otro y la lesión recaería sobre el bien jurídico vida.

En los delitos de mera conducta, la simple adecuación de la acción desplegada fenomenológicamente en la descripción de un tipo penal, se constituye en la razón y legitimación de punibilidad del comportamiento, desvalorado de manera

ex ante por el legislador, en el proceso legislativo; el cual, a través de conductas descritas en diferentes verbos rectores que describen acciones: “llevar consigo, vender, facilitar, portar, transportar ...” determina qué acciones considera como peligrosas o lesivas de tutelas sociales y por ello suficientes para la punición, sin necesidad de que se cause un resultado distinto al de esa acción desvalorada *ex ante*.

Con miras a la concreción dogmática de los anteriores conceptos, cabe plantear que si se entiende el concepto de resultado como “lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado o *desvalor de resultado*”, en todos los delitos debe corroborarse un resultado: en algunos este puede ser corroborado material o fenomenológicamente como un resultado fenomenológico distinto a la acción desplegada, mientras que en otros, el resultado solo va a ser perceptible normativa o idealmente, como es el caso en los delitos de peligro.

Los delitos de peligro, en contraposición a los de lesión, son aquellos en los que el legislador considera suficiente, para la punición, las conductas que ponen en peligro el bien jurídicamente tutelado⁷. Este tipo de delitos, son una manifestación de desarrollos modernos de expansión punitiva,⁸ los cuales buscan legitimar el adelantamiento de las barreras punitivas del Estado, a través de desarrollos conceptuales que encuentran origen en el discurso moderno sobre la sociedad del riesgo, sociedad de la que son destinatarios todos los ciudadanos de los Estados modernos desde la revolución industrial, por la constante tecnologización y

⁷ Rodríguez Devesa, (2008, p, 5).

⁸ “expansión del Derecho penal”, es decir, aquel fenómeno por el cual el Derecho penal ha pasado, a intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal, o bien a ampliar los supuestos típicos en aquellas esferas donde ya intervenía con anterioridad. Esta expansión ha generado un intenso debate, sobre lo razonable e irrazonable de la misma, y por ende sobre la legitimidad o no el moderno Derecho penal”. (Villegas, E. A., 2010, 4)

complejización de las necesidades humanas modernas, acompañado de la destrucción insostenible de la naturaleza por los medios de producción carbono dependientes.

En estos delitos, el peligro puesto sobre ese valor social tutelado basta para el adelantamiento de la barrera punitiva del Estado a través del *ius puniendi*. Ahora bien, ¿cuándo se considera en peligro un bien jurídico? Es un tema muy amplio y complejo. En el Derecho penal colombiano, es el legislador que de manera *ex ante* en la descripción del tipo, a través de la consagración de verbos rectores, establece cuáles son las acciones que ponen en peligro a cada bien tutelado, es por ello que todos los delitos de peligro abstracto son descritos también mediante delitos de mera conducta.

Mediando la corroboración de dichas acciones materialmente, desvaloradas de manera *ex ante*, no hay necesidad de que se corrobore un agravio concreto al bien jurídico tutelado, lo que en principio se podría presentar como en un menoscabo de los límites impuestos por el principios de lesividad u ofensividad. La fundamentación en la punición de los delitos de peligro abstracto se compadece con la limitación de libertad de acción en consideración a la eventual amenaza a intereses tutelados, a través de la punición de comportamientos que no muestran de manera cierta, anterior, escrita y estrictamente la antijuridicidad material o lesividad del comportamiento; sino la mera infracción de la norma, la simple desobediencia la mandato, o antijuridicidad formal⁹.

⁹ Rodríguez Devesa, José M, (1969, 40); (Ibídem,51): “Al eludir la ausencia de lesividad de la acción individual por la vía de entender que el peligro abstracto no afecta a la integridad del bien, sino a la posibilidad de su utilización sin preocupaciones, y que siempre que se lleva a cabo el comportamiento típico se produce la perturbación o menoscabo de las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes, se da lugar a una fundamentación formal y circular de estos delitos: la lesión de la seguridad se identifica, en última instancia, con el mero incumplimiento de la regla, del estándar tipificado”

Otra cosa que se critica a los sistemas penales modernos es el hecho de que han recurrido a los delitos de peligro abstracto como modelo preferente de tipificación de nuevos comportamientos delictivos, llegando a ser el tipo “estándar”¹⁰. Por lo que se hace necesario para la dogmática penal moderna, concretar lo más inequívocamente posible, lo que es considerado merecedor del adelantamiento punitivo.

Según Hassemer¹¹, las figuras de peligro abstracto son aquellas en las que *“Basta solo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado.”*

Al respecto afirma Rodríguez¹² citando a Roxin:

Los delitos de peligro abstracto son la prohibición por parte de la ley de conductas que se consideran o presumen portadoras de peligro. Según Roxin, son delitos de peligro abstracto “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por lo tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es solo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”, pues no es necesario esperar a que el concreto bien jurídico se lesione o ponga en peligro, bastando para la intervención del poder punitivo, la presencia de una conducta que se considera de suyo peligrosa para el bien jurídico-penalmente tutelado.

Ahora, el impacto que se genera en la punición de este tipo de delitos en un Estado Constitucional de Derecho se efectúa directamente con la irrupción que tiene

¹⁰ Ibidem.

¹¹ (1999, 24).

¹² (2008, 6).

la aplicación de los mismos, con principios clásicos del Derecho penal, como el de lesividad, necesidad, legalidad y *última ratio*. La aplicación de la responsabilidad por la peligrosidad en abstracto se determina *ex ante* por el legislador, como atributo de ciertas conductas en general, y no en consideración a la acción individual, así entonces con la simple adecuación formal del comportamiento con el descrito en el tipo a través de verbos rectores, debe reprocharse el comportamiento, así la acción individual, en concreto, carezca de peligrosidad para el objeto de protección; estas disposiciones van en contravía el principio clásico de lesividad

Dentro de todo sistema jurídico, se cuenta con un conjunto de postulados regulados como principios. Estos, hacen parte imprescindible del lenguaje que tiene que usar el juez al resolver el caso en concreto a la hora de interpretar y aplicar el derecho. Es más, un dogmático con una mirada garantista¹³ podría llegar a afirmar que todos los desarrollos conceptuales penales se presentan como presupuestos racionalizadores que prescriben un límite al ejercicio arbitrario y dispositivo del *ius puniendi*; los cuales ponen en consideración del juez un sistema conceptual que lo obliga a valorar y disponer de modo racional y limitado de sus poderes, en el momento de argumentar la aplicación de la potestad punitiva del Estado en un caso en concreto. Todos los desarrollos conceptuales dogmáticos son garantías en sí mismas, ya que ponen barreras, a través de conceptos y categorías dogmáticas, a la interpretación y aplicación del castigo legítimo a través del *ius puniendi*.¹⁴

Lo anterior significa que el juez penal tiene el deber de corroborar unos estándares mínimos de lesión sobre el bien jurídico protegido. Lesión que, a su vez, pueda corroborarse material o jurídicamente, a través de un resultado penal

¹³ Véase al respecto a: Silva Sánchez, (1992); Hassemer, W., (1999).

¹⁴ “La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo. Sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario”. Zaffaroni, (1998, 5).

entendido como “lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado”, en virtud del principio de lesividad. Así mismo, ya por parte del legislador, se puede evidenciar una obligatoria claridad, objetividad y consagración *ex ante* de las leyes aplicables, sustanciales y procesales al caso en concreto- *lex scripta*- en lo que se refiere a la prescripción del comportamiento lesivo y la concreción del interés colectivo o individual protegido por la regla, en virtud del principio de legalidad.

La tesis hacia la que se encamina este trabajo plantea que, tratándose de la protección de bienes jurídicos colectivos mediante la punición recurriendo a delitos de peligro abstracto como resultado de la moderna sociedad del riesgo, la potestad de la que dispone el intérprete de la norma penal para determinar qué es lo que es un bien jurídico supraindividual y cuándo este se ve violentado en abstracto este interés protegido por el Derecho, en el caso concreto, resulta en una discrecionalidad judicial muy amplia.

Lo anterior, debido a que en la imputación del injusto en los delitos de peligro abstracto, “ *el Juez no deba hacer más que la constatación de la puesta en práctica de una conducta formalmente coincidente con la descrita en el tipo para afirmar su relevancia típica y considerar presente el injusto objetivo*¹⁵”; y, además, se determine de manera aún vaga e imprecisa el objeto de protección por el mismo, en razón de la vaguedad con que se consagran los bienes jurídicos supra individuales o colectivos en la dogmática, legislación y jurisprudencia modernas. Tomando como ejemplo la construcción jurisprudencial de resultado en el verbo rector “llevar consigo” del artículo 376, en el presente escrito se va a evidenciar cómo el poder judicial en Colombia se entromete en la redacción de la norma general y abstracta, realizando actos que no le competen, afectando el esquema clásico de separación

¹⁵ Rodríguez Devesa, José M, (1969, 43)

de poderes y otros principios y garantías penales clásicas como las de lesividad, legalidad, *última ratio*.¹⁶.

1.1. La discrecionalidad judicial como una herramienta limitada.

El Derecho y su aplicación se dan a través del lenguaje. Lo que hacen los jueces es interpretar disposiciones generales y abstractas, “reglas y *principios*”¹⁷, para transformarlas en reglas concretas y específicas tras aplicarlas a casos puntuales, a través de argumentos¹⁸. Las razones en que se soporta la argumentación¹⁹ de la aplicación de determinada disposición normativa a un caso en concreto, deben de estar dotadas de un alto grado de lógica, sintaxis, semántica y pragmática, con el fin de persuadir a la sociedad, dando legitimidad a lo decidido. De lo contrario, podría llegarse a la consagración de normas y castigos formalmente operantes pero socialmente ilegítimos, debido a su simple rigidez y seguridad jurídica formal.

