LIBRO HOMENAJE A
ALFONSO REYES ECHANDÍA
EN EL NONAGÉSIMO ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO

Hernán Darío Orozco López

Yesid Reyes Alvarado

Carmen Eloísa Ruiz López

Editores

Universidad de los Andes
Colombia

Universidad de Ibagué
Comprometidos con el desarrollo regional

Universidad Externado de Colombia

LIBRO HOMENAJE A ALFONSO REYES ECHANDÍA
EN EL NONAGÉSIMO ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO



LIBRO HOMENAJE A ALFONSO REYES ECHANDÍA EN EL NONAGÉSIMO ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA CONTEMPORÁNEOS A LA LUZ DE LA OBRA DE ALFONSO REYES ECHANDÍA

HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ
YESID REYES ALVARADO
CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ

(EDITORES)

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
UNIVERSIDAD DE IBAGUÉ
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento : análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía / Alfonso Gómez Méndez [y otros] ; Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (editores). -- Bogotá : Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué, Universidad Externado de Colombia. 2022. -- Primera edición.
1120 páginas : Retrato ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587909135 (impreso)

1. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 -- Pensamiento jurídico 2. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 -- Homenajes póstumos 3. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 -- Escritos jurídicos 4. Derecho penal – Colombia 5. Procedimiento penal – Colombia 6. Criminología – Colombia 7. Prevención del delito -- Colombia I. Orozco López, Hernán Darío, editor, autor II. Reyes Alvarado, Yesid, 1960-, editor, autor III. Ruiz López, Carmen Eloísa, editora, autora IV. Universidad Externado de Colombia V. Universidad de Ibagué V. Universidad de los Andes VI. Título

343.092 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos. EAP.
septiembre de 2022

ISBN 978-958-790-913-5

© 2022, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ, YESID REYES ALVARADO
Y CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ (EDITORES)
© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (+57) 601 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2022

Imagen de frontispicio: *Retrato de Alfonso Reyes Echandia*, por Rueda

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S. A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ*

Delitos de riesgo

Al Maestro Alfonso Reyes Echandía, in memoriam.

INTRODUCCIÓN

"En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos". Así empieza el sociólogo Ulrich Beck el primer capítulo de su obra, *La sociedad del riesgo*.

Encontramos como palabra clave el término "producir", concepto que de entrada da pie para distinguir entre las nociones de riesgo y peligro. A diferencia del peligro, los riesgos son verdaderos resultados indeseados de actividades empresariales y tecnológicas consideradas socialmente provechosas; son consecuencia de los desarrollos científicos, manufacturados y producidos con la conducta *humana*, activa u omisiva. Los peligros, por su parte, tienen un origen al margen de la intervención del hombre, son naturalísticos y por lo general incontrolables. En la medida en que en los riesgos interviene el ser humano, ello hace que los resultados que de los los mismos se deriven, busquen ser atribuidos a este.

Fruto de esta constatación por parte de la sociología surgen corrientes de pensamiento socio-jurídicas, como es el caso del funcionalismo, uno de cuyos exponentes, el maestro Claus Roxin, trae a colación el concepto de imputación objetiva, y, en línea con el discurso de la sociedad de riesgo de Beck, la noción de creación o aumento de un *riesgo* jurídicamente desaprobado, y la relación *de riesgo* entre el *riesgo* creado, y el resultado. También con fundamento en la aparición de esta corriente, se conciben escenarios de responsabilidad penal por omisión en atención al hecho de ser guardián de una fuente de *riesgo*, al hecho de emprender la realización de actividades *riesgosas* con otras personas, o al hecho de haber creado de manera precedente una situación antijurídica de *riesgo*[1].

El concepto de riesgo también se utiliza en figuras propias del Derecho procesal penal, como sucede, en el caso colombiano, con el régimen de las medidas de aseguramiento. Allí se prevén escenarios en los que se encuentra

---

* Abogado de la Universidad del Rosario; especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra; doctor *cum laude* en Cuestiones Actuales del Derecho Español e Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio. Abogado litigante y socio de la firma Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

1 Art. 25 CP (Ley 599 de 2000).

constitucionalmente justificada la detención preventiva, como es el caso del *riesgo* de fuga o de no comparecencia, y el del riesgo para la prueba o *riesgo* de obstrucción de justicia. Se habla también, aunque en nuestro concepto de manera imprecisa, de "peligro" para la víctima y "peligro" para la comunidad, aun cuando el contenido de estas causales es propio de un lenguaje y una lógica de riesgos. Ello, como quiera que se fundamenta la imposición de una medida de aseguramiento en la posibilidad de que el imputado (un ser humano) atente contra la víctima o la comunidad, esto es, en la necesidad de impedir resultados indeseados de actividades humanas.

Donde, por el contrario, sí es acertado hacer referencia a la expresión peligro es en la distinción entre las causales de justificación, particularmente respecto del estado de necesidad. Para que opere este, es necesario que el agente esté obrando por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un *peligro*, actual o inminente, cuya causa (dolosa o culposa) no sea el propio agente[2]. El estado de necesidad se concibe, de esta manera, para que el agente pueda protegerse de hechos de la naturaleza, hechos de los animales y hechos humanos imprudentes.

El Derecho penal y Derecho procesal moderno, por lo tanto, tienen como uno de sus pilares fundamentales el riesgo, concepto al cual es inherente la conducta humana.

Con los desarrollos propios de la modernidad hay un tránsito de una sociedad exclusivamente de peligros a una sociedad de riesgo, distinguiéndose esta última por la generalización e institucionalización de riesgos producto del desarrollo informático y tecnológico[3], riesgos que crecen en su potencial dañino, a la par que cada vez más se caracterizan por la incertidumbre e imprevisibilidad de sus consecuencias.

