

PELIGRO ABSTRACTO Y DELITOS ECONÓMICOS: DIFICULTADES PRÁCTICAS

LUIS DANIEL MANTILLA ARANGO*

RESUMEN

La promulgación de la Constitución de 1991, del Código Penal de 2000, y en especial del artículo 11 de ese estatuto, modificaron el marco general que justificaba la punición de los llamados delitos de peligro abstracto o presunto, los cuales, hoy en día, dada su misma naturaleza, resultan contrarios a algunos axiomas de la dogmática jurídico penal. De ese modo, para que su aplicación no conculque normas superiores, su interpretación debe hacerse de acuerdo con lo que al respecto ha sido desarrollado por vía de jurisprudencia y doctrina, esto es, comprobando judicialmente el peligro para el bien jurídico en cada caso concreto.

Fecha de recepción:
Fecha de aceptación:

Sin embargo, lo cierto es que, aunque se han diseñado ciertas fórmulas para adelantar tal comprobación, ésta es complicada y no siempre puede hacerse de manera certera. La dificultad es particularmente manifiesta en lo que tiene que ver con los delitos económicos, los cuales se han concebido, casi todos, como delitos de peligro abstracto.

Palabras clave: Delitos de peligro concreto y abstracto, antijuridicidad material, delitos económicos, teoría normativa del resultado, bien jurídico.

* Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidato a Especialista en Derecho Penal de la Universidad del Rosario.

ABSTRACT DANGER CRIMES AND ECONOMIC CRIME: PRACTICAL DIFFICULTIES

ABSTRACT

The enactment of the Constitution of year 1991, the Criminal Code of year 2000 and, especially, the eleventh section of this statute, modified the general normative context that justified the punishment for the so-called “abstract or presumed danger offenses”, which, today, given their very nature, seem to be contrary to some of the criminal dogmatic axioms. Therefore, for their application not to violate higher norms, their interpretation should be made according to what has been developed through jurisprudence and doctrine, this, legally proving endangerment to a protected interest in a case-by-case basis.

However, although certain formulas haven been designed to perform such confirmation, it is still a complex matter and not possible to complete with absolute certainty. This difficulty is particularly evident in matters concerning economic offenses, of which most have been considered abstract danger offenses

Key words: *Abstract and concrete danger offenses, material harmfulness, economic criminal offenses, normative theory of result, protected interest.*

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento penal Colombiano, atendiendo al contenido del artículo 11 de la ley 599, reconoce la existencia de delitos que se perfeccionan cuando se lesiona el bien jurídico protegido (delitos de lesión), y otros en los que se requiere apenas la puesta en peligro del mismo para su punición (delitos de peligro). A su vez, estos últimos pueden ser de peligro concreto (también llamados de peligro demostrable), o abstracto (denominados igualmente de peligro presunto), según se requiera comprobar judicialmente de manera concreta la amenaza al bien jurídico, o dicha amenaza se presuma por parte el legislador. Adicionalmente, se considera que existe una tercera categoría de delitos de peligro, llamados de peligro hipotético o de aptitud.

A su vez, el mismo artículo 11 recién mencionado establece que “*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.” (La subraya es personal). De ese modo, y a diferencia de lo que sucedía con el decreto ley 100 de 1980¹, se ha afirmado, doctrinaria y jurisprudencialmente, que los llamados *delitos de peligro abstracto* resultan contrarios al principio de lesividad², y por ende, devienen inaplicables.

Así, se considera que los delitos de peligro abstracto que existen en el Código Penal se convierten, por fuerza del artículo 11 de ese texto, en delitos de peligro concreto, de manera tal que en todo caso el juez debe comprobar que la conducta típica haya puesto en peligro *efectivamente* el bien jurídico protegido; de lo contrario, castigar dicha conducta resultaría abiertamente violatorio de los principios rectores del ordenamiento penal.

En otras palabras, los delitos de peligro abstracto se convertirían, para efectos de su aplicación, en delitos de peligro concreto, ya que siempre debe existir “*el riesgo de una lesión inmediata para el bien jurídico*”³. Determinar ese riesgo es difícil y no deja de ser una decisión arbitraria del fallador. Para facilitar ese ejercicio, se ha propuesto la “*teoría normativa del resultado*”, con la cual se pretende ofrecer una herramienta que permita establecer cuándo se amenazó *efectivamente* el bien jurídico tutelado.