¹⁶Al respecto Hart (1961, 168): “Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”. También; (Etcheverry, Juan B., 2015, 1393) “La discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del Derecho. Más en concreto, es el resultado inevitable de la indeterminación jurídica, normalmente, complementada con el deber, expresamente incluido en toda codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia” Otro ejemplo de discrecionalidad judicial gracias a la equivocidad conceptual del derecho penal, lo evidencian (Sotomayor/Tamayo, 2017, 45). “Debe reconocerse que la determinación del principio de respeto a la dignidad humana implica siempre un ejercicio valorativo importante, quedando en manos del legislador la concreción de algunas de las premisas que configuran su contenido esencial. Este margen de maniobra del legislador implica, por tanto, muchos escenarios de discusión, que no siempre son posibles de resolver de manera racional, pues algunas disposiciones contienen preceptos valorativos, cuyo contenido último depende en demasía del punto de vista del intérprete”.

¹⁷ Guastini, R, (2013, 634)

¹⁸ En otras palabras: “Desde esta perspectiva el Derecho es visto, por tanto, como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos a través de decisiones avaladas por medios argumentativos.” Lifante Vidal, I. (2013, 14-15).

¹⁹ “Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones - como ya sea dicho- no constan exclusivamente de argumentos” (Atienza, M, 2015, 1447): “Una argumentación es el conjunto de pasos, actos del lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial, el problema da lugar a argumentación - y la respuesta de la misma- la solución” Ibid.

La vaguedad y equivocidad que se presenta para la ciencia penal en los tipos penales, debido a la textura abierta del lenguaje jurídico; junto con las lagunas y las antinomias, son lo que algunos autores denominan “los defectos lógicos de los ordenamientos jurídicos”.

Estos aspectos, en conjunto o individualmente considerados, son los que legitiman la discrecionalidad judicial en la que el juez, al adentrarse en el análisis del caso en concreto, se ve obligado a usar una herramienta para resolverlo, debido a que el legislador dejó redactada la norma en abstracto y con contenido vago, o a la simple imprecisión en la construcción epistemológica de los diferentes conceptos penales aplicables al caso en concreto, hizo vago el enunciado normativo aplicable, y además hizo necesario que el intérprete -juez- atribuyera sentido según su perspectiva, al estar obligado a decidir.

En las hipótesis anteriores, los principios generales del derecho toman imprescindible relevancia. En estos casos, donde el operador judicial se ve obligado a crear la norma particular y concreta tomando como base disposiciones generales y abstractas con defectos lógicos, toma principal relevancia todo el desarrollo dogmático de los principios fundantes y protectores de los consensos sociales del sistema jurídico que dotó de potestad jurisdiccional al sujeto a decidir.²⁰ Dichos desarrollos sirven de guía limitando la capacidad interpretativa y argumentativa del juzgador- no se puede argumentar de cualquier forma en el Derecho²¹-.

²⁰ Esta discusión es planteada por el Profesor Etcheverry, él juzga que la indeterminación de algunos postulados del Derecho, o el hecho de que algunas reglas no den solución directa a algunos casos concretos, es una acción realizada de aposta por parte del Legislativo. Y esto hace que: *“los tribunales gocen de una potestad legislativa delegada”* (Etcheverry, Juan B. 2015, 1399)

²¹ *“El juez debe ejercer su poder de creación del Derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus propias creencias y valores”* Etcheverry, (2015, p.1400) Yo disto de la última consideración del profesor Etcheverry, el juez debe decidir de acuerdo a los valores y prácticas sociales que se reflejan en lo protegido y lo atacado por el ordenamiento jurídico que lo dotó de potestad jurisdiccional, es por esta razón, que por más conservador que sea en su fuero interno, si el ordenamiento jurídico que invistió al operador jurisdiccional, tiene tendencias liberales, estas últimas deben sobreponerse sobre sus creencias,

Se trata, entonces, de justificar racionalmente las decisiones de los distintos ámbitos jurídicos, en donde es imprescindible que se asuma la existencia de unos argumentos, que tienen un alcance intersubjetivo, consagrados como principios-legalidad, necesidad, lesividad etc.- que limitan el ejercicio ilimitado de la discrecionalidad de los operadores jurisdiccionales penales.²²

La discrecionalidad judicial puede ser definida como una herramienta con la que cuenta el operador judicial para decidir sobre casos en los que la regla aplicable, por presentar problemas de vacíos, lagunas, vaguedades e imprecisiones, no opera deductivamente. En otros términos, esta herramienta surge a partir de los eventos en que el ordenamiento jurídico no es claro, fijando potestad al juez para resolver el caso en concreto, otorgándole un margen de autonomía mayor al usualmente aceptado para dirimir los conflictos que como autoridad está obligado a ejercer. Es una actividad dispositiva del juez, que, como ya se dijo, no debe ser caprichosa, se tiene que adaptar a los principios formales y pragmáticos del sistema jurídico penal.

La actividad argumentativa judicial y el argumento general que se usa para la aplicación del Derecho pueden ser representados a través del silogismo subsuntivo:

- premisa normativa; premisa fáctica; conclusión-. Es por esto, por lo que todo operador judicial tiene que interpretar las diferentes disposiciones normativas del

valores y juicios subjetivos.; Al respecto, (Nino, C, 1980, 7) “ puesto que los jueces tienen que fundar sus decisiones en un único principio moral: el que estipula el deber de aplicar las prescripciones del orden jurídico positivo al que los jueces están adscriptos, cualquiera que sea el contenido de tales prescripciones. En la base de esta concepción subyace la idea, ya comentada, de que conceder libertad a los jueces para que formulen especulaciones en materia axiológica generaría grave inseguridad e incertidumbre e implicaría una invasión por parte de ellos en el ámbito de decisión de los órganos políticos; más aún, se supone que ese modo de administración de justicia implicaría la desaparición del derecho como sistema de normas generales, puesto que los jueces decidirían cada caso de acuerdo con la solución que les parecería más justa; decidirían según la "equidad, no según el "derecho"”.

²² En palabras del profesor Ossa H, (2015, 33), citando a una pluralidad de autores bastante relevantes en el estudio dogmático penal. “Si nos mantenemos aferrados “al noble sueño” del que nos hablara Hart, como el conjunto de principios coherentes que nos proporcionan una respuesta para todos los casos, confiamos en que un “examen detenido de los hechos, las reglas y los principios” nos conduzca a una única respuesta correcta a lo Dworkin o, si caemos en la “pesadilla” del realismo jurídico caracterizada por la aplicación de unas “reglas caprichosamente impuestas en cada caso por el juez de turno, “ convirtiendo en Derecho lo que solo es política”

ordenamiento jurídico que puedan ser aplicables al caso en concreto, consagradas a manera de reglas y principios, para desentrañar la premisa normativa que regulará éste. Esta argumentación debe hacerse teniendo en cuenta el mayor número de razones lógicas sostenidas en las diferentes formas de argumentación: histórica, teleológica, sistemática, semántica, etc.²³

El razonamiento del juez en pocos eventos es deductivo, pues su fuente, el Derecho, pocas veces opera como deducción; la actividad jurídica es inducción por regla general, debido a la vaguedad misma del Derecho. La premisa normativa de un caso en concreto donde se hayan defectos lógicos del ordenamiento jurídico se constituye en una construcción a partir de la discrecionalidad. Y con anterioridad, se pautaron los algunos de los lineamientos a los que está sometido el operador judicial para determinar dicha premisa, en cada caso en concreto debido a la *Lex scripta*. De igual manera, la premisa fáctica es tergiversada por el formalismo de los medios de conocimiento probatorios y las partes pretensoras. Y es por esto, que solo aplicando de una manera garantista y conglobante dicha herramienta, se va a permitir la restringida creación judicial del Derecho acorde con los principios protegidos por un Estado de Derecho, en el caso colombiano.

Es claro entonces, que el ejercicio de la discreción judicial en los diferentes aspectos en las que puede utilizarse dentro del ordenamiento jurídico no es una actividad caprichosa; dotada de sesgos individuales, religiosos o morales. Por el contrario, gracias al desarrollo epistemológico del Derecho y la Teoría de la Argumentación, es decir, a la dogmática jurídica, se logra racionalizar, a través del lenguaje, la prescripción de reglas y parámetros en miras a limitar ese poder discrecional. Se exige inexcusablemente el argumento de la razón, que debe estar

²³ Alexy, (1989, 237).

cimentado en los desarrollos conceptuales acordes al sistema jurídico el cual dote de potestad jurisdiccional al operador judicial. Estos criterios de razón son dados en forma de principios, y todos los ordenamientos los consagran en una forma distinta; unos aplicables para el Estado de Derecho y otros para modelos de Estado monárquicos, socialistas etc.

2. Problemas del concepto de «resultado» en la dogmática penal, con especial referencia a los tipos de peligro abstracto.

Un concepto en el que se evidencia equivocidad en la dogmática penal es el de “resultado”. Este concepto se presenta como un criterio imprescindible en el estudio del delito, ya que se considera como uno de los presupuestos para la imputación²⁴ de responsabilidad penal. Es menester resaltar que, hasta este momento, los teóricos penales no han dotado de univocidad a tal concepto.²⁵ Y, como se explicó anteriormente, la equivocidad en los conceptos que determinan la imposición de violencia legítima por parte del Estado, otorga a los operadores jurídicos un grado de discreción a la hora de valorar el lenguaje jurídico, lo cual puede facilitar el ejercicio arbitrario y caprichoso de la fuerza legítima a través de humanos representando poderes del Estado.