Ante una progresiva sensación de inseguridad, aparejada con la tecnificación de los mecanismos que aparentemente lograrían controlarlos, surgen

---

2 Art. 32, num. 7 CP.

3 Dentro de las características de la sociedad actual, el profesor Silva Sánchez señala que una de las consecuencias negativas es "la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos [...] que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, *la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.*". Jesús María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 12-15.

en los miembros de la sociedad expectativas frente a su gestión a fin de que no acaezca un resultado lesivo o, cuando menos, de mitigar sus efectos. No es comprensible, en la sociedad actual, que no existan responsables (políticos y jurídicos) cuando los riesgos se traducen en lesiones.

De hecho, con la innovación tecnológica y el incremento en las capacidades de predicción, en la actualidad estamos siendo testigos de cómo circunstancias percibidas de antaño como peligros, por no ser atribuibles ni controlables por el ser humano, se transforman paulatinamente en riesgos moral y jurídicamente imputables, en particular en el plano de la omisión y la imputación objetiva. Así, por ejemplo, aunque un huracán es un evento de la naturaleza y es *per se* incontrolable, las capacidades de predicción que actualmente permite la tecnología generan obligaciones de emprender acciones orientadas a mitigar los efectos y la afectación de bienes jurídicos como la vida y la integridad física. La ausencia de toma de medidas para prevenir que un peligro de efectos predecibles se materialice en lesiones, en la actualidad es moral, política y jurídicamente inaceptable, máxime cuando hoy en día, aunado a los efectos del cambio climático, los peligros (que hoy se transforman en riesgos) son susceptibles de generar efectos catastróficos.

Para tal efecto, una de las respuestas que se genera desde el ámbito jurídico penal es el adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídicos –clara manifestación del fenómeno de expansión del Derecho penal, como en su momento lo caracterizó el profesor Silva Sánchez–. Bajo esa lógica se crean nuevas tipologías delictivas, como es el caso de los denominados delitos de "peligro". Sin embargo, de acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, toda vez que (i) el Derecho penal juzga conductas humanas y que, (ii) como se reconoce de antaño por la sociología jurídica y la escuela funcionalista, el Derecho penal moderno obedece a una sociedad de riesgo y no de peligro, consideramos que la denominación apropiada para esta categoría de tipos penales es la de "delitos de riesgo".

Los delitos de riesgo nacen con la otra cara de la moneda: los delitos de lesión, atendiendo, por un lado, al reconocimiento de derechos de tercera generación (bienes jurídicos colectivos). Como quiera que se trata de bienes jurídicos que inciden de manera general (esto es, sobre comunidades o la sociedad como un todo) y no respecto de individuos concretos, un importante sector de la doctrina ha considerado que los primeros no son del todo autónomos y no pueden ser objeto de protección sin referencia –por mínima

que sea– a estos últimos[4]. Adicionalmente, algunos han considerado que respecto de determinados bienes jurídicos colectivos es difícil afirmar que cuenten con un carácter "lesionable" por sí solos o por conductas aisladas. Así, entendiendo que los bienes jurídicos colectivos conllevan implícita la garantía indirecta de bienes jurídicos individuales, se ha considerado necesario anticipar la protección de los primeros a efectos de impedir la lesión de los segundos.

De igual manera, se tipifican delitos de riesgo y ya no solo delitos de lesión, pues la sociedad percibe una necesidad de que el Derecho penal amplíe sus límites clásicos hacia un enfoque de prevención y protección, y no se limite solo a ser de carácter reactivo. Lo anterior, precisamente por la complejidad de los riesgos que apareja la modernidad: permitir que los mismos se concreten en lesiones, susceptibles de generar consecuencias catastróficas para los bienes jurídicos, irreversibles y capaces, inclusive, de poner el vilo la existencia misma de la humanidad.

La introducción de los delitos de riesgo, sin embargo, no ha estado exenta de críticas.

Por un lado, se hallan quienes defienden el discurso clásico que aboga por la mínima intervención y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Los delitos de riesgo, que se caracterizan por tipificar conductas previo a una lesión, riñen con los postulados de los principios de fragmentariedad y lesividad de acuerdo con los cuales el Derecho penal únicamente debe intervenir ante conductas que afecten de manera grave los bienes jurídicos. Ante esta crítica, se debe tener en cuenta que los riesgos que apareja la modernidad son tan complejos que de materializarse harían fútil el Derecho penal.

Otra crítica a los delitos de riesgo consiste en que, como lo ha reconocido la doctrina, en algunos casos ellos han sido tipificados con el fin de reducir la impunidad, pretendiendo brindar una ventaja probatoria que facilite la protección de bienes jurídicos allí donde resulta especialmente difícil acreditar la lesión[5]. Esta lógica de facilitar el trabajo al ente acusador, para los críticos, conlleva un correlativo desmedro a las garantías de la defensa.

---

4 José Cerezo Mir, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2002, pp. 56–57. También Teresa Aguado Correa, "El principio de proporcionalidad en el Derecho penal", España, Edersa, 1999; en el mismo sentido Juan L. Fuentes Osorio, "La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito" *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, 2006.