Ahora bien, el ejercicio de determinar la peligrosidad efectiva de una conducta típica es particularmente problemático en relación con los delitos

1. El artículo 4 del anterior Código Penal indicaba que “*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.*”. Nótese la ausencia de la expresión “efectivamente” que, en la redacción del artículo 11 de la Ley 599, califica la puesta en peligro.
2. De acuerdo con el mentado principio, una conducta típica únicamente será punible cuando sea formal y materialmente jurídica (de manera que “*no existe delito sin daño o peligro*”. ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal General. Editorial Temis. Bogotá, 1988. Páginas 144 y 145); a su vez, se considera que una conducta es materialmente jurídica cuando lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico tutelado. De ese modo, no se reputará antijurídica la conducta que no lesiona o pone en peligro *efectivo* un bien jurídico penalmente relevante, razón por la cual se concluye que aquellas conductas que ponen en peligro apenas abstracto un bien jurídico, carecen de antijuridicidad material. Este principio (de lesividad o de antijuridicidad material), a su vez, encuentra sustento en la carta política, pues aunque “no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, [ello] no quiere decir que...no pueda ser deducido de las normas constitucionales...bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en...los artículos 1 (Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana), 2 (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5 (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6 (responsabilidad por extralimitación en las funciones públicas)...” (Sentencia C-070 de 1996).
3. FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA. “Derecho Penal Colombiano. Parte General”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2010. Página 343.

económicos⁴, los cuales se han concebido, en su mayoría, como injustos de peligro abstracto⁵. Piénsese, por ejemplo, en delitos como el pánico económico (artículo 302, L. 599) o la omisión de control (artículo 325, L. 599), frente a los cuales es sumamente difícil adelantar un análisis de peligro concreto.

Pues bien, para hacer algunas reflexiones sobre la problemática planteada, el presente escrito se desarrollará de la siguiente manera: en primer lugar, se hará un breve marco teórico sobre los delitos de peligro concreto y abstracto. Posteriormente, se estudiarán estos últimos a la luz del artículo 11 de la Ley 599, y la forma en que, respetando esa disposición, deben interpretarse y aplicarse, esto es, haciendo un análisis concreto de peligro. Para ello, se explicará la llamada “*teoría normativa del resultado de peligro*”, propuesta por Bernd Shunemann, con la cual se formula una concepción teórica que facilita dicho ejercicio. Finalmente, se aterrizará lo anterior a los delitos económicos, para dejar claridad sobre la dificultad práctica que ofrece el análisis de peligrosidad efectiva en ese tipo de conductas punibles.

4. Entiéndase delito económico por “*la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico*” (MIRANDA GALLINO, En HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO. “Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera”. Página 97.). Igualmente, se ha definido como “*aquella infracción que, afectando un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”. (BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. “Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial”. Editorial Civitas. Madrid, 1978, Páginas 42 y 43.). El profesor Tiedemann indica que el derecho penal económico es aquel que protege “primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto y, en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional”. TIEDEMANN, KLAUS. “El Concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico”. En Revista Chilena de Derecho. Volumen 10, N. 1, 1983. Página 67. Los delitos económicos se han agrupado, en el Código Penal Colombiano, en el título X, “Delitos Contra el Orden Económico Social”, solucionándose de ese modo las dificultades que presentaba la dispersión de conductas punibles por variadas y diversas normas que existía antes de la promulgación del Código Penal. Al respecto véase PINILLA PINILLA, NELSON. “Algunas Acotaciones sobre los Delitos Contra el Orden Económico y Social en la Ley 599 de 2000”. En Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Número 103. Páginas 11 – 27.
5. En efecto, son delitos de peligro abstracto, por ejemplo, el acaparamiento (artículo 297 del C.P), la especulación (artículo 298 del C.P), la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida (artículo 299 del C.P), el ofrecimiento engañoso de productos y servicios (artículo 300 del C.P), el agiotaje (artículo 301 del C.P), el pánico económico (artículo 302 del C.P), el daño en materia prima, producto agropecuario o industrial (artículo 304 del C.P), la exportación o importación ficticia (artículo 310 del C.P). Véase CORDOBA ANGULO, MIGUEL y RUIZ CARMEN ELOISA. “Delitos contra el Orden Económico Social”. En “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Páginas 225 y ss. Igualmente, muchos otros delitos contenidos en el título X del Código Penal, y que no son analizados por los autores en la obra referida, son también delitos de peligro presunto.

2. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO, CONCRETO E HIPOTÉTICO

La Corte Constitucional ha definido los delitos de peligro abstracto como aquellos en los que *“la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo, sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegido.”* Dicho de otro modo, *“el legislador, a priori, considera peligrosa una determinada actividad.”*⁶

En los delitos de peligro abstracto, entonces *“se sancionan conductas que la Ley penal considera riesgosas para bienes jurídicos, sin que sea necesario constatar en sede judicial un resultado de peligro concreto”*⁷. Así lo reconocía y aplicaba la Corte Suprema de Justicia, afirmando que *“la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídico tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de éste...”*⁸. Esta forma de injustos, es claro, constituye una anticipación significativa de la protección penal de bienes jurídicos. Ejemplos de estos se encuentran muchos a lo largo del código, según se indicó en la nota 5 del presente escrito.