El concepto de resultado en la dogmática penal se ha utilizado usualmente en tres sentidos: como acción exterior, realización del tipo o resultado *en sentido estricto*²⁶; como lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado o

²⁴ “La atribución de un hecho a un sujeto como su obra, es decir, la imputación”. Cordini, N. S., (2015, 93)

²⁵ Al respecto: También Hart, (1961, 159) El autor presenta en esta página el concepto de textura abierta en el derecho, concepto que es aplicable directamente a la concreción del concepto resultado en la dogmática penal.

²⁶ Bajo esta perspectiva, el concepto de resultado se agota en el de acción, y este; se definiría como la manifestación de la voluntad que modifica el mundo fenomenológico. Al respecto, Laurenzo, P. (1992, 17); Chávez, A., (2017, 2)

“desvalor de resultado”²⁷; y, como efecto separable de la acción²⁸. Reyes Alvarado²⁹ señala que la importancia principal sobre la discusión de este concepto en la dogmática penal se da cuando se entra a analizar si el delito es la lesión de un derecho o, si además de ello, se requiere adicionalmente la lesión de un bien. Porque si se entiende que el delito es lo primero, según esta consideración formalista, se podría prescindir del resultado, ya que la lesión se constituiría en la antijuridicidad formal del comportamiento; pero si por el contrario, se compece con el último, la lesión debe recaer estrictamente sobre un bien jurídico o sobre los objetos materiales que cumplen la representación del mismo, y entonces, como lo plantea Rodríguez Devesa (1969, 70):

al conectar la función de protección de bienes jurídicos de la norma penal con la valoración de una conducta como contraria a la misma, el dato decisivo ha de residir en el plano objetivo-material, es decir en la lesividad efectiva o potencial de tal conducta para el bien jurídico protegido, y no en la mera contradicción formal con la norma de comportamiento

2.1. El resultado como acción exterior, realización del tipo o resultado en sentido estricto³⁰.

²⁷ La profesora Laurenzo Copello define el resultado en Derecho Penal “como el efecto de la acción típica sobre el bien jurídico protegido, esto es, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico” Laurenzo, P. (1992, 165).

²⁸ Respecto de esta consideración del concepto de resultado. Esta acepción se utiliza específicamente, para la distinción de la estructura de delitos que se agotan con la acción y delitos de resultado, frente a la distinción tales bienes los de resultado producen un efecto que es separable de la acción que es el resultado, jurídico o material, y los de mera conducta no producen un efecto que es separable de la acción, la acción misma es el resultado antijurídico. Ibidem.

²⁹ (2022, 3)

³⁰ Para terminar, debe precisarse, cuando se habla de “resultado” no se emplea esta locución en un sentido amplio, comprensivo de la “total realización de la acción típica externa” (conducta corporal del agente y resultado externo), sino de la mera modificación del mundo exterior (sea material, psíquica o psicológica) que para los partidarios de la primera acepción sería resultado en estricto; así, por ejemplo en su significado amplio (sentido jurídico), el resultado en el delito de homicidio comprende la conducta corporal de extraer el arma, apuntar, disparar, lesionar, al enemigo y ocasionarle la muerte, mientras que en sentido estricto es solo la muerte” (Velásquez, F., 2014, 317)

Algunos autores clasifican como naturalista esta acepción del concepto de resultado, se piensa sobre este como la mundialización de la conducta descrita en el tipo; es decir, como la acción exterior manifestada en el mundo fenoménico por la cual se exterioriza la acción descrita en el tipo³¹.

Bajo esta acepción, el resultado se entiende como “(...) *esa modificación del mundo exterior es lo que se llama efecto o resultado (evento) del delito*”³². Teniendo en cuenta el principio de legalidad, no cualquier modificación del mundo exterior es relevante para el derecho penal, para que alcance significación penal debe ser una modificación del mundo exterior que esté consagrada previamente en un tipo delictivo, que dicha acción típica haya lesionado o puesto en peligro efectivo un bien jurídico tutelado; y que se pueda hacer un juicio de disvalor de la conducta desplegada, frente a la capacidad y oportunidad de entender el contenido ilícito de la misma; y la posibilidad de ajustarse a Derecho que tenga el sujeto actor.

Diferentes autores, al presentar esta designación del concepto de resultado, señalan que su función es marcar un trazo del límite de la intervención penal, el cual se corresponde con el principio del hecho o acto representado en el axioma *Nulla iniuria sine actione*. Al respecto, afirma Lorenzo³³ que “Su función consistiría en trazar el límite mínimo indispensable para la intervención del Derecho penal, límite que se concreta modernamente en el llamado -principio del hecho-”.

Dicho principio prescribe que el Derecho penal está constituido para el análisis, persecución y proscripción únicamente de los comportamientos exteriorizados que dañen bienes jurídicos; es decir, el Derecho penal solo puede intervenir a partir del momento en que se exterioriza la acción típica y dejando fuera

³¹ Rodríguez Devesa, J. M., (1969).

³² Chávez, A., (2017, 2).

³³ (1992, 19).

del ámbito de relevancia penal el fuero interno del sujeto, sus deseos, sentimientos, estados de ánimo, etc.

2.2. El resultado como efecto separable de la acción o elemento estructural de algunos delitos.

Sobre esta acepción se refieren algunos autores para fundamentar la distinción entre delitos de mera actividad o conducta y delitos de resultado como una de gran relevancia práctica. Esto lo hacen presentando como resultado, el efecto fenomenológico físico o noúmeno que se causa con la realización de la conducta descrita en el tipo; de la acción típica, el cual puede o no estar separado de la acción típica misma. Es por esta razón, que surge la distinción entre las categorías de delitos mencionada.

Algunos delitos se presentan como de mera conducta, porque el resultado se causa con la simple realización de la acción típica. Los otros serían de resultado, porque causan un resultado fenoménico distinto al de la acción típica en sí misma, ya sea físico, ideal- también llamado normativo-, pero que al final se refuta distinto a la acción misma. En el homicidio el resultado distinto a la acción típica de matar es que otro sujeto muera, en el 376 el resultado sería cada uno de la mera conducta descrita por los verbos rectores alternativos que el legislador dispuso de manera inequívoca, anterior, y escrita a través de la Ley 1453 del 2011.³⁴

Laurenzo,³⁵ afirma que de la aplicación del resultado entendido como efecto separable de la acción y de la distinción entre delitos de mera conducta y de resultado que da a entrever el mismo, se generan diferentes aplicaciones prácticas a la

³⁴ “No obstante, cuando se hace alusión a los delitos de resultado suele emplearse la expresión «resultado» en sentido estricto y típico, es decir, como un elemento del tipo —del que carecen los delitos de mera actividad— consistente en un efecto (real) separable de la acción y que surge de ella.” Pérez- S., C., (2019, 227)

³⁵ (1992, 20-28).

realización del delito. Así, entonces, de la existencia de un resultado o no se hace depender el momento de consumación del delito, lo que es importante para determinar el lugar donde se cometió el delito y el cómputo de la prescripción de este, además de elementos dogmáticos de la omisión y la tentativa: a) solo en los delitos de resultado cabe la frustración; b) No se admite la modalidad de tentativa en los delitos de mera actividad; c) Solo cabría la comisión por omisión en los delitos de resultado.

2.3 El resultado como lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado o *-desvalor de resultado-*.

Esta acepción del concepto de resultado es denominada dogmáticamente como la concepción jurídica del término; bajo la misma se entiende el resultado como la lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado o "*desvalor de resultado*". Se utiliza en un sentido netamente valorativo, pues responde a los criterios de legitimación del Derecho penal.

Tomando como partida la aceptación de la teleología del Derecho penal como instrumento para defensa de bienes jurídicos concretos, en contra de acciones consideradas las más nocivas e intolerables; parece lógico que se tiene que identificar, necesariamente, en la conducta punible, un efecto sobre el bien jurídicamente tutelado como base para la punición, ya sea en un daño material o ideal; o la puesta en peligro del mismo, en donde "*el sujeto realizara una acción apropiada ex ante para lesionar el bien jurídico, y será esto lo que determinará la antijuridicidad del hecho*".³⁶ Ese efecto consiste en el daño soportado por el interés individual o colectivo protegido por el derecho a través de un bien jurídico conceptualmente desarrollado, en el sistema jurídico penal. Con base a esta

³⁶ Rodríguez Devesa (1969,54).

acepción, se recurre al resultado como elemento cofundamentador del injusto junto con el “*desvalor de acción*”.³⁷

La acepción jurídica del concepto de resultado va acorde con los discursos y cargas impuestas por los principios limitadores al ejercicio del *ius puniendi* señalados en la presente investigación, en especial legalidad y lesividad u ofensividad. Esto se explica en el hecho de que sólo está legitimado el castigo más nocivo para la esfera de derechos del sujeto agregado en un Estado Constitucional, por la corroboración de una lesión o peligro en concreto de intereses protegidos por el derecho, en el análisis de una conducta punible con “*desvalor de acción*” consagrado típicamente, a través un procedimiento preestablecido; escrito, estricto, anterior y claro, como una respuesta violenta y proporcional sobre las acciones que no se quieren que se ejecuten en la sociedad civil, las cuales perturben en mayor medida la existencia y la coexistencia pacíficas.

Esta acepción sirve como un presupuesto racionalizador al ejercicio del *ius puniendi*, limitando el ejercicio arbitrario del mismo, pues sólo la lesión o puesta en peligro concreto y efectivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal, “en donde pueda afirmarse la idoneidad y capacidad ex-ante del comportamiento concreto para la producción del menoscabo que se quiere evitar”³⁸, legitima de manera necesaria la intervención punitiva a través de la imposición de una sanción penal, en las figuras de peligro.

2.4. Problemas relacionados con la discrecionalidad del concepto de resultado en relación con el tipo penal del artículo 376 del CP colombiano.