5 "Se trata de ámbitos en los que es muy *difícil* tipificar la producción de resultados lesivos o de

Por último, una de las mayores críticas es que con la anticipación de las barreras de protección en la tipificación de delitos de riesgo, en últimas se castigan conductas insignificantes. También conocida como la teoría del efecto acumulativo, esta crítica señala que es ilegítimo sancionar conductas individuales que por sí solas son insignificantes frente a un bien jurídico, aun cuando el riesgo de que terceros incurran en conductas similares (igualmente insignificantes por sí mismas) dé pie a que, al sumarse, el bien jurídico se encuentre lesionado hasta un punto irreversible: se sanciona una conducta "no por crear por s*í* sola un riesgo o peligro de entidad suficiente sino por los efectos nocivos de la repetición o reiteración del mismo tipo de comportamiento"[6]. La ilegitimidad que plantea esta crítica se basa en que se estaría castigando la conducta insignificante de una persona, por el riesgo que pudiere generar la futura e hipotética conducta de terceros. Por tratarse, estas últimas, de conductas no relacionadas y no atribuibles a la persona objeto de juzgamiento, se estaría lesionando el principio de individualidad de las penas.

A continuación se abordan las categorías de delitos de riesgo y el alcance que les ha dado la jurisprudencia colombiana, con el fin de hacer frente a las críticas propias de la categoría.

1. Los delitos de riesgo en el ordenamiento jurídico penal colombiano

En los países del *common law*, especialmente en Estados Unidos, se tiene el "*Harm to others Principle*" o "*Harm Principle*" como un límite del poder punitivo del Estado. De acuerdo con este principio, originalmente desarrollado por John Stuart Mill[7], y reflejado en los casos *Territory v. Kraft* (1935)[8]

---

puesta en peligro concreto, al exigir los delitos de resultado el conocimiento y *comprobación del nexo causal* entre la acción individual y el resultado, *siendo más fácil la determinación de la aptitud general de determinados comportamientos para poner en peligro el bien jurídico protegido*" (cursiva fuera del original). Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 69-70.

6 Javier Boix Reig y Paz Lloria García. *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2008, p. 152.

7 "El único propósito por el que se puede ejercer legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, *es para evitar el daño a los demás.* Su propio bien, ya sea físico o moral, no es suficiente. No se le puede obligar legítimamente a hacer o a abstenerse de hacer algo porque sea mejor para él, porque le haga más feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería sabio o incluso correcto. Estas son buenas razones para reñir

y *State v. Lee* (1970)[9], una conducta solo puede ser objeto de reproche penal en la medida en que dañe a otro. El daño, en la tradición anglosajona, es entendido como "la vulneración de un interés legalmente protegido".

En Colombia, por su parte, el principio homólogo corresponde al principio de lesividad, entendido como un "criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger"[10].

Se trata de un principio que ha sido por lo general equiparado con el concepto de antijuridicidad material, no obstante que el principio de lesividad es un principio político criminal, mientras que la antijuridicidad es

---

con él, o razonar con él, o persuadirlo, o suplicarle, pero no para obligarlo o causarle algún mal en caso de que haga lo contrario. Para justificar eso, *la conducta de la que se desea disuadirlo debe estar calculada para producir un mal a alguien más.* La única parte de su conducta por la que es responsable ante la sociedad es la que concierne a los demás. En la parte que solo se refiere a sí mismo, su independencia es, por derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano" (cursiva fuera del original; trad. propia). John Stuart Mill. *On Liberty*, 1859.

8 En *Territory v. Kraft*, la Suprema Corte de Justicia del Estado de Hawaii analizó el caso de una persona condenada por ejercer el oficio de la fotografía sin estar certificado por la junta correspondiente: "Por lo tanto, la cuestión principal que se plantea en el recurso de apelación es si, al aprobar la Ley 103, el legislador se extralimitó en las facultades que le fueron conferidas. Más concretamente, la cuestión es: ¿estaba dentro de las facultades constitucionales del poder legislativo excluir de la práctica de la fotografía con fines lucrativos a todas las personas que no hubieran cumplido con las disposiciones de la ley? *La respuesta a esta pregunta depende de la naturaleza de la fotografía – si como ocupación es inocente y sin peligro o si está infectada con alguna cualidad que podría hacerla peligrosa para la moral, la salud, la comodidad o el bienestar de aquellos que constituyen el público. Si esto último es cierto, entra dentro del poder de policía del legislador establecer las regulaciones y restricciones contenidas en la ley. Si, por el contrario, la práctica de la fotografía es inofensiva y no va en detrimento del bienestar público, el legislador no puede restringirla a quienes tengan un certificado de aptitud.* […] El poder de policía se limita a las leyes que hacen referencia a la salud o la comodidad públicas, o a la seguridad o el bienestar de la sociedad" (cursiva fuera del original; trad. propia). 33 Haw. 397 (1935).

9 "[C]uando la conducta de un individuo, o de una clase de individuos, no perjudica directamente a otros, el interés público no se ve afectado y no es propiamente objeto del poder de policía del legislador". *State of Hawaii v. Alfred Lee* (1970) 51 Haw. 16 (Haw 1970) 465 P. 2d 573.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de octubre de 2016. SP-14190-2016 Rad. 40.089. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

una categoría dogmática desarrollada a partir del primero, orientada a la protección de bienes jurídicos[11]:

> El principio político-criminal de lesividad, que dogmáticamente resulta aprehendido por la antijuridicidad material, guarda la denominación tradicional que viene desde el Código Penal actual, puesto que ya no aparece como un mero referente para la construcción de la dogmática, sino que se trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales. Queda fortalecido con la introducción de la expresión "efectivamente" en cuanto a la afectación al bien jurídico, lo cual obliga a replantear la discusión en torno a la existencia y efectos de la admisión de la categoría de los delitos de peligro presunto, precisando también que aquél debe ser entendido desde la perspectiva de los bienes que protege el derecho penal.

Es así como el principio de lesividad del derecho penal hace de la teoría del bien jurídico un protagonista del Derecho penal colombiano.