A estos delitos se oponen los de peligro concreto en los que, por el contrario, debe probarse, en cada caso particular, la peligrosidad que para el bien jurídico representó la conducta juzgada. Así, *“el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico...De ahí se sigue que la afirmación de la tipicidad de estos delitos pasa por la prueba de que la conducta produjo en el supuesto real un peligro...Es decir, existe una situación o estado de peligro separable de la conducta.”*⁹.

El ejemplo clásico de delito de peligro concreto es el Incendio, contenido en el artículo 350 de la Ley 599: *“El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8)...”*. Nótese que el mismo tipo exige, para que la conducta sea punible, que el incendio acarree peligro para la comunidad, de manera que si una persona prende en llamas un vehículo en

6. Sentencia C – 939 de 2002.

7. FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA. “Derecho Penal Colombiano. Parte General”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2010. Página 343.

8. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia 18141 de 22 de Septiembre de 1982. M.P: LUIS ENRIQUE SOTO ROMERO.

9. AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL. “Delitos de Peligro e Imputación Objetiva”. En “Revista Iter Criminis”. Mayo – Junio, 2008. Página 16.

medio de un paraje desolado no habrá lugar a declararla penalmente responsable por este punible. Otros ejemplos se encuentran en el inciso segundo del artículo 330¹⁰, o en el artículo 334¹¹ de la misma ley.

Por último, los llamados delitos de peligro hipotético o potencial constituyen una tercera categoría intermedia entre los de peligro concreto y abstracto, pues se encuentran en un grado de amenaza al bien jurídico más lejano que los primeros, pero más cercano que los segundos. “*Esta clase de tipos penales tiene la característica de incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre la potencialidad lesiva del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez*”¹². Es decir, debe existir un desvalor de acción real, y un desvalor potencial de resultado, lo que supone que “*se realicen dos juicios, uno ex ante con el objeto de establecer si la acción del sujeto activo es típica y apta para producir un peligro al bien jurídico y otro, ex post, sobre la probabilidad de un resultado de peligro para ver “si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para dicho bien jurídico.*”¹³. De todos modos, esta modalidad de delito se expone únicamente para efectos ilustrativos, toda vez que no hacen parte del objeto de estudio del presente trabajo.

10. “*Manejo ilícito de microorganismos nocivos. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, manipule, experimente, inocule o propague especies, microorganismos, moléculas, sustancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos faúnicos, florísticos o hidrobiológicos, o alteren perjudicialmente sus poblaciones, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de trescientos (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Incurrirá en la misma pena el que con incumplimiento de la normatividad existente realice actividades de manipulación genética o introduzca ilegalmente al país organismos modificados genéticamente, con peligro para la salud o la existencia de los recursos mencionados en el inciso anterior.*”
11. “*Experimentación ilegal en especies animales o vegetales. Modificado por el art. 37, Ley 1453 de 2011. El que, sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, realice experimentos, introduzca o propague especies animales, vegetales, hidrobiológicas o agentes biológicos o bioquímicos que pongan en peligro la salud o la existencia de las especies, o alteren la población animal o vegetal, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”
12. BOGADO, MARÍA GRACIA y FERRARI, DÉBORA RUTH. “Sociedad de Riesgo: Legitimación de los Delitos de Peligro Hipotético”. En “Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico”. Recurso electrónico. En World Wide Web, www.ciidpe.com.ar
13. TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL. En CORTAZA VINUEZA, CARLOS. “Delitos Medioambientales”. En Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Guayaquil. Número 17. 2004. Páginas 182 y 183.

3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO FRENTE AL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 599

Como ya se dijo anteriormente, el artículo 11 de la Ley 599 establece que “*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.*”. La expresión “efectivamente” que trae esa disposición se ha interpretado como una restricción a los delitos de peligro abstracto, pues estos no producen una puesta en peligro *efectiva* del bien jurídico, sino apenas abstracta o presunta¹⁴. En ese sentido, “*la nueva regulación...de los tipos de peligro... adapta la legislación penal a las exigencias de la Constitución en cuanto limita la actividad del legislador a la punición de conductas real o potencialmente lesivas de bienes jurídicos*”¹⁵.

Lo anterior significa que, hoy en día y en el marco de la Constitución de 1991, es inadmisibles castigar penalmente a una persona por la comisión de una conducta que, aunque sea típica, amenaza de manera apenas abstracta o presunta un bien jurídico tutelado. En otras palabras, “*la figura de los tipos de peligro abstracto no se acomoda a los contenidos de la Constitución, al tiempo que expresamente resulta repudiada por el Código Penal.*”¹⁶.

¿Qué hacer, entonces, con la inmensa cantidad de delitos de peligro abstracto que trae la Ley 599? Ciertamente, la respuesta no es hacerlos desaparecer del estatuto penal sustantivo; por el contrario, debe hacerse una interpretación sistemática que permita continuar aplicando esos tipos penales, sin conculcar los principios constitucionales y legales que prohíben la punición de conductas carentes de antijuridicidad material.