³⁷ Lorenzo Copello (1992, 29).

³⁸ Rodríguez Devesa, (1969, 71).

La importancia que surge del buen entendimiento del concepto de resultado se inmiscuye directamente sobre el objeto del injusto penal, y las preguntas ¿qué es lo que es merecedor de tutela penal? y ¿qué es lo que debe ser sancionado por el mismo sistema?

La respuesta a estas incógnitas divide a los autores entre subjetivistas y objetivistas.³⁹ Si la respuesta a lo anterior es la protección de bienes jurídicos y, con ello, lo sancionable es el resultado de las acciones que lesionan o ponen en peligro efectivo el bien jurídico, el injusto debe consagrarse en el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado*; pero si lo sancionable es la simple acción guiada a hacia un resultado lesivo, el injusto se agota con el *desvalor de acción*.

Los partidarios de una u otra posición desarrollan diferentes argumentos para conseguir adeptos. La presente investigación deja claro que tanto el *desvalor de acción* como el *desvalor de resultado* forman partes imprescindibles del injusto penal, reconociendo, que no todos los bienes jurídicos se concretan en objetos corporales susceptibles de lesión ontológica y que, el simple *desvalor de acción* en algunos casos, debe ser punible en consideración a la prevención del sistema punitivo, el cual puede determinar de manera *ex ante* sí la conducta proscrita puede valorarse individual, material, antinormativamente peligrosa para el interés protegido, y no únicamente formalmente correlativa a la descrita en el tipo penal buscando que se aplique castigo por cuestiones netamente formales.⁴⁰

Ahora, el problema se constituye principalmente por la discrecionalidad que se presenta en la construcción del concepto de resultado, entendido como “desvalor de resultado” en los delitos de peligro abstracto, discrecionalidad que se asienta aún

³⁹ Reyes A, Y. (2022).

⁴⁰ Rodríguez Devesa, (1969, 72).

más cuando por medio de este tipo de delitos se buscan proteger bienes jurídicos colectivos, ya que ambos conceptos presentan indeterminaciones dogmáticas.

Que ambos conceptos sean aún equívocos e inexactos en la jurisprudencia y doctrina iberoamericana hace difícil y abstracto el análisis de lesión o puesta en peligro efectivo o *resultado* en el sentido en que se adscribe esta investigación, en este tipo de delitos. Por ejemplo, dada la ambigüedad con la que se presentan en la legislación los intereses colectivos protegidos en los sistemas modernos, en el sistema colombiano al proteger la Salud Pública, se estaría propendiendo por proteger la salud de “todos los colombianos” y salta a la vista, que con la acción de “llevar consigo” no se estaría lesionando lo protegido por la norma, ya que en un Estado Constitucional de Derecho, dicha acción, solo interesa a la órbita de libertad y salud del portador, en línea de lo planteado por la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional:

Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro.

Es por ello que la acción descrita en el verbo rector “llevar consigo” no debe ser considerada como una que cause “*desvalor de resultado*” sobre el bien jurídico Salud Pública, si bien está descrita como una acción típica proscrita en el artículo en análisis, la misma carece de antijuridicidad material, y por ello no debe ser punible.

Ahora, como una propuesta de racionalización en la aplicación de castigo en los delitos de peligro abstracto, para valorar individualmente si una conducta descrita en

un tipo penal de peligro abstracto, tipificada a través de verbos rectores de manera *ex ante* por el legislador, es típicamente relevante y materialmente antinormativa, como afirma (Rodríguez, Devensa, 1969, 72): Resulta supremamente útil la aplicación de criterios de la teoría de la imputación objetiva, ya que constituye la construcción de mejores condiciones para fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivos -normativos.

En el entendido de que aunque en los delitos de peligro abstracto no se plantee la cuestión de la imputación objetiva de un resultado-el llamado por algunos segundo nivel de imputación- sí debe considerarse necesaria la comprobación individual del primer nivel de imputación, es decir, la imputación de la propia conducta, o imputación del hecho al tipo objetivo, fundada en la creación de un peligro *ex ante* no permitido abarcado por el fin de protección o dentro del alcance del tipo.

La teoría de la imputación sirve para delimitar cuáles comportamientos son relevantes para Derecho penal por la creación de un riesgo jurídico desaprobado y su concreción en un resultado de efectiva o posibilidad real de lesión del bien jurídico protegido. Con base a esta teoría en el tipo de injusto objetivo de un delito de peligro abstracto será necesario constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer un riesgo real típicamente relevante con arreglo a un juicio *ex ante*. Ello exige la comprobación de la capacidad real *ex ante* de la conducta de poner en peligro o lesionar el bien, lo cual constituye algo más que exigir la mera peligrosidad general de la clase de acción y la punición por la adecuación de la conducta la descrita en el tipo, implica un análisis material de la real o potencial peligrosidad de las conductas sobre los bienes protegidos y el fin protegido por el tipo.

Con base en ello, es que el juez, en el análisis de una acción que encaje en el verbo rector “llevar consigo” del art. 376, puede determinar que si una persona solo está portando y no hay prueba de que lo hace con fines de comercializar, sino de autoconsumo, al ser esta una acción que no pone en peligro los fines de lucha contra el narcotráfico y el microtráfico que quiere el Estado, en la proscripción de conductas en el tipo analizado, no se podría pasar el juicio de imputación objetiva.

Para resumir, los problemas en la construcción del concepto de resultado en el artículo en análisis, se dan gracias a la indeterminación y vaguedad en la construcción y aplicación de los conceptos de delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos. Dicha indeterminación en el análisis de imputación en una conducta criminal, puede tornar al *ius puniendi* aplicado en Colombia en un instrumento de la contención de la alarma social, el sentimiento de seguridad y el poder de los grupos políticos preponderantes, los cuales se reparten los poderes del Estado hereditaria y sectorialmente, convirtiendo al mismo como un instrumento de cooptación política y mantenimiento del orden social y económico establecido a lo largo de años de desigualdad y represión Estatal⁴¹.

3. El bien jurídico y su importancia en el Derecho penal, especialmente con respecto al art. 376 del CP colombiano en cuanto tipo de peligro abstracto.

En el estudio dogmático del delito no hay otro concepto que adquiera más importancia que el del bien jurídico. Es válido afirmar que este es un concepto indispensable para hablar sobre la punibilidad, porque tiene en principio tres funciones: Una primera función dogmática de (*Lege data*), fungiendo como límite de la intervención punitiva del Estado a través del *ius puniendi*. En este primer sentido,

⁴¹ En un similar criterio Musco, E. (2014, 3) “*ius puniendi*, como instrumento de la tutela de la colectividad, se convierte en muchos casos, bajo la autoridad de la praxis legislativa, en un medio de contención de la alarma social o, aún peor, en instrumento de cooptación del consenso político-electoral”.

cumple una función negativa⁴², en el entendido que separa lo que es punible y lo que no puede calificarse de esta misma manera, para así definir con la mayor precisión qué es lo que se protege por el derecho penal en un territorio y tiempo determinado; y solo su menoscabo, su lesión o puesta en peligro efectivo (“*desvalor de resultado*”), con un comportamiento humano típico (“*desvalor de acción*”), legitima la intervención punitiva del Estado. La segunda función es político criminal, en el entendido de que delimita en sentido político criminal aquello que merece y debe de ser protegido por el Derecho penal en un sistema (*Lege ferenda*)⁴³ y por último; también tiene una función práctica, en el entendido de que sirve para ordenar y clasificar en los códigos penales, los diferentes tipos de delitos, juntando en títulos nominados por diferentes bienes jurídicos individuales y colectivos las conductas que atenten o pongan en peligro efectivo el bien jurídico titulado, separando los distintos tipos de delitos para una mejor comprensión práctica

Dicho lo anterior, resulta de importancia dogmática diferenciar el bien jurídico penal del bien jurídico en un sentido general, ya que la protección de intereses individuales o colectivos es una tarea que hacen todos los sectores del ordenamiento jurídico. Todos los bienes jurídicos no son jurídico-penales, porque todos estos intereses importantes para el desarrollo del individuo y la sociedad no deben ser protegidos por el sistema que consagra las sanciones más severas del ordenamiento. Los bienes jurídico-penales son los más importantes para el desarrollo del individuo, la sociedad, sus organismos e instituciones, y la protección

⁴² “Ciertamente, el concepto de bien jurídico no está en condiciones de ofrecer una fórmula con la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se pueda separar con facilidad la conducta punible de la no punible; no obstante, mediante la utilización del criterio de la finalidad de la pena está en condiciones de proporcionar la indicación de lo que puede ser legítimamente tutelado con el derecho en este sentido, puede hablarse de función negativa de legitimación del bien jurídico” Moccia, S., (2003, 182).

⁴³ Estupiñán, M. A. L., & Arteaga, L. L., (2015).

de los mismos que se realiza a través del derecho penal, es solo en contra de los ataques más graves e intolerables a ellos, en virtud del principio del *última ratio*, pudiéndose compartir la protección de los mismos intereses a través del sistema administrativo sancionador o el civil.

En desarrollo de un concepto sociológico-funcionalista, es el profesor Mir Puig⁴⁴ quien califica con otro adjetivo la concepción clásica del bien jurídico. Para él, los bienes jurídicos deben distinguirse de los bienes jurídico-penales, siendo lo distintivo entre unos y otros: En primer lugar, la suficiente importancia social que tienen estos últimos, siendo aquellos bienes fundamentales para el funcionamiento de la sociedad. Y, en segundo término, su necesidad de protección penal. Esta se refiere a que no sean suficientes, para su efectiva tutela, otros medios de defensa menos lesivos que puedan ser efectuados, por ejemplo; a través del Derecho Administrativo sancionatorio.