Como acertada y tempranamente lo advirtió en su momento el Maestro Reyes Echandía, una es la clasificación de los tipos penales en función de la conducta, criterio a partir del cual se distinguen, entre otros, tipos penales de resultado y tipos penales de mera conducta; y otra es la clasificación de los tipos penales en función de la afectación del bien jurídico[12]. Con base en este último criterio, se distingue entre los tipos penales de lesión y los denominados tipos penales "de peligro".

Si bien, en la mayoría de los casos, los tipos penales de lesión son tipos penales de resultado y los denominados delitos de peligro, o, como aquí planteamos, los delitos de riesgo, son por lo general delitos de mera conducta, lo cierto es que se trata de clasificaciones distintas. Ello, precisamente en razón de que pueden existir delitos de lesión que son de mera conducta, como es el caso de la injuria, la calumnia o el falso testimonio, y tipos penales de resultado que son de delitos de riesgo. Esto último, de hecho, es el fundamento de la penalización de los delitos en grado de tentativa.

Como bien lo expuso en su momento Reyes Echandía, si bien la clasificación en tipos penales de lesión y de "peligro" "no permite concluir, como pudiera pensarse a primera vista, que existen tipos *penales* que describen conductas realmente lesivas de intereses jurídicos y otros referidos

---

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de enero de 2006. Rad. 23.843.

12 Alfonso Reyes Echandía. *La tipicidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.

a comportamientos más o menos inocuos cuya característica sería la de su potencialidad para causar daño", es necesario "*partir de la premisa de que todo tipo penal busca proteger determinado interés jurídico* y de que la conducta que en ellos se describe en alguna forma vulnera dicho interés. Desde este punto de vista genérico no puede haber una conducta típica que no afecte negativamente la integridad del bien jurídico legalmente amparado"[13].

Dicho de otra forma, tanto en los delitos de lesión como en los delitos de riesgo existe una afectación o vulneración de los bienes jurídicos[14]: en los delitos de lesión, se altera efectivamente el bien jurídico, ya sea porque este se destruye o se disminuye, mientras que en los delitos de riesgo la alteración del bien jurídico es de carácter potencial (sin perjuicio de que se requiera la *efectiva* puesta en peligro), y no exigen la efectiva lesión.

También denominados delitos de consumación anticipada, los delitos de riesgo son aquellos "cuyo contenido de injusto reside en la creación de un riesgo para un bien jurídico y no en la producción de un daño[15]"[16], pues "el carácter peligroso o no de una conducta no surge con la mera posibilidad de que se produzca una lesión sino que es necesario que, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, incluida la posibilidad de intervención de autor o de un tercero para contrarrestar el peligro, exista un grado elevado de *probabilidad de lesión*"[17].

De esta manera, el riesgo, la pérdida de seguridad, la probabilidad de lesión, poseen por sí mismos un genuino carácter dañino. Así, los delitos de lesión y los delitos de riesgo se diferencian entre sí en función de la intensidad o forma en que se afecta el bien jurídico, y del momento en que interviene la norma penal[18], y no en función de la existencia o no de un resultado, pues

---

13 Ibíd., p. 170.

14 Ibíd., p. 171.

15 Al respecto de la no exigencia de un "daño", y como se viene advirtiendo desde antaño, los delitos de lesión no son necesariamente delitos de resultado ni los delitos de peligro son, necesariamente, delitos de mera conducta. Pueden existir, como en efecto existen, delitos de mera conducta, como la injuria, la calumnia o el falso testimonio, que implican una lesión del bien jurídico correspondiente. Inclusive, un sector de la doctrina ha considerado que el riesgo en que se coloca un bien jurídico es, en sí mismo, un resultado.

16 Fernando Molina Fernández y Rafael Alcacer Guirao. En *Memento Práctico. Penal*, 2011, actualizado a 6 de diciembre de 2010, Madrid, 2010, p. 131.

17 Mirentxu Corcoy Bidasolo. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 33.

18 Peris Riera, "Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática

el peligro que se crea para el bien jurídico es, por sí mismo, un resultado típicamente relevante.

Como ha sido ampliamente discutido por la doctrina, los delitos de riesgo se clasifican en dos categorías principales: (i) los delitos de riesgo concreto y (ii) los delitos de riesgo abstracto (también llamados delitos de riesgo presunto).

Los delitos de riesgo concreto son aquellos que exigen como resultado la creación de un riesgo próximo a concretarse en una lesión al bien jurídico: además de una conducta riesgosa, se requiere un resultado de peligro. Esto último supone que el riesgo creado para el bien jurídico debe ser tal que "no pueda excluirse la eventualidad de una lesión"[19] a partir de las reglas de la experiencia. En palabras de Kindhauser, "la lesividad del peligro concreto reside en la *acentuada desprotección del bien; o sea en la dependencia de su integridad de influencias heterónomas*"[20] (cursiva fuera del original).

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los delitos de riesgo abstracto, el resultado del peligro que hubiere sido efectivamente generado debe ser analizado *ex post facto*: la existencia de que el peligro se hubiera creado efectivamente debe probarse en cada caso específico, junto con la relación de causalidad entre la acción y el resultado de peligro, debiendo verificar hasta qué punto era posible salvar el bien jurídico.

Precisamente, como los delitos de riesgo concreto exigen la creación de un "resultado de peligro", dicho resultado es entendido por la doctrina como una parte del tipo, lo que implica que la falta de riesgo (falta de resultado) implica, para un sector de la doctrina, la atipicidad de la conducta[21]. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de incendio en el artículo 350 CP, cuya descripción típica exige que el mismo se cause "con peligro común".

Desde el punto de vista subjetivo, será necesario que el autor conozca en el caso concreto el carácter riesgoso de su actuar (o pudiera haber tenido dicha conciencia), e insista en todo caso en llevar a cabo su comportamiento.