Al efecto, se considera que el juez penal está obligado, *en todo caso*, a hacer un análisis concreto de peligro de las conductas que juzga. Es decir, para efectos prácticos, todos los delitos de peligro contenidos en el Código Penal deben aplicarse como delitos de peligro concreto.

14. En ese sentido se pronunció ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ como Fiscal General de la Nación, al presentar ante el congreso el proyecto de ley que posteriormente se convertiría en el actual Código Penal: “*Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción *iuris et de iure* de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación*”
15. TAMAYO MEDINA, HÉCTOR. “Delitos de Peligro Abstracto y Antijuridicidad Material”. Ed. Ibañez. Bogotá, 2007. Página 103.
16. Ibidem, Página 103.

En ese sentido se ha pronunciado la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que *“una cosa es que se encuentre ajustado a la Constitución que el legislador consagre delitos de peligro abstracto para precaver eventuales daños a bienes jurídicos... y otra muy diferente que el juez se abstenga de examinar la relevancia social de la conducta con referencia a la tensión de los bienes jurídicos en juego, bajo el prurito de que el órgano legislativo quiso llevar la protección a estadios muy prematuros, lo cual no le es admisible porque constituye imperativo categórico constitucional que verifique si una conducta específica causó daño o generó efectivo peligro al bien jurídico protegido.”*¹⁷. En el mismo sentido, afirmó la sala que *“al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro.”*¹⁸.

Así, sostiene el tribunal que no sólo la presunción en los delitos de peligro abstracto admite prueba en contra (no es *iruis et de iure*), sino que además es obligación del juez penal verificar, caso por caso, si la conducta realmente amenazó el bien jurídico o no; de ser negativa la respuesta, no habrá lugar a otra cosa que a absolver al procesado. De ese modo, la presunción legislativa de peligrosidad se convierte en mero indicio de la antijuridicidad de la conducta¹⁹. En últimas, se puede afirmar que hoy en día no existen, en la práctica (aun cuando sí en la teoría) los delitos de peligro abstracto en Colombia²⁰.

4. LA TEORÍA NORMATIVA DEL RESULTADO

Sin embargo, la conclusión del aparte anterior conduce a preguntarse de qué manera debe hacerse el análisis de peligro concreto al que se hizo referencia. ¿Cómo se determina si el bien jurídico tutelado fue efectivamente puesto en peligro por una determinada conducta?

17. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de Mayo de 2009. Radicado 31362. Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En la misma providencia sostuvo la sala que *“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”*.
18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de septiembre de 2004. Radicado 21064. M.P: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.
19. En ese sentido, GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal”. Ed. Ibañez. Bogotá, 2004.
20. Irónicamente, *“una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al Derecho penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados”*. (HASSEMER, WINFRIED. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”. En BALCARCE, FABIÁN. “Derecho Penal de los Marginados. Líneas de Política Criminal Argentina”. En “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Número 122. 2008. Recurso virtual.

Bernd Schunemann ha propuesto una fórmula para adelantar ese análisis, la cual ha llamado *teoría normativa del resultado*; de acuerdo con ésta, “*habrá peligro concreto cuando se haya creado un riesgo desaprobado por el Derecho, pero el resultado no se haya producido por mera casualidad...y habrá casualidad cuando interviene una circunstancia en cuya producción nadie puede confiar.*”²¹.

Este planteamiento, que no es otra cosa que una variación de la teoría de la imputación objetiva, presenta una herramienta para que el intérprete determine qué tan efectiva fue la puesta en peligro de un bien jurídico, y se puede dividir en dos partes o pasos: primero, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Segundo, la no-producción del resultado como consecuencia del azar o la casualidad.

En relación con el primero, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, habrá de determinarse si el riesgo creado por la conducta del agente excede el jurídicamente aprobado. En este sentido, se tiene que “*la principal fuente para establecer la permisión de un riesgo es la configuración social, porque a través de la interacción se van legitimando históricamente los peligros*”²². Sin embargo, la descripción típica de la conducta se convierte en la forma más sencilla de determinar la antijuridicidad del riesgo creado, toda vez que no sólo las construcciones sociales determinan qué es admitido y qué no lo es, pues en el caso en que existan normas que prohíban o impongan comportamientos determinados, la simple violación de la mencionada norma supone la antijuridicidad del riesgo que se crea: “*por regla absolutamente general se habrá de reconocer como creación de un peligro suficiente la infracción de normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido.*”²³. De manera que el legislador, a través de normas positivas, crea “*los límites dentro de los cuales se puede generar un riesgo cuando se desarrolla una actividad.*”²⁴.

Así, para poner un ejemplo concreto, piénsese en el porte de un arma de fuego. Ese hecho comporta, en todo caso, se haga legal o ilegalmente, un riesgo.