Depende de lo que es considerado bien jurídico en una sociedad, la determinación del tipo del sector operante del sistema jurídico. El concepto de bien jurídico sirve de límite al *ius puniendi*, porque de él depende el criterio que se sigue para seleccionar los comportamientos, los organismos, las personas y sistemas que van a ser protegidos. Silva Sánchez⁴⁵ considera, por ejemplo, que si se parte de una concepción materialista de bien jurídico, entendido como “valor espiritual-cultural” difundida por el neokantismo, se deja una amplitud casi infinita para determinar lo que es merecedor de tutela en una sociedad. Y también es muy problemático si se parte de una concepción sistémica del mismo, entendiendo el bien jurídico como el aseguramiento de las expectativas normativas, como lo hace Jakobs, por cuanto se estaría legitimando la aplicación de un Derecho que se protege así mismo como fin,

⁴⁴ (1991, 209).

⁴⁵ (1992, 267-268).

dado que lo buscado por la concepción jakobsiana, es la simple reafirmación de la vigencia de la norma a través del Derecho penal.

En la modernidad, muchos autores⁴⁶ tratan la concepción sociológica-funcionalista de los bienes jurídicos, la cual se fundamenta principalmente en la necesidad de entender a los mismos en su dimensión social, como condiciones necesarias para conservar el orden dispuesto socialmente y formalizado por el ordenamiento jurídico. Estas condiciones aseguran el ejercicio de intereses individuales y supraindividuales o colectivos, necesarios para existencia y coexistencia de la sociedad que representa los intereses del constituyente primario y por esa razón, deben de ser protegidos por el Derecho a través de tipos penales:

Así, por ejemplo, Hefendehl⁴⁷ menciona en su investigación, que H. Mayer (1967, 53) define los bienes jurídicos como: *“Aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia humana”*. De igual manera, Barrientos⁴⁸ define: *“El bien jurídico es toda aquella realidad merecedora de tutela penal, por constituir un presupuesto valioso para la existencia de las personas, para su desarrollo en sociedad y para el funcionamiento de las sociedades”*. Por su parte, Bustos Ramírez⁴⁹, al referirse al bien jurídico lo define como: *“Ciertas relaciones sociales concretas estimadas democráticamente como esenciales para la subsistencia del sistema elegido”*

Algo en que concurren todos los autores sobre la definición de este concepto, es su importancia para el desarrollo del individuo y de la sociedad en conjunto. Sus desarrollos constituyen el límite a la intervención punitiva del Estado, es por ello que

⁴⁶ (Moccia, S., 2003, 182), (Hefendehl, R. 2001, 2), (Barrientos, D.J., 2015, 100), (Estupiñán, M. A. L., & Arteaga, L. L., 2015).

⁴⁷ (2001, 2).

⁴⁸ (2015, 100).

⁴⁹ (2019, 467).

su definición debe darse de la manera más clara, cierta, escrita y anterior en virtud del principio de legalidad; así como también, en virtud del principio de lesividad, debe consagrarse de la forma más clara, cierta, escrita y previa, la manera en la que se evidencian las lesiones o peligros reales que recaen sobre estas realidades ideales o materiales merecedoras de tutela penal, todo con el fin de generar seguridad jurídica y respeto por las garantías del ciudadano cubierto por los principios del Estado Constitucional de Derecho.

3.1. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

Hay dos grupos en los que los autores clásicamente dividen los bienes jurídicos. Estos son: los bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Los primeros, resultan ser no más que los derechos e intereses que permiten el desarrollo del individuo en sociedad, según Hefendehl⁵⁰ “*son aquellos que sirven a los intereses de una persona o determinado grupo de personas*”⁵¹. Estos, fueron asimilados en los Estados de Derecho modernos como derechos fundamentales, los cuales, en el caso colombiano, están consagrados en el Título II “De los derechos, las garantías y los deberes” de la Constitución Política de Colombia de 1991. Algunos de ellos son la vida, la libertad personal, libre desarrollo de la personalidad, etc.

Ahora, para determinar la delimitación entre los bienes jurídicos colectivos y los individuales, Villegas afirma lo siguiente, siguiendo a Henfendhel⁵²:

⁵⁰ (2001, 69).

⁵² Villegas (2010, 7): “La definición puede precisarse aún más, acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”. La seguridad colectiva de un Estado se trata de un bien jurídico universal o colectivo puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso; y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impide el de un individuo B.”

Para la delimitación entre bienes jurídicos individuales y colectivos se adopta el concepto de “no distributividad”, por el cual puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de este a un individuo, no pueden ser detentados individualmente. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, de tal manera que nadie puede ser excluido en su uso, ni tampoco existe una rivalidad en el consumo, es decir el uso o disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impediría que otro individuo haga lo mismo. Por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de esta. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida. Los bienes jurídicos colectivos poseen una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad

En síntesis, los bienes jurídicos colectivos son: “*Presupuestos para la satisfacción de las necesidades individuales*”⁵³. En otras palabras, son aquellos que permiten el ejercicio libre, controlado e institucionalizado de los bienes jurídicos individuales. Los cuales, al final, se materializarían en la protección de las instituciones, organismos y desarrollos modernos que sustentan la política y economía de las polis modernas.

En lo que concuerdan la mayoría de los autores frente a la concreción epistemológica de este concepto, es que este surge conforme a su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, para todos y todas sin excepción. Ello obedece a que, debido a las formas de organización de las civilizaciones modernas que se

⁵³ Stratenwerth, G., (2007, 367).

encuentran estructuradas en grupos con intereses comunes, difusos y, por lo tanto, colectivos, los cuales deben de ser protegidos por el Derecho Penal.

Los bienes jurídicos colectivos son evidentemente intereses difusos, pues su garantía y surgimiento dependen de las necesidades generalizadas e intereses de la colectividad y de los individuos pertenecientes a ésta, en determinada época y territorio⁵⁴. Otros criterios para determinarlos son la titularidad y los intereses. Con respecto al primero, cuando los bienes son de titularidad de la persona – natural o jurídica- serían individuales, mientras que serían supraindividuales o colectivos si la titularidad de estos es de la sociedad o una comunidad determinada. Mientras que el segundo criterio, diferencia los supra individuales o colectivos de los individuales dependiendo al interés que sirvan los bienes; si sirven a intereses de una persona, se tratarían de bienes individuales, mientras que si sirven a intereses no circunscritos a personas determinadas, se trataría de bienes jurídicos supraindividuales⁵⁵.

3.2 El bien jurídico «salud pública» y su menoscabo en el sistema jurídico colombiano. A propósito del art. 376 del Código penal colombiano.

Es importante para el desarrollo de la presente investigación, a manera de ejemplo, la determinación doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico colectivo “salud pública” en el ordenamiento jurídico colombiano. Todo con miras a saber qué es lo que está protegiendo el tipo penal de peligro y pluriofensivo consagrado en el artículo 376 de la Ley 599 del 2000.

⁵⁴ Rodríguez, C., (2008, 3)

⁵⁵ Pérez-S., C. (2019, 54).

En el artículo 32 de la Ley 1122 del 2007, se encuentra la primigenia definición del concepto salud pública en el ordenamiento jurídico colombiano, en los siguientes términos:

La salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad.

Frente a esta definición, se pueden formular varias preguntas: ¿La salud pública son solo las políticas públicas? ¿Su menoscabo solo se reduce a la trasgresión de las normas que determinan el sistema de políticas públicas de salubridad individual y colectiva? ¿la salud pública son todas las políticas públicas que buscan establecer condiciones buenas de vida, bienestar y desarrollo del país? como puede verse, es un concepto supremamente amplio y e indeterminado concretamente, sobre el cual es difícil que extraer qué instituciones, principios y lineamientos se protegen con la protección colectiva de la salud de la sociedad colombiana.

Sobre el desarrollo jurisprudencial del concepto, Hennessey⁵⁶ señala:

En términos generales, la postura dominante de la Sala Penal de la Corte Suprema desde 2009 respecto del bien jurídico salud pública se ha basado en dos presupuestos: (i) la afectación al bien jurídico salud pública no requiere la creación de un peligro concreto para la salud o la vida de los individuos y (ii) en consecuencia, el objeto de protección es la salud de la población. Sin embargo,

⁵⁶ (2020, 27).

entre el 2018 y el 2020 la Sala incorporó algunos matices a su postura: en el primer caso, que la protección jurídico penal de la salud pública se refiere al conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada la salud de la población y, el segundo caso, que la desvaloración de estos delitos se limita a la conducta por lo que excluye la posibilidad de legislar con tipos de resultado material.

Bajo esta consideración, la protección penal del bien jurídico la salud pública se ha venido dando a través de figuras sin resultado jurídico o material, entendido el primero como la *lesión* o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado y el segundo, como la modificación del mundo fenomenológico. ¿Por qué? Porque gracias a la misma descripción del tipo, el cual se realiza como uno de mera conducta, la concreción de la acción desplegada por el sujeto con cualquiera de los verbos rectores consagrados en el tipo presume automáticamente el menoscabo del mismo.

Al final, la discusión que se debe tener se constituye en una verdadera delimitación sobre lo que es y qué no es salud pública, en virtud de la seguridad jurídica; presumiendo una lesión sobre un concepto bastante vago e impreciso no se evidencia una racionalización adecuada de la aplicación del *Ius puniendi*.

3.3. Concepción dogmática de la Corte Suprema de Justicia sobre el resultado en el verbo rector “llevar consigo” en el artículo 376 de la Ley 599 del 2000.

Luego del desarrollo conceptual precedente, se hace pertinente analizar el desarrollo jurisprudencial sobre el concepto de resultado en el verbo rector “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 del 2000, para así evidenciar los problemas en la concreción de los criterios de legalidad y lesividad de este tipo pluriofensivo de

peligro abstracto, de mera conducta, y alternativo; derivados de la ambigüedad y la textura abierta presentes en la descripción típica.