---

penal de la última década", en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 691.

19 Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pp. 141-143.

20 Urs Kindhauser, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en Luis Arroyo Zapatero, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

21 De esta postura son Beristain Ipiña y Cerezo Mir.

Por su parte, los delitos de riesgo abstracto, en términos generales, se caracterizan porque no es exigible una proximidad concreta de la lesión, bastando la peligrosidad de la conducta por sí sola, la cual es determinada *ex ante* por el legislador. Tal es el caso de los delitos de conspiración (art. 471 CP), asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (art. 434 CP), concierto para delinquir, porte ilegal de armas (art. 365 CP), conservación de explosivos (art. 366 CP), entre otros[22]. Así, los delitos de riesgo abstracto tutelan condiciones de seguridad consideradas imprescindibles y buscan evitar el menoscabo de patrones de seguridad. Una parte de la doctrina ha considerado que se trata de delitos en los que basta que la acción sea peligrosa, esto es, donde basta un peligro potencial, no efectivo, susceptible de realizarse. En palabras de la Corte Constitucional, "cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y *lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley* con la realización de una acción inocua en sí misma"[23].

La distinción entre delitos de riesgo abstracto y de riesgo concreto, así como el fundamento de la existencia de los primeros, ha sido expresada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

> El carácter lesivo del acto delictivo en los delitos de peligro, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso. La lesión adquiere un sentido figurado, pues su afectación no está en el bien jurídico materialmente, sino en la relación que sobre él tienen sus titulares.
>
> La conducta se castiga por desafiar la normatividad[,] *pero según el grado de proximidad de la conducta respecto del bien jurídico será de peligro concreto si como exigencia típica se debe crear una situación de riesgo, en cambio, cuando esa relación es lejana y no se exige la probabilidad de lesión, será un peligro abstracto*.
>
> *Se les denomina también de peligro presunto por el concepto de riesgo que el mismo legislador considera derivado de determinadas situaciones*[,] *con lo que pretende no dejar al arbitrio particular el juicio de peligrosidad de una acción*. […]

---

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 5356-2019. Sentencia del 4 de diciembre de 2019. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996.

> En los delitos de peligro presunto […] el legislador *presume la posibilidad* de daño para el bien jurídico tutelado[24]. (Cursiva fuera del original).

Para establecer presunciones en delitos de riesgo abstracto, el legislador puede hacer uso de diversos criterios. A manera de ejemplo, en el delito de porte y tráfico de estupefacientes, contemplado en el artículo 376 CP, "la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos"[25].

Ahora bien, como es sabido, los delitos de riesgo abstracto han sido objeto de las mayores críticas, particularmente en punto a que transgreden el principio de lesividad, en la medida en que no requerirían la demostración de la cercanía o probabilidad de lesión al bien jurídico.

Con el fin de atender estas críticas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a la conclusión de que si bien el legislador es el competente para seleccionar las conductas que estima indeseables con tan solo generar riesgos a los intereses jurídicos tutelados –es decir, si bien está constitucionalmente legitimado para establecer anticipadamente una presunción de riesgo–, es al juez al que le atañe verificar que un específico comportamiento representó la efectiva creación de ese peligro en el caso concreto, no siendo dable "confundir la órbita de la abstracta libertad de configuración del legislador con la de la concreta valoración judicial de la relevancia social de una conducta"[26-27].

---

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 5356-2019. Sentencia del 4 de diciembre de 2019. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 42.617. SP 15519-2014.

26 "En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en sí misma. […] En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor". Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996.

27 "No es acertado sostener que la voluntad del legislador al consagrar delitos como los de peligro abstracto era la de prever como punible todo comportamiento que se ajuste en la descripción típica del precepto, pues tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional en varias oportunidades, la potestad punitiva del Estado no puede ir en contra de los principios que legitiman al derecho

Aun en abstracto, y con independencia de que se establezca una presunción, es necesario que el riesgo sea *posible* en el caso concreto; posibilidad que se analiza con base en criterios de idoneidad y normalidad, y no con base en criterios de proximidad[28]. En otras palabras, pese a que se establezca una presunción, en el caso concreto debe ser posible que el riesgo *pueda* concretarse en una lesión, aun si la probabilidad de que ocurra la misma es lejana y/o no ocurre: "la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado, hace referencia a que el riesgo que en abstracto previó el legislador al emitir el tipo penal se verificó de modo real y verdadero. De esa forma el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta"[29].

Precisamente, en razón de lo anterior, y con fundamento en la precisión de las competencias del legislador y del juez que en materia de delitos de riesgo abstracto realizó la Corte Suprema de Justicia, la interpretación actual de los delitos de riesgo implica que dicha presunción puede ser desvirtuada si en el caso concreto se demuestra que, por las circunstancias particulares, la conducta no tiene la potencia o capacidad "para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela"[30]:

> … *la legitimidad de la facultad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto*, especialmente hoy por el nivel exagerado de riesgo en las sociedades modernas, *no conlleva que la presunción de antijuridicidad* en que se fundan sea *iuris et de iure*; *por el contrario, necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión*

---

penal en un Estado Social de Derecho. En consecuencia, el artículo 11 del Código Penal debe interpretarse en el sentido de que el tipo siempre requiere de un desvalor de resultado, ya sea en forma de lesión del bien jurídico o de efectiva puesta en peligro del mismo, sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. 31.362.

28 "*Únicamente será idónea la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben, normalmente supongan* un peligro para el bien jurídico protegido y o cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo". Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad*, cit.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.650, reiterando la Sentencia del 15 de septiembre de 2004, Rad. 21064.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Rad. 21064.