21. SCHUNEMANN, BERND. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”. En FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA. “Derecho Penal Colombiano. Parte General”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2010. Página 343.
22. JAKOBS, GUNTHER. “La Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. Página 57.
23. ROXIN, CLAUDIUS. En Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de Noviembre de 2007. Proceso 27388. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.
24. VILLANUEVA GARRIDO, GUSTAVO ADOLFO. “El Funcionalismo y la Imputación Objetiva en la Doctrina y la Jurisprudencia Nacional”. Editorial Nueva Jurídica. Bogotá, 2011. Página 87.

Sin embargo, si se tiene permiso para ello, dicho riesgo se encontrará dentro de lo jurídicamente permitido, y los resultados causados como consecuencia de la realización de ese riesgo no serán jurídicamente imputables al portador del arma.

Si, por el contrario, el porte se hace sin permiso de la autoridad competente, esa conducta se subsume en la descripción típica del artículo 365 del Código Penal y, en consecuencia, el riesgo creado se vuelve inmediatamente desaprobado.

La segunda parte de la fórmula de Schunemann es considerablemente más complicada, y lo es por dos razones. En primer lugar, aun cuando el autor explica qué entiende por casualidad (*habrá casualidad cuando interviene una circunstancia en cuya producción nadie puede confiar*), lo cierto es que la idea de algo en que “nadie puede confiar” es completamente subjetiva. Es muy distinto, por ejemplo, aquello en que confía una persona con fuertes convicciones religiosas a alguien que no las tiene, así como varía aquello en que confía una persona con cierto grado de instrucción en relación con otra que carece de ella. ¿La aparición súbita de un policía que evita la comisión de un delito es algo en lo que se puede confiar? ¿Es igual de “confiable” la aparición de un policía en una ciudad grande que en un pueblo pequeño? ¿Es “confiable” la intervención de un ciudadano preocupado por los demás, que evita la perpetración de un delito?

La segunda razón requiere esclarecer a qué se refiere el autor por “resultado”. Nótese que Schunemann sostiene que habrá peligro concreto cuando “*el resultado no se haya producido por mera casualidad*”. Bien puede tratarse de un resultado en términos naturalistas o en términos normativos. Es decir, y tomando como ejemplo el daño de materias primas²⁵, una cosa es la producción del resultado físico (la destrucción, inutilización, desaparición o deterioro de las materias primas, instrumentos o maquinarias) y otra el resultado normativo (la lesión del bien jurídico). Perfectamente puede lograrse la destrucción de las materias primas (resultado natural), sin que ello lesione o si quiera ponga en peligro el bien jurídico tutelado (resultado normativo).

Si Schunemann se refiere al resultado naturalista de la conducta, la dificultad radica en que la no realización del resultado por el acaecimiento de

25. **Artículo 304.** *Daño en materia prima, producto agropecuario o industrial. El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá, el que impida la distribución de materia prima o producto elaborado.*

circunstancias casuales llevaría que se realizara un delito tentado, y no un delito consumado. Por ejemplo, supóngase que una persona se dispone destruir un cargamento de materias primas, con el fin de alterar las condiciones de mercado, arrojándolas al mar. Justo cuando va a proceder a ello, sufre un paro cardíaco, por lo que debe trasladarse inmediatamente a una clínica, donde salvan su vida. En medio de todo, se descubre su plan delictivo y es judicializado.

En ese ejemplo, fue la casualidad la que evitó la producción del resultado; de ahí, siguiendo a Schunemann (y asumiendo que al hablar de “resultado” se refiere al plano de la realidad física) podría afirmarse que el agente cometió delito consumado, toda vez que creó un riesgo jurídicamente desaprobado, pero la realización del resultado (la destrucción de las materias primas) no se produjo por circunstancias estrictamente causales. Sin embargo, esa conducta también coincide con la tentativa de ese delito, toda vez que el agente inició “*la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación*”, y el resultado no se produjo “*por circunstancias ajenas a su voluntad*”²⁶.

Esa dificultad existe, se repite, en tanto el resultado del que habla Schunemann se entienda en términos físico-naturalistas (la destrucción de las materias primas en el delito de daños en materias primas; la efectiva realización de la maniobra fraudulenta en el delito de agiotaje, etc.).

Obviamente, el problema se presenta únicamente si se acepta que la tentativa procede frente a toda clase de delitos dolosos (salvo los de omisión), como lo hace, por ejemplo, el profesor Velásquez Velásquez, quien afirma que la tentativa cabría, en principio, “*en relación con todos los supuestos delictivos dolosos*”²⁷. Sin embargo, hay autores²⁸ que consideran que la tentativa procede únicamente frente a delitos de lesión o de resultado, en cuyo caso la dificultad acá propuesta no existiría.

Pero si por el contrario, el resultado al que se refiere Schunemann es normativo (es decir, si el autor entiende por “resultado” la efectiva lesión del

26. Artículo 27 del C.P.

27. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Ed. Temis. Bogotá, 2002. Página 438.