En principio, desatinadamente, la Corte Suprema de Justicia, analizando en sede de casación hipótesis fácticas que podían enmarcar en el verbo rector del artículo 376 “llevar consigo”, dejaba la respuesta penal a la cantidad de estupefacientes que portaba sujeto procesado, tomando como base de no punición la dosis mínima consagrada en el literal J del artículo 2 de la Ley 30 de 1986- veinte (20g.) para marihuana, y un (01g.) para otras sustancias psicotrópicas-. En este comienzo, la línea de punición se construyó por la Corte en sede de la antijuridicidad, en el entendido que, cuando la cantidad de estupefacientes superaba mínimamente la dosis mínima regulada en la Ley, la lesividad a los bienes jurídicos protegidos por la norma se consideraba insignificante y, como consecuencia de ello, no se propendía por la punición del comportamiento.

Por el contrario, cuando la cantidad de sustancia que llevaba consigo el sujeto superaba excesivamente la cantidad permitida por la Ley, desbordando el límite de razonabilidad (el cual quedaba a consideración de razonabilidad de cada operador jurídico, tomando como base la dosis mínima consagrada en el artículo 2. Literal j. la Ley 30 del 86), aun cuando fuese probado procesalmente que dicha cantidad se portaba para el propio consumo, la conducta del sujeto portador se presumía lesiva para los bienes jurídicos tutelados, presunción que no podía ser desvirtuada. En el Rad: 35978 sobre dicha presunción la Corte manifiesta:

La razón para rechazar el pedimento del casacionista sobre la ausencia de lesividad de la conducta del procesado, es la que tiene que ver con la presunción que opera sobre la puesta en riesgo de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social - entre otros intereses -, cuando alguien es sorprendido en poder de droga en una cantidad importante, la cual

es definida por el legislador en el artículo 376, pues si es ostensiblemente superior a lo definido como dosis personal, no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal (Casación 35978 del 2011, subrayado fuera del texto).

Con posterioridad, la Corte cambia sustancialmente esa primigenia línea, modificando la presunción de lesividad sobre bienes jurídicos tutelados por el tipo consagrado en el 376, a una presunción que podía ser desvirtuada en la hipótesis cuando la cantidad portada por el sujeto superaba excesivamente la dosis mínima determinada en la Ley. En estos eventos la antijuridicidad material y la intromisión de la conducta en intereses sociales ajenos al propio, adquieren importancia como base de razón de la punibilidad de un comportamiento, indicando que no solo se imputaba en consideración a la cantidad portada a través de presunciones de Derecho. La condición de adicto, la prueba de su tenencia con fines distintos al propio consumo, y demás pruebas e indicios consagrados en los expedientes, debían tener un papel fundamental a la hora de imputar responsabilidad. Este cambio jurisprudencial se puede apreciar en el Rad. 42617 del 2014. Al respecto, la Corte manifestó lo siguiente:

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socioeconómico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la

antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte. (Casación 42617 de 2014).

No es hasta el proceso con Rad.41760 del 2016, que la Corte cambia el hilo de aplicación del artículo en mención. Dejando atrás el análisis que había hecho hasta el momento sobre el tipo del 376 en sede de antijuridicidad, el tribunal se enmarca en dar la solución al conflicto en sede de tipicidad, intentando a través de la intromisión en la descripción del tipo objetivo de las conductas que se enmarcan en la descripción del tipo en análisis. Incorporando a la tipicidad, al tipo objetivo, a través de jurisprudencia, elementos subjetivos de carácter específico consagrado de manera *ex-ante* por el legislador en la Ley 599 del 2000, modificado por el art. 11 de la Ley 1453 de 2011. Con este cambio, al final de cuentas, lo que hizo la Corte fue desviar el verdadero análisis sobre el resultado en el verbo rector “llevar consigo” del tipo penal en mención, dejando a consideraciones probatorias que recaerían sobre elementos subjetivos del tipo, la constitución del resultado en el caso en concreto.

La Corte añade tácitamente en la descripción objetiva del tipo contenido en el artículo 376 un elemento subjetivo de carácter específico, en el entendido de que debe ser probado en el trámite del proceso que la cantidad portada por el sujeto sea cual sea su guarismo, *lo sea con fines de tráfico de estupefacientes*. Es así, y solo así, que se ven vulnerados los bienes jurídicos protegidos por la norma: La salud pública y el orden económico y social. Al respecto, en la sentencia aludida, la Corte manifestó, además:

(...) Entonces, la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos dependerá de la finalidad cierta (no supuesta o fingida) de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la

intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

(...) En el asunto que concita la atención de la Corte, como para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo. (Casación 41760 de 2016).

La anterior posición ha sido reiterada en toda la jurisprudencia que precede el anterior planteamiento, tales como SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, en postura seguida también por la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848, la SP025-2019, ene. 23, rad. 51204, la SP4943-2019, nov. 13, rad. 51556, SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748 y la SP106-2020, ene. 29, rad. 56574.

3.4. Problemas de legalidad y lesividad en la construcción del concepto de resultado en el verbo “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 del 2000.

Es relevante, para los fines de la presente investigación, desglosar dos de los principios dogmáticos clásicos más importantes en el desarrollo epistemológico del Derecho Penal. De ellos, se desprende una mirada racionalizadora y limitadora en la construcción epistemológica del delito; y con ello, en el ejercicio del *Ius Puniendi*; siendo aquellos, planteamientos teóricos que funcionan como mecanismos racionalizadores del ejercicio valorativo en la interpretación y creación del Derecho, que ejercen en los sistemas modernos los jueces y los legisladores clásicos *“En otras palabras, los principios limitadores del ius puniendi actúan como exigencia y como*

orientación para todos los operadores jurídicos también de lege lata, en las tareas de sistematización, interpretación y aplicación del Derecho.”⁵⁷

3.4.1. Principio de legalidad.

El Derecho se constituye como el mecanismo por el cual los diferentes sistemas políticos encuentran validez, vigencia y eficacia, los cuales, a su vez; pueden encontrar génesis en diferentes dogmas o ideologías⁵⁸. Gracias al desarrollo dogmático del Derecho, desde finales del siglo XVIII, se consagra formalmente un principio que obliga a que el ejercicio de toda potestad pública- cualquiera que sea la rama u órgano por el cual se ejerza- esté sometida al imperio de la Ley: El principio de legalidad.

El postulado de la legalidad es un dogma político que puede ser considerado como uno de los más importantes en el desarrollo conceptual del *ius puniendi*, es pues, el génesis de su legitimidad social, legitimando el mismo Estado. Surge como regulador de las relaciones entre los representantes del Estado y los gobernados. Además, constituye la expresión de varias de las garantías más importantes en materia de la libertad individual de los ciudadanos, frente al ejercicio de la coerción legítima a través del Derecho por parte del Estado⁵⁹.

⁵⁷ (Pérez-S, C., 2019, 33).

⁵⁸ Uno de ellos, es el tan mencionado contrato social “*Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos en cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo*” (Rousseau, J.J., 1775, 166); (Roxin, C. 2007, 447) al respecto del contrato social: “Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves. Para esta concepción, lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo tanta libertad individual como sea posible”.

⁵⁹ “*la legalidad se convierte en un dato «preexistente», la misma pasa a ser, al menos teóricamente, una «barrera infranqueable», un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado. Con ello, a la vez, entra en colisión con la dinámica de la prevención. Desde perspectivas preventivistas, pues, se tratará de recortar el alcance del principio de legalidad*” (Baratta, 2013, p.252)

Para Silva,⁶⁰ el principio de legalidad tiene una dimensión técnica y otra política. En consideración a la dimensión técnica, se proporcionaría una buena garantía de seguridad jurídica frente a la aplicación arbitraria del *ius puniendi*. Esto, en el entendido de que todos los ciudadanos sepan -o al menos tengan la posibilidad de saber- qué conductas son prohibidas por el Derecho, cuáles son las penas y las sanciones aplicables frente a la realización de dichas conductas; y por último, en qué marco procesal se va a dar la aplicación de la pena y la vigilancia de la misma. Y con respecto a la dimensión política, tiene por objeto fundamental, el problema de la legitimación democrática de las disposiciones definidas como delitos por el sistema jurídico siendo este diferente en cada modelo de Estado.

Por otro lado, (Ferrajoli, 1995, 34), divide este principio en dos: Por un lado, el principio de mera legalidad o reserva absoluta de la Ley, el cual es enunciado clásicamente por el apotegma *nulla pena et nullum crimen sine lege*. Es decir, la Ley como condición necesaria del delito y de la pena. Conforme a ello, el juez no puede calificar como delitos las acciones que considera inmorales según sus sesgos individuales, sino solo los que vienen designados como acciones punibles de manera previa y escrita en la Ley (*Lex praevia y Lex scripta*).

De igual manera, el operador jurisdiccional no puede determinar arbitrariamente la pena a imponer, sino que tiene que aplicar la misma, en consideración a lo plasmado en normatividad penal vigente al momento de la comisión del delito, o la posterior, si es más beneficiosa. Con base en lo anterior, se puede afirmar que el principio de mera legalidad, es entonces una norma dirigida a los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, quienes se ven obligados al

⁶⁰ (1992, 252, 53).

análisis conglobante de la totalidad de la ley, en sentido amplio, para la determinación de la regla individual y, en sentido concreto, aplicándola al caso difícil o no.