> *o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (iuris tantum)*[31]. (Cursiva fuera del original).

Aunque en su momento, previo a la expedición de la Ley 599 de 2000, la doctrina y la jurisprudencia colombianas consideraban que en los delitos de riesgo abstracto se establecía una presunción *de iure* –entendimiento que los asemejaba a los delitos de riesgo abstracto puro o de mera desobediencia–, la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia revaluó esa postura también con el fin de guardar coherencia con lo dispuesto en el artículo 11 CP, de acuerdo con el cual "para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o *ponga efectivamente en peligro*, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal":

> … dos han sido las posiciones históricas de la Corte. Según la primera, en los delitos de peligro abstracto la presunción de antijuridicidad de la conducta es *iuris et de iure*, criterio éste que se sostuvo principalmente al amparo de la Constitución de 1886 y del Código Penal de 1980 (art. 4[32]). Y, en la segunda, se ha considerado que la naturaleza de la presunción es *iuris tantum*, la cual resulta más acorde con el espíritu de la Carta Política de 1991 y de la Ley 599 de 2000 (art. 11[33]). Especialmente, esta última disposición normativa introdujo una modificación sustancial en la categoría de la antijuridicidad cuando exigió de manera expresa que la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado fuese *efectiva*[34]. (Cursiva fuera del original).

Si la referida presunción de riesgo es desvirtuada, en los términos del artículo 11 CP el comportamiento carecerá de antijuridicidad y, por lo mismo, no constituirá delito[35].

---

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 15519-2014. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 42.617. M.P.: Gustavo Malo Fernández.

32 "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

33 "Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga *efectivamente* en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal" (cursiva fuera del original).

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de septiembre de 2004. Rad. 21.064.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25.465: "contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos[,] no basta con realizar simple y llanamente el proceso de

2. DELITOS DE RIESGO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Con ocasión del análisis de casos de porte de estupefacientes, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que aun cuando el criterio de la cantidad de droga es el criterio a partir del cual el legislador ha establecido el peligro, "cuando el estupefaciente está destinado al consumo propio de la persona (adicto o sin dependencia) y supera ligeramente o en 'cantidades insignificantes, no desproporcionadas' la dosis personal, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad previsto en el artículo 11 del Código Penal, en tanto no se afecta el bien jurídico de la salud pública"[36].

En el caso de porte ilegal de armas, la lógica de la Corte ha sido la misma: la falta de idoneidad en el caso concreto desvirtúa la presunción de riesgo abstracto:

> En este evento, resulta claro que la falta de idoneidad del arma para ser usada como tal no podía, así la llevara consigo y sin autorización [...], generar o aumentar un peligro a la seguridad pública, porque la pistola no era apta para disparar y, por tanto, mucho menos para lesionar o matar a alguien [...] Con ese criterio limitado, se reitera, los juzgadores no aprehendieron que en la realidad no era posible que con el porte de la citada pistola en las circunstancias fijadas en los fallos se generara riesgo concreto, efectivo, al bien jurídico tutelado, condición ésta que emerge de la concepción de bien jurídico como límite y medida de la potestad punitiva estatal, marco de garantía que está soportado en los valores y principios constitucionales y en el respeto a los derechos fundamentales[37].

En el caso de la violación a los derechos patrimoniales de autor, la Corte analizó un caso de una persona que había ofrecido para la venta reproducciones no autorizadas de una obra. Si bien esa conducta corresponde, de acuerdo con la jurisprudencia, a un tipo penal de riesgo y no de lesión, "en la medida

---

adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito".

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2001. Rad. 51204. SP 025-2019.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de septiembre de 2004, Rad. 21064. En el mismo sentido, Sentencia de 12 de octubre de 2006. Rad. 25465.

en que el efecto que en el mundo exterior exige el legislador equivale a una situación de riesgo y no al menoscabo o destrucción del objeto de protección [...][,] el *riesgo* creado por parte del sujeto agente *es graduable de acuerdo con su intensidad, razón por la cual tenía que concretarse en una puesta en peligro a ser valorada en función de los intereses económicos de los titulares del derecho de explotar cada una de las obras*"[38].

En el caso concreto, determinó la Corte que la conducta de ofrecer tan solo un ejemplar no autorizado no representaba amenaza significativa alguna a tales intereses y, por lo tanto, aunque había concurrido un desvalor de la acción (es decir, tanto un ánimo de lucro como la intención de afectar los derechos patrimoniales de autor), no había sucedido otro tanto en lo que al desvalor del resultado respecta, tal como lo dispone el artículo 11 CP. Así, concluyó que, si bien no toda conducta relacionada con la venta informal de obras no autorizadas debía quedar en la impunidad, ello tenía que analizarse de acuerdo con las particularidades de cada caso, siendo necesario que se acredite un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en las casas editoriales y/o de los escritores, lo cual se evidenciaría con el ofrecimiento para la venta de reproducciones legales en cantidades significativamente superiores[39].

Se evidencia entonces que la jurisprudencia estaría acogiendo un criterio numérico (*v.gr.*, la cantidad de libros, la cantidad de estupefacientes) para analizar la idoneidad de que un riesgo abstracto, establecido *ex ante* por el legislador, genere un "peligro" efectivo para el bien jurídico en un escenario concreto[40]. Una magnitud reducida implica, bajo la lógica de la postura de la Corte frente a los dos delitos antes analizados, la falta de antijuridicidad.