28. En ese sentido, verbigracia, LOZANO Y LOZANO, CARLOS. “Elementos de Derecho Penal”. Ed. Lerner. Bogotá, 1961. Página 74: “*Determinados delitos a causa de su propia naturaleza no son compatibles con la hipótesis de la tentativa; así los delitos que “único actu perficiuntur”, como la injuria verbal; no habiendo en la acción una serie de momentos físicos, sino un solo momento que perfecciona la acción, no puede hablarse de conato*”.

bien jurídico), su fórmula resulta difícilmente aplicable a los delitos que tutelan bienes jurídicos abstractos y colectivos, como la fe pública, el orden económico social o la seguridad pública.

De nada sirve saber que “*habrá peligro concreto cuando se haya creado un riesgo desaprobado por el Derecho, pero el resultado (la lesión del bien jurídico, en la comprensión recién propuesta) no se haya producido por mera casualidad*” si, por la naturaleza del bien jurídico tutelado, es prácticamente imposible saber cuándo se hubiera producido el resultado. Dicho de otro modo, para poder aplicar la fórmula de Schunemann, es necesario poder determinar con certeza si, de no haber mediado la casualidad, el bien jurídico se hubiere lesionado. ¿Y cómo es posible determinar cuándo se lesiona un bien jurídico como la seguridad pública?

En este caso, no se trata de si el agente alcanzó a destruir o no las materias primas, sino de si, habiéndolas destruido, su conducta efectivamente hubiera lesionado el bien jurídico “orden económico social”, de no haber mediado el azar. Y dar una respuesta a ese curso hipotético es sumamente complicado.

Hay casos, claro, en los que es posible; piénsese en el individuo que logra importar un cargamento de pastillas de éxtasis²⁹, pastillas estas que, sin embargo, carecen de potencial psicoactivo por un defecto en su fabricación. En ese caso, aun cuando se produjo el resultado en términos naturalistas (se logró la importación de las drogas), no se produjo, por cuestiones estrictamente casuales, el resultado normativo (no se lesionó, ni menos aún se puso en peligro, el bien jurídico tutelado).

En tal ejemplo, atendiendo al planteamiento de Schunemann, habría lugar a declarar penalmente responsable al agente. Sin embargo, esa solución no deja de tener un sabor de injusticia, en el sentido de que parece evidente la intrascendencia penal de la conducta por su ausencia de antijuridicidad.

29. “*ARTICULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

En otros eventos, empero, la comprobación no se presenta tan sencilla y la fórmula de Schunemann no es tan fácilmente aplicable, como se verá en el acápite siguiente.

Finalmente, debe decirse que, en opinión de quien escribe, la interpretación adecuada de la fórmula de Schunemann es esta última, es decir, la que supone que la expresión “resultado” debe entenderse en términos normativos, y lo es por dos razones: primero, porque si se interpreta en términos naturalistas su aplicación siempre conduce al campo de la tentativa, como ya se explicó.

Segundo, porque el estudio del derecho penal y de la teoría del delito ha avanzado históricamente en el sentido de considerar las infracciones criminales a través de conceptos eminentemente normativistas, tal y como se desprende de los postulados funcionalistas que actualmente están en boga. En efecto, “... *la realidad fáctica ha comenzado a declinar; a perder esa preeminencia como punto de partida de la teoría del delito, y ha empezado a cobrar importancia la realidad normativa pura.*”³⁰.

5. DELITOS ECONÓMICOS Y PELIGRO EFECTIVO

Se tiene hasta ahora, entonces, que para poder aplicar los tipos penales de peligro abstracto sin vulnerar derechos fundamentales, postulados constitucionales y principios rectores de la dogmática penal, es necesario hacer un análisis de peligro efectivo caso por caso o, lo que es lo mismo, aplicarlos como si fueran tipos de peligro concreto.

A su vez, se encontró que una fórmula para adelantar ese análisis consiste en establecer, en cada evento, si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, pero la lesión del bien jurídico no ocurrió por mera casualidad.

Para aplicar ese razonamiento a los delitos económicos es indispensable, en primer lugar, comprender cuál es el bien jurídico protegido por ese tipo de punibles, pues de lo contrario se hace imposible comprender cuándo se produce una lesión al mismo, o cuándo deja de producirse por mera casualidad. Sin embargo, se anticipa que una de las conclusiones de este escrito será que, incluso aproximándose a una cierta comprensión de qué es el orden económico

30. MUÑOZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. “Reflexiones en Torno a las Relaciones entre lo Fáctico y lo Normativo en la Teoría del Delito”. En VNIVERSITAS ESTUDIANTES Número 5. Enero – Diciembre de 2008. Página 87.

social como bien jurídico penalmente relevante, es sumamente difícil adelantar el análisis de peligro efectivo frente a los delitos de esta naturaleza. Ello se debe a que *“el derecho penal económico constituye...uno de los sectores de la parte especial en que la utilización del concepto del bien jurídico es más ardua y problemática, en el que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar”*³¹.