Por otro lado, se encuentra el principio de estricta legalidad, que se configura en una norma meta-legal dirigida al legislador para garantizar, con taxatividad, los presupuestos de la pena. Se identifica con el principio de reserva absoluta de Ley. Debido a ello la ley penal tiene que ser cierta, previa, escrita y estricta. Entonces, mientras que el principio de mera legalidad, es una norma dirigida a los jueces, y se identifica con la sujeción de estos a la ley, en la creación de normas individuales y concretas, el de estricta legalidad es un mandato dirigido al legislador, a quien también se somete al imperio de la Ley para la creación de normas generales y abstractas de una forma en que se garantice su conocimiento y aplicación o “reglas de juego” a los gobernados.⁶¹

3.4.2. Principio de lesividad u ofensividad.

Este principio está representado clásicamente en el axioma *Nulla necessitas sine injuria*. Según Ferrajoli⁶², se trata de un principio que surge en Aristóteles y Epicuro, denominador común de toda la cultura penal ilustrada: desde Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Bentham, Pagano y Romagnosi; quienes ven en el daño causado a los terceros, las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. En este contexto, las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento

⁶¹ Por otro lado, Hassemer, W. (2003, 22) sobre el principio de legalidad: “El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*; el legislador no puede aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex praeiudicia*); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: *lex stricta*)”

⁶² (1995, 466).

Es en virtud del principio de lesividad, que el daño es un presupuesto imprescindible para la coerción penal Estatal, pues sin su presencia en la acción analizada, no se considera legítima la intervención punitiva a través de la pena: en ese sentido, es un principio negativo o limitador. Es calificado también por Ferrajoli como una de las garantías de carácter sustancial, en el entendido de que son aquellas que se refieren directamente a la sustancia o contenido de las prohibiciones, a los presupuestos de la pena; en contraposición a las garantías procesales que las clasifica como instrumentales, que son normas de derecho procesal que se refieren a los métodos y formas de comprobación de las garantías sustanciales como el principio de *in dubio pro reo*, el debido proceso etc.⁶³

Debido a este principio, se le impone a la ciencia y a la práctica judicial, la carga de la demostración de un resultado que lesione o ponga en peligro efectivo los bienes jurídicos tutelados por el Derecho. De igual manera, este mismo postulado, se materializa dentro del esquema del delito en la categoría de la antijuridicidad, en específico, en la antijuridicidad material⁶⁴.

Para Silva⁶⁵, el principio de lesividad es parte del principio de protección fragmentaria y supone la oposición a incriminación de hechos que no lesionen o por lo menos pongan en efectivo peligro -concreto- auténticos bienes jurídico-penales que pueden pertenecer a un individuo o a la sociedad, entendiendo que el Derecho penal protege los intereses de los individuos en sociedad y las instituciones que la integran. Se hace la salvedad de que estos últimos, tienen que protegerse de una forma instrumental respecto del individuo. Este postulado tiene repercusiones, en el

⁶³ Ferrajoli, (1995, 463-464).

⁶⁴ "El juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida que ella lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado a través del tipo penal" (Reyes Echandía, A. (1974, 27)

⁶⁵ (1992, 291-292).

entendido de que no podrán incriminarse modalidades de ataque que no se consideren un peligro grave para los individuos y la sociedad.

Es con base en este principio, que en la presente investigación se sostiene que la acepción epistemológica más correcta del concepto de resultado es concebirlo como la lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado -desvalor de resultado-. Lo anterior, con fundamento en que la teleología del Derecho penal, como se ha venido planteando, es la proscripción de los comportamientos más reprochables socialmente, las conductas que trasgredan la órbita de la libertad y los intereses ajenos y que causen un resultado lesivo o generador de riesgo sobre uno o varios bienes jurídicos protegidos por el sistema jurídico.

3.4.3. Reflexiones finales sobre los criterios de legalidad y lesividad con respecto al verbo rector “llevar consigo” del artículo 376 de la Ley 599 del 2000.

La teoría del delito es preponderantemente un producto europeo del siglo XIX, con raíces italianas y una profundización alemana se crea una teoría que se consolida en el Siglo XX, en la que se distinguen las diferentes condiciones generales de la responsabilidad criminal, y lo que es considerado un delito por la sociedad. Gracias al desarrollo de Ernst von Beling en 1906, se determina una formulación clásica del esquema del delito, se desglosa este, en un concepto que determinado por cuatro presupuestos: 1. Una acción, 2. típica, 3. antijurídica y 4. culpable.

Cada categoría, tiene un gran desarrollo epistemológico, pero, al final, como lo insinúa Nino⁶⁶:

El requisito de que una acción debe ser típica no es más que la reformulación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, interpretado de tal manera, que se sigan de él los siguientes tres subprincipios (según la fórmula de

⁶⁶ (1980, 41).

Feuerbach'): *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta.*

Sumado a lo anterior, los requisitos de que la acción sea antijurídica y culpable, se compadecen con los axiomas *Nulla necessitas sine injuria* y *Nullum crimen, nulla poena sine culpa*, en los cuales se evalúa la dañosidad social de la conducta; el reproche subjetivo con miras al análisis de la libertad de decisión y discernimiento psicológico o no; y la posibilidad de exigencia del ordenamiento sobre una conducta distinta a la desplegada que se ajuste a derecho, desarrollándose así mismo lo protegido por los principios de lesividad y culpabilidad, análisis que no resultan relevantes en la categoría de los delitos de peligro abstracto, ya que como se vio anteriormente, la dogmática penal los concibe como conductas punibles que no se tiene que corroborar un resultado entendido como la lesión o el menoscabo efectivo de un bien jurídico tutelado o “desvalor de resultado” yendo en contravía a lo dispuesto por el principio de lesividad.

Debido a la moderna sociedad del riesgo y el expansionismo punitivo, en los sistemas modernos la protección de los intereses colectivos de la sociedad se lleva a cabo mediante figuras de peligro abstracto a lo que, en palabras de Ferrajoli⁶⁷, “Toda la estructura del Derecho Penal se ve con esto profundamente perturbada en sus principios fundamentales: desde el principio de legalidad, que entonces se orienta a la prevención de tipos de autor en lugar de tipos de acción”.

¿Por qué? Porque el resultado, entendido como lesión o puesta de peligro de los bienes jurídicos tutelados, en delitos de peligro abstracto se realiza en un resultado presunto, el cual no debe exigirse como uno diferente al de la acción y que

⁶⁷ (1992, 113).

tampoco debe compadecerse con el desvalor de resultado, al ser estos tipos, por regla general, descritos mediante figuras de mera conducta, en las cuales el legislador de una manera *ex ante* presume la lesividad de la acción que se considera hipotéticamente peligrosa sin realizar un debido análisis *ex ante* de la real lesividad de los comportamientos proscritos. Es un resultado jurídico presunto, pero no entendido como la lesión de esos presupuestos socialmente relevantes, sino como simple antijuridicidad formal, la violación a la norma como sustento del reproche penal, la simple reafirmación de los sistemas jurídicos, un desarrollo conceptual moderno bastante influenciado por el funcionalismo jakobsiano.⁶⁸

La dogmática penal moderna, se ha concentrado en el desarrollo de nuevos tipos de criminalización y el agravamiento de las penas. La tutela penal moderna, ya no se orienta a los bienes jurídicos clásicos sino a bienes jurídicos colectivos, además, la protección de los mismos ya no se orienta a la comprobación de un daño concreto y la causación de menoscabo a los principios, sino a la tipificación de delitos de peligro abstracto, donde es suficiente para la punición del comportamiento, la realización de la acción que el legislador ha previsto *ex ante* como peligrosa, sin la que misma tenga que causar siquiera una real y concreta puesta en peligro a lo protegido. Se genera una presunción de lesividad y, con ello, una reafirmación del mismo sistema de normas, descrita así por Moccia⁶⁹: “En *realidad*, se termina por legitimar la criminalización de conductas de por sí insignificantes desde el punto de vista de la nocividad social, sobre la base de una remota conexión con bienes jurídicos de relieve”.

⁶⁸ Y en contraposición a esto “*En mi opinión, el sistema social no debe ser conservado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en sociedad*” (Roxin, C., 2007, p. 457)

⁶⁹ (2003, 198).

Desde la perspectiva de esta investigación, la consagración de bienes jurídicos colectivos y su protección a través de delitos de peligro es legítima en un Estado constitucional de derecho que desarrolle la prevención general como uno de los fines de la punición, en tanto que el peligro se constituya no un estado subjetivo de un grupo de personas, sino la consecuencia lógica de la tecnolocización de la sociedad, dado que las figuras de peligro se hacen necesarias debido al desarrollo de nuestra sociedad cada vez más industrializada, tecnologizada y artificial. Sin embargo, la protección del peligro en abstracto como se ve no es consecuente con el principio de lesividad, ya que está dispuesta de una forma tan abstracta que deja total discreción al operador judicial, trayendo inseguridad jurídica a las garantías de los ciudadanos en un Estado de Derecho. Se trata entonces de racionalizar cada vez más la aplicación de este tipo de punibles, una propuesta es al recurrencia a los delitos de peligro concreto, donde el resultado entendido como lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado se debe desarrollar concretamente por el legislador de manera *ex ante*, es decir. de anterior a la conducta, clara y escrita; otra la recurrencia a la comprobación de los presupuestos de la imputación objetiva en las figuras de peligro abstracto; y otra la concreción de los bienes jurídicos colectivos a través del desarrollo de los elementos que cumplen función representativa de los mismos. La puesta de más barreras o límites con el lenguaje y racionalización sobre la aplicación caprichosa y vaga del *ius puniendi* es la tarea de la dogmática penal moderna, cada vez más necesitada de castigo por las necesidades y formas de satisfacer dichas necesidades en la sociedad postindustrializada.