Ahora bien, este patrón no parece haber sido acogido en otros casos, como sucedió con el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales. En el año 2018 la Corte Suprema de Justicia concluyó que el sacrificio de un solo ejemplar de una especie en vía de extinción o especie amenazada, era

---

38 Ibíd.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. 31362. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

40 "[E]l juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 9916-2017, 11 de julio de 2017. Rad. 44997, citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2018. SP 497-2018. Rad. 50512. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

suficiente para acreditar la efectiva puesta en peligro. Ello, como quiera que la preservación de un solo ejemplar garantiza la supervivencia y nacimiento de otros y, por ende, el incremento de la población, cuya reducción es precisamente lo que condujo a que las poblaciones de especies amenazadas o en vía de extinción, cuya reducción lleva a que se las catalogue como tal, fueran catalogadas como especie bajo amenaza y, por lo tanto, a que fueran objeto de protección por la vía penal[41].

En el caso del concierto para delinquir (art. 340 CP), la jurisprudencia de la Sala Penal tiene dicho que se trata de un tipo penal de riesgo abstracto. No obstante, comoquiera que la presunción de riesgo es legal y no de Derecho, en palabras de la Corte, la verificación de la antijuridicidad, esto es, de la puesta en peligro efectivo del bien jurídico de la seguridad pública, impone hacer "un pronóstico acerca de que la expectativa de realización de los delitos convenidos permita suponer fundadamente que se puso en peligro cierto y efectivo la seguridad pública, lo cual excluiría, por ejemplo, acuerdos sobre conductas inocuas o sin aptitud para lesionar bienes jurídicos tutelados"[42].

Por último, el delito de hostigamiento, consagrado en el artículo 134B CP, es otro ejemplo de delito de riesgo abstracto, puesto que su perfeccionamiento tiene lugar cuando se impulsan o fomentan actos y se genera entonces el "riesgo comunicativo", penalizado en la medida en que potencialmente pueda producir perjuicio físico o moral a terceros. Así, es un delito de odio que se caracteriza por exigir que, cuando el orador se dirija a la audiencia, su expresión genere (i) un peligro probable e inminente de que la audiencia se vea realmente incitada a un acto proscrito (acto de violencia u odio) como consecuencia de la defensa del odio; (ii) una probabilidad de que la acción incitada ocurra[43], incluyendo su inminencia, y (iii) una probabili-

---

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2018- SP 3202-2018. Rad. 49673. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Rad. 40.545. M.P.: María del Rosario González Muñoz.

43 "No es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje –que deberá estar previsto en la ley–, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron violentamente y, finalmente, que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno". Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001.

"La estructura del tipo se focaliza en la *influencia* del discurso en *terceros –riesgo comunicativo–*, quienes podrían hostigar a las víctimas causándoles daño físico o moral, incitados o promovidos por el influjo discriminatorio del sujeto activo". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

dad razonable de que la discriminación, la hostilidad o la violencia *ocurran como consecuencia directa* de la expresión. La ocurrencia real de un daño, sin embargo, no es necesaria, y su ocurrencia puede considerarse como una circunstancia agravante en las causas penales[44].

A partir del alcance que le ha dado la jurisprudencia constitucional a este delito, puede evidenciarse que aun cuando solo es necesario demostrar la potencialidad de que el discurso incite a la violencia, para su configuración se exige la acreditación de un nexo de causalidad entre el discurso de odio objeto de reproche y los comportamientos que se generen por parte de la audiencia[45].

La exigencia de la prueba del nexo causal, aun cuando no se requiere una lesión en el caso concreto, supone de uno u otro modo un grado de certeza (sea por criterios de normalidad, estadísticos, etc.). Con esta interpretación se deja claro que si bien los delitos de riesgo –y particularmente los delitos de riesgo abstracto– suponen un adelantamiento de las barreras de protección, no implican, de suyo, la adopción inmediata o automática de la lógica del principio de precaución, conforme con la cual es necesario adoptar medidas (dentro de las que, en teoría, cabrían las medidas penales) frente a riesgos potenciales aun en casos de incertidumbre científica frente a la probabilidad de su consumación en una lesión[46]. Así, a partir de la postura de la Corte Constitucional puede verse que la expansión del Derecho penal en Colombia,

---

Penal. Sentencia del 30 de enero de 2019. SP 112-2019. Rad. 48388. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar y Eyder Patiño Cabrera.

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2019. SP 112-2019. Rad. 48388. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar y Eyder Patiño Cabrera.

45 Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001, citada por Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2017: "Tratándose de una restricción a la libertad de opinión, se exige que se encuentre debida y suficientemente probado el uso indebido de la opinión (lo cual, de suyo, implica un control posterior). Así, la Corte entiende que no es suficiente que se compruebe el carácter incitador del mensaje –que deberá estar previsto en la ley–, sino que también es necesario establecer que, dadas las condiciones particulares, el ofendido o la audiencia reaccionarán o reaccionaron violentamente y, finalmente, *que existe una relación clara de causalidad entre uno y otro fenómeno*. Tratándose de situaciones de amenaza, es decir, que se asume la posibilidad de una reacción violenta, la carga probatoria ha de ser aún más rigurosa, pues salvo que se compruebe que inequívocamente se va a producir el efecto indicado, la restricción resultaría inadmisible al comprometer la libertad de opinión. Así las cosas, de no demostrarse la causalidad, la existencia de un mensaje incitador y la verificación de una acción violenta en contra de ciertas personas, no puede conducir a una restricción o sanción del ejercicio de la libertad de opinión" (cursiva fuera del original).

46 Juan Carlos Forero Ramírez, *Principio de precaución. Estudio aproximativo de su ingreso al Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

de momento, no ha llegado a un grado extremo de administrativización del Derecho penal con la incorporación del principio de precaución o cautela.