Ahora bien, de acuerdo con las actas del actual Código Penal, los delitos económicos *“tutelan la organización que el Estado intervencionista de hoy establece, para que la sociedad alcance los fines que le son propios”*³². En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional, sosteniendo que el *“orden público económico hace referencia al sistema de organización u planificación general de la economía instituida en un país...resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones....”*³³.

Para Daniel Pulecio Boek, el derecho penal económico protege *“el modelo de mercado que proponen”* las diferentes ideologías socioeconómicas, por lo que el bien jurídico tutelado dependerá, en gran medida, de la lectura y la interpretación político filosófica que se haga de cada uno de los tipos penales³⁴.

Siguiendo a Francisco Bernate Ochoa, quien recoge los planteamientos de diferentes autores, el orden económico como bien jurídico puede entender en sentido estricto o amplio. En el sentido estricto, *“el Derecho Penal Económico se ocupa de proteger la intervención del Estado en la economía”*. En sentido amplio, el bien jurídico no es sólo el modelo económico producto de la intervención estatal, sino *“todos los fenómenos de producción, distribución, oferta y demanda de bienes y servicios, siempre y cuando haya una afectación patrimonial.”*³⁵.

31. PEDRAZI, CESARE. “El Bien Jurídico en los Delitos Económicos”. En HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO. “Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2005. Página 101.

32. GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS. “Actas del Nuevo Código Penal Colombiano”. Editorial Pequeño Foro. Bogotá, 1981. Volumen II. Página 371.

33. Corte Constitucional. Sentencia C – 083 de 1999. M.P VLADIMIRO NARANJO MESA.

34. PULECIO BOEK, DANIEL. “Delitos Contra el Orden Económico y Social”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2011.

35. Bernate Ochoa, Francisco. “El Derecho Penal Económico. Cuestiones Problemáticas”. En “Cuadernos de Derecho Penal Económico”. Editorial Universidad de Ibagué. Ibagué, 2007. Páginas 17 y 18.

Ese brevísimo recuento de algunas de las posiciones existentes entre la doctrina y la jurisprudencia en relación con la comprensión del orden económico social como bien jurídico penalmente relevante, deja en evidencia lo que se afirmó algunas líneas arriba: primero, que no es sencillo establecer de manera totalmente diáfana el contenido conceptual de ese bien jurídico y, segundo, que por ello mismo, se hace muy difícil adelantar un análisis de peligro efectivo sobre los delitos económicos.

¿Cómo demostrar, verbigracia, que una conducta de ofrecimiento engañoso de productos³⁶ dejó de lesionar el bien jurídico (la confianza de los consumidores en el mercado, y el papel que juega el Estado en la regulación de la competencia) por mera *casualidad*? Es posible, claro, siguiendo las ideas de Pulecio Boek, demostrar que no se menoscabó la confianza de los consumidores a través de estudios económicos serios³⁷. Pero, ¿cómo saber que ello se debe a la casualidad? ¿Qué pasa si no se produjo la lesión porque el agente planeó cuidadosa y brillantemente su maniobra, asegurándose de que su conducta no causaría una lesión real en la confianza de los consumidores? ¿Se puede afirmar, en ese caso, que se puso en peligro efectivo el bien jurídico tutelado?

¿Qué ocurre cuando, por ejemplo, la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida³⁸ redundan en un beneficio para los consumidores? ¿Se lesiona o no, en ese caso, el bien jurídico (que no es el patrimonio de los consumidores, sino el orden económico)? Si la respuesta es negativa, ¿se debe ello a la casualidad? ¿Se pone en peligro efectivo el bien jurídico?

Nótese que dar respuesta a esas preguntas es prácticamente imposible. La naturaleza misma del bien jurídico tutelado por los llamados delitos económicos dificulta considerablemente determinar la peligrosidad efectiva de tales conductas.

36. Artículo 300. Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. El productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario que ofrezca al público bienes o servicios en forma masiva, sin que los mismos correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciada en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente, incurrirá en multa.

37. Al respecto véase PULECIO BOEK, DANIEL. “Delitos Contra el Orden Económico y Social”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2011. Página 229.

38. Artículo 299. Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida. El que altere o modifique en perjuicio del consumidor, la calidad, cantidad, peso, volumen o medida de artículo o producto destinado a su distribución, suministro, venta o comercialización, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. CONCLUSIONES

El presente escrito no pretende dar solución a la situación que se ha expuesto; por el contrario, la idea es únicamente poner de presente la dificultad que entraña la aplicación de los delitos económicos, a la luz del artículo 11 de la Ley 599, el cual exige que en todo caso se evalúe la peligrosidad efectiva de las conductas punibles. Soslayar esa exigencia conduciría a la aplicación de penas injustas que finalmente terminarían por castigar únicamente la desobediencia, carente de antijuridicidad, de las normas. Es necesario, entonces, desarrollar fórmulas teóricas precisas y suficientes que permitan adelantar análisis de peligro concreto frente a injustos de ese tipo.