Desarrollados los dos primeros puntos en el cuerpo del trabajo, procede hacer referencia sobre los “Objetos que cumplen función representativa”, los mismos son manifestaciones ideales y materiales de los bienes jurídicos, con miras a determinarlos con mayor claridad, es el objeto que ha de terminar inmediatamente

lesionado o puesto en concreto peligro por la acción típica, estos desarrollos conceptuales son una garantía para el ciudadano, ya que como se pudo plantear, el desarrollo los bienes jurídicos colectivos, como la salud pública en el sistema jurídico colombiano, es tan amplio y vago que al final no se sabe qué se está protegiendo o lo que se debería proteger como “la salud de todos los colombianos”. Por ejemplo, el agua, el aire, la flora y la fauna son objetos representativos del bien jurídico colectivo medio ambiente, porque son aquellos objetos que permiten o sirven para la conservación del mismo. Dicho esto, ejemplos de los diferentes objetos materiales que cumplen la función representativa de la salud pública en Colombia, con miras a concretar la lesión de los mismos serían: el POS, todas las instituciones que garantizan la prestación del servicio de salud en el territorio colombiano: Hospitales, EPS, IPS, todo el sistema de normas y organismos que rigen los permisos sanitarios de los productos y servicios, INVIMA, etc.

Para finalizar, cabe resaltar que todos los conceptos y desarrollos conceptuales que se realizaron en las páginas precedentes, son una compilación de desarrollos aplicables al Estado Democrático de Derecho, y además son una propuesta de sistematización e integración de diferentes conceptos dogmáticos, con miras a aportar a la racionalización de la dogmática penal en áreas donde se consideró que todavía es impreciso, lo anterior, cumpliendo con el fin legítimo de esta misma disciplina.

4. Conclusiones.

1. La equivocidad en la construcción teórica del delito es una característica de la esencia de la misma Ciencia del Derecho Penal, debido a la textura abierta del lenguaje.

2. La discrecionalidad con la que cuentan los jueces para crear derecho en casos concretos cuando el ordenamiento lo permite, no es una herramienta sometida

al capricho moral del aplicador del Derecho. Todo lo contrario, este está sometido a la aplicación y corroboración de todos los principios del sistema jurídico que lo dotó de potestad jurisdiccional, si este es un Estado de Derecho, deben corroborarse todos los principios liberales y garantistas para en la interpretación y aplicación del Derecho para que no se esté prevaricando en la creación de derecho en determinado caso en concreto.

3. El peligro abstracto no puede ser punible en un sistema penal aplicado a un Estado de Derecho. Esto va en contravía de principios tan básicos como el de legalidad y ofensividad o lesividad. Solo deben ser punibles acciones que lesionen o pongan en peligro efectivo -concreto- bienes jurídicos tutelados.

4. La forma de neutralizar el ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte de los operadores judiciales, es la racionalización del ejercicio de la potestad misma, a través de la admisión innegable por parte de todos los sujetos involucrados en la aplicación del Derecho Penal –jueces, legisladores, dogmáticos–, de la consagración de principios y límites como el de lesividad u ofensividad y legalidad, como fundamentos metafísicos de la construcción dogmática penal.

5. Es una propuesta loable del desarrollo dogmático penal, pensar en la posteridad de la sociedad a través del adelantamiento punitivo por parte del Estado a factores de riesgo sociales e individuales. El humano moderno se ha dado cuenta de que en su comportamiento con sus semejantes y su entorno tiene que obtener cambios radicales en los próximos tiempos, en pro del bien común. Es por ello, que pensamientos sobre el riesgo, la seguridad, el adelantamiento punitivo, son completamente loables y necesarios. El problema radica en que, con el transcurso del tiempo, nuevos desarrollos conceptuales se presentan en la construcción y aplicación de un derecho penal vago, indeterminado, tendiente a no proteger realidades sociales, sino que se propende por proteger sentimientos de seguridad

abstractos que reclaman muchos de los integrantes del Estado sin concretarlos lo suficiente para evitar arbitrariedad en la aplicación de castigo. La equivocidad con la que se presentan todos estos desarrollos modernos, no genera una garantía para los ciudadanos, pues, como se planteó con anterioridad, la discrecionalidad puede llegar a convertirse en arbitrariedad, donde el Derecho penal es equívoco e insuficiente, y es finalidad de la dogmática penal racionalizar el discurso por el que se aplica castigo legítimo; por ello, el recurrir a la aceptación y aplicación de conceptos como el “ objeto material que cumple función representativa” con miras a determinar con mayor precisión que es lo que protege un bien jurídico colectivo, y cómo debe efectuarse su lesión, es una garantía en si misma para el ciudadano.

Referencias

Alexy, R. (1989) Teoría de la argumentación jurídica, trad. de M. Atienza. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alvarado, Y. R. (2022). El mito del resultado. Nuevo Foro Penal, 18(99), 37-52.

Atienza, M. (2015) Razonamiento Jurídico. Encicl. de filos. y teo. del der. Doctrina Jurídica. 1419-1452.

Baratta, A. (2004). Principios de derecho penal mínimo. Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam. 299-333.

Baratta, A. (2004). Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam. 334-356.

Barrientos, D. J. (2015). Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Nuevo Foro Penal, 84, 90.

Bayón, J. C. (2008). Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2(4). <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.2-num.4-2010-252>.

Chávez, A. (2017). El concepto de resultado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 9.

Echeverry, J. B. (2015) Discrecionalidad Judicial. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Doctrina Jurídica*, 1389-1418.

Estupiñán, M. A. L., & Arteaga, L. L. (2015). Bien Jurídico y las Funciones del Derecho Penal, *El Derecho penal y criminología*, 36, 63.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 989.

Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo foro penal*, 8(79), 100-114.

Guastini, R. (2013). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, (8), 71-79.

Hart, H. (1961) *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro R Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 332.

Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 167.

Hassemer, W. (2003) *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires: AD.HOC, 128.

Hefendehl, R. (2001). ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto*. In *Anales de Derecho*, 147.

Hennessey, C. A. (2021) *La salud pública y el derecho penal en Colombia: una perspectiva materialista del fenómeno para la construcción del bien jurídico*.

Consultado de: [La salud pública y el derecho penal en Colombia: una perspectiva materialista del fenómeno para la construcción del bien jurídico \(uniandes.edu.co\)](http://uniandes.edu.co).

Laurenzo, P. (1992) El resultado en el Derecho Penal. Valencia: tirant lo blanch, 197.

Largier, D. G. (2006) Argumentación y prueba judicial. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Estudios sobre la prueba. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)89-131[Leyes y derechos cure]. (desconocido). Derecho penal del enemigo Günther.

Jakobs [Video]. YouTube. https://youtu.be/wCZvZpNepd_

Rodríguez Devesa, José M (1969). Resultado y delitos de peligro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. XII, núms. 34, 35 y 36. 445-464.

Lifante, I. (2013). Tres ámbitos de la argumentación judicial. Aequitas,34. López, M.

D. L. (2018). Riesgo permitido y responsabilidad penal, 31.

Mendoza Buergo, B. (2002). La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2.^a Época, núm. 9 (2002), 39-82

Moccia, S. (2003) Derecho Penal Entre Ser y Valor. Buenos Aires: AD.HOC,

128.Martos Núñez, J. A. (1987). El principio de intervención penal mínima. Anuario de derecho y ciencias penales, 99-134.

Musco, E. (2014). La irracionalidad en el Derecho penal. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, (16).

Nino, C. S. (1980). Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito. Astrea, 505.

Ossa, M. (2015). La discrecionalidad judicial. Leyer, 64

Ortega y Gasset, J. (1977). Origen y epílogo de la filosofía, 139.

Paz López, M. D. L. (2018). Riesgo permitido y responsabilidad penal.

Pacheco, M. M. (2003). Epistemología y racionalidad del castigo. Nuevo Foro Penal, 66- 42.

Pérez, Sauquillo Muñoz, C. (2019). Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales., 354.

Puig, Santiago Mir (2005). Límites del normativismo en Derecho Penal. Thomson-Civitas, 24.

Puig, S. M. (1991). Bien y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV (1991). Cursos e Congresos Nº 64 Servicio de Publicación da Universidad de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-731-9, 204-215.

Ramírez, J. B. (2019). Los bienes jurídicos colectivos. Revista de Derecho Penal, (27), 465-476.

Reyes Alvarado, Yesid (2022). Nuevo Foro Penal,99. “El mito del resultado”, Nuevo Foro Penal, 99.

Reyes E., Alfonso (1974). La Antijuridicidad. Bogotá: Presencia, 278.

Rousseau, J, J. (1755) Discours sur l'origine et les fondementes de l'inegalite parmi les hommes; Dou contrat social. Trad. de Antonio R, Consuelo Berges y José López. Ediciones Orbis, S.A. 260.

Rodríguez, C. (2008). Los delitos de peligro abstracto y los bienes jurídicos colectivos, 30.

Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (pp. 443-458). Ediciones Jurídicas y Sociales.

Silva, J. M. (1992). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: J.M Bosh Edito, S.A, 425.

Sotomayor, J. O., y Tamayo, F. L. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. *Revista de Derecho*, (48), 21-53.

Stratenwerth, G. (2007). La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 365-372). Ediciones Jurídicas y Sociales.

Tornoé, Y. Y. (2020). *La Teoría del Delito en el Proceso Penal. Los delitos por el régimen de la acción. Sección A*, 159-165.

Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Panamá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 955.

Villegas Paiva, E. A. (2010). *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal: Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astres. Obtenido de [LOS BIENES JURIDICOS COLECTIVOS EN EL DERECHO PENAL \(unifr.ch\)](#)

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (1998). *Manual de derecho penal* (p. 368). Ediciones Jurídicas.

Corte Suprema de Justicia, Casación 35978 del 2011.

Corte Suprema de Justicia, Casación 42617 de 2014.

Corte Suprema de Justicia, Casación 41760 de 2016.

Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994.