CONCLUSIONES

Visto lo anterior, a manera de conclusión podemos resumir las características de los delitos de riesgo así:

1. El reproche jurídico penal recae sobre conductas que generan situaciones de riesgo o que potencialmente pueden desarrollar lesiones –con independencia de que estas se produzcan–, lo que implica un juicio de previsibilidad *ex ante*[47], así como un juicio de idoneidad.

2. Se anticipa la barrera de protección penal, permitiendo la intervención del derecho penal en momentos previos de una lesión al bien jurídico y con independencia de ella, sin perjuicio de que las ulteriores consecuencias que impliquen efectivas lesiones a ese mismo o diferentes bienes jurídicos sean objeto de reproche[48].

3. Se mantiene la exigencia y garantía del principio de lesividad (pues no se tipifica la mera desobediencia), debiendo demostrarse efectividad del riesgo creado en el caso concreto. Dependiendo del tipo de delito, la efectividad o idoneidad del peligro puede o no medirse a partir de criterios de cantidad.

4. Es necesario probar un vínculo (*v.gr.*, de causalidad) entre el autor y el riesgo, sea que se trate de un riesgo creado (acción) o dejado de controlar, debiendo hacerlo (omisión). Esto, comoquiera que aun cuando los delitos de riesgo representan un adelantamiento de las barreras de protección a los bienes jurídicos, no equivalen a decir que el principio de precaución haya ingresado al Derecho penal colombiano. En los delitos de riesgo se castiga la *efectiva* puesta en riesgo de un bien jurídico, circunstancia que no es del todo compatible con la lógica de la cautela, que actuar o dejar de hacerlo (*v.gr.*, castigar) ante la incertidumbre.

5. Por último, desde el punto de vista subjetivo, requieren que el sujeto activo conozca y comprenda la peligrosidad de su conducta, o una falta al deber objetivo de cuidado en términos de peligrosidad[49]. El desconocimiento

---

47 El concepto de peligro se determina a partir de un juicio de previsibilidad objetiva frente al que cabe resaltar que se trata de un juicio *ex ante*.

48 Alfonso Reyes Echandía, *Antijuridicidad*, 2.ª reimp. de la 4.ª ed., Bogotá, Temis, 1999, p. 52.

49 Juan Carlos Hortal Ibarra, "El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo

del peligro que podría acarrear una conducta implica un desconocimiento de la antijuridicidad, circunstancia que configura un error de prohibición[50].

REFERENCIAS

DOCTRINA

Aguado Correa, Teresa. *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, España, Edersa, 1999.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva Modernidad*, Paidós Ibérica, 1998.

Beristain Ipiña, Antonio. "Resultado y delitos de peligro", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 13, n.º 34-36, 1969.

Boix Reig, Javier y Lloria García, Paz. *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2008.

Cerezo Mir, José. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal de riesgo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2002.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

De Vicente Martínez, Rosario. *Vademécum de Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Forero Ramírez, Juan Carlos. *Principio de precaución. Estudio aproximativo de su ingreso al Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Fuentes Osorio, Juan L. "La anticipación de la tutela penal y los actos preparatorios del delito", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, 2006.

Gómez Tomillo, Manuel. "Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta: los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro", *Revista de Derecho*, vol. 6, n.º 6, 2005.

---

subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVII, 2004.

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2018. SP 3202-2018. Rad. 49673. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Hirsch, Hans J. "Sistemática y límites de los delitos de peligro", *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 9-10, 2009.

Hortal Ibarra, Juan Carlos. "El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º LVII, 2004.

Kindhauser, Urs. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en Luis Arroyo Zapatero, *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.

Torío López, Ángel. "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 2-3, 1981.

Martínez-Buján Pérez, Carlos. "Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial", en Serrano-Piedecasas, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo, *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Majadahonda, Colex, 2010.

Mill, John Stuart. *On Liberty*, 1859.

Molina Fernández, Fernando y Alcacer Guirao, Rafael. En *Memento práctico. Penal*, 2011, actualizado a 6 de diciembre de 2010, Madrid, Francis Lefebvre, 2010.

Morillas Cueva, Lorenzo. "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002.

Peris Riera, Jaime Miguel. "Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década", en Manuel Cobo del Rosal, Juan Carlos Carbonell Mateu y Mercedes Alonso Alamo, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

Reyes Echandía, Alfonso. *Antijuridicidad*, 2.ª reimp., Bogotá, Temis, 1999.

Reyes Echandía, Alfonso. *La tipicidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.

Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-1319 del 7 de diciembre de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional. Sentencia C-091 del 15 de febrero de 2017, M.P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia del Estado de Hawaii. Territory v. Kraft. 33 Haw. 397 (1935).

Corte Suprema de Justicia del Estado de Hawaii. State of Hawaii v. Alfred Lee. 51 Haw. 16 (Haw 1970) 465 P. 2d 573.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2001. Rad. 51.204. SP 025-2019. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de septiembre de 2004, Rad. 21.064. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de enero de 2006. Rad. 23.843.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de octubre de 2006. Rad. 25.465. M.P.: Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Rad. 27.650

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Rad. 31362. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Rad. 40.545. M.P.: María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Rad. 42.617. SP 15519-2014. M.P. Gustavo Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 05 de octubre de 2016. SP-14190-2016 Rad. 40.089. M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de julio de 2017. Rad. 44.997. SP-9916-2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2018. SP 497-2018. Rad. 50512. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2018. SP 3202-2018. Rad. 49673. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2019. SP 112-2019. Rad. 48388. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar y Eyder Patiño Cabrera.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 5356-2019. Sentencia del 4 de diciembre de 2019. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial n.º 44.097 del 24 de julio de 2000.

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial n.º 45.658 del 1 de septiembre de 2004.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2022

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

Universidad Externado de Colombia