Si bien la punición de los delitos económicos responde a la adaptación del derecho penal al sistema económico contemporáneo, y es absolutamente necesaria, esa adaptación no puede hacerse sin consideración a las categorías dogmáticas y los principios constitucionales que rigen el ejercicio del *ius puniendi*, estableciendo tipos penales cuya peligrosidad efectiva es imposible determinar.

Es sumamente preocupante encontrar obras tan recientes como los Cuadernos de Derecho Penal Económico, publicada en el cercano año de de 2007, en las que se afirma que en los delitos de peligro abstracto “*no es necesaria la verificación del daño causado en el caso concreto, sino que el mismo se presume*”³⁹, planteamiento éste que desconoce totalmente los principios rectores legales y constitucionales del derecho penal. Ello demuestra que no se ha implantado aún, en la conciencia jurídica de los operadores del derecho, la prohibición que trae la Ley 599 de castigar conductas cuya peligrosidad se presume.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL. “Delitos de Peligro e Imputación Objetiva”. En “Revista Iter Criminis”. Mayo – Junio, 2008.

ANTOLISEI, FRANCESCO. Manual de Derecho Penal General. Editorial Temis. Bogotá, 1988.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. “Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial”. Editorial Civitas. Madrid, 1978.

39. BERNATE OCHOA, FRANCISCO. “El Derecho Penal Económico. Cuestiones Problemáticas”. En “Cuadernos de Derecho Penal Económico”. Editorial Universidad de Ibagué. Ibagué, 2007. Página 38.

- BALCARCE, FABIÁN. “Derecho Penal de los Marginados. Líneas de Política Criminal Argentina”. En “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Número 122. 2008. Recurso virtual.
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO. “El Derecho Penal Económico. Cuestiones Problemáticas”. En “Cuadernos de Derecho Penal Económico”. Editorial Universidad de Ibagué. Ibagué, 2007.
- BOGADO, MARÍA GRACIA y FERRARI, DÉBORA RUTH. “Sociedad de Riesgo: Legitimación de los Delitos de Peligro Hipotético”. En “Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico”. Recurso electrónico. En World Wide Web, www.ciidpe.com.ar
- CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL y RUIZ CARMEN ELOÍSA. “Delitos contra el Orden Económico Social”. En “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS; NÚÑEZ PAZ, MIGUEL; RAMÍREZ BARBOSA, PAULA. “Derecho Penal Colombiano. Parte General”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2010.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. “Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal”. Ed. Ibañez. Bogotá, 2004.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO. “Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera”.
- JAKOBS, GUNTHER. “La Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.
- LOZANO Y LOZANO, CARLOS. “Elementos de Derecho Penal”. Ed. Lerner. Bogotá, 1961.
- MUÑOZ GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. “Reflexiones en Torno a las Relaciones entre lo Fático y lo Normativo en la Teoría del Delito”. En Vniversitas Estudiantes Número 5. Enero – Diciembre de 2008.
- PINILLA PINILLA, NELSON. “Algunas Acotaciones sobre los Delitos Contra el Orden Económico y Social en la Ley 599 de 2000”. En Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Número 103. Páginas 11 – 27.
- PULECIO BOEK, DANIEL. “Delitos Contra el Orden Económico y Social”. Editorial Ibañez. Bogotá, 2011.
- TAMAYO MEDINA, HÉCTOR. “Delitos de Peligro Abstracto y Antijuridicidad Material”. Ed. Ibañez. Bogotá, 2007.
- TIEDEMANN, KLAUS. “El Concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico”. En Revista Chilena de Derecho. Volumen 10, N. 1, 1983.
- TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL. En CORTAZA VINUEZA, CARLOS. “Delitos Medioambientales”. En Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Guayaquil. Número 17. 2004.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. “Manual de Derecho Penal, Parte General”. Ed. Temis. Bogotá, 2002.

VILLANUEVA GARRIDO, GUSTAVO ADOLFO. “El Funcionalismo y la Imputación Objetiva en la Doctrina y la Jurisprudencia Nacional”. Editorial Nueva Jurídica. Bogotá, 2011.

LEGISLACIÓN:

GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS. “Actas del Nuevo Código Penal Colombiano”. Editorial Pequeño Foro. Bogotá, 1981. Volumen II.

Decreto Ley 100 de 1980

Ley 599 de 2000.

Fiscalía General de la Nación. Ponencia ante el Congreso de la República al presentar el proyecto de ley del actual Código Penal.

Constitución Política de Colombia.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia C – 070 de 1996

Corte Constitucional. Sentencia C – 939 de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia 18141 de 22 de Septiembre de 1982. Magistrado Ponente: LUIS ENRIQUE SOTO ROMERO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de Mayo de 2009. Radicado 31362. Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de septiembre de 2004. Radicado 21064. Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de Noviembre de 2007. Proceso 27388. Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

Corte Constitucional. Sentencia C – 083 de 1999. Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA.