

# Requisitos, consecuencias jurídicas del desistimiento y los tipos penales de peligro abstracto

*Requirements, legal consequences of withdrawal and criminal types of abstract danger*

Myriam Stephanie Ramos Quiñones<sup>1</sup>

## Resumen

La aplicación del paradigma de agresión en la estructuración de la política criminal colombiana, entendido como aquel en el cual se tiene como elemento del tipo objetivo, el peligro o la lesión efectiva al bien jurídico tutelado, los cuales se encuentran ausentes en los tipos penales de peligro abstracto, y por ello, no solo vulnera garantías procesales y derechos fundamentales, sino también la categoría dogmática de la antijuridicidad material, además de socavar la utilidad del desistimiento como una excusa legal absolutoria, respecto de lo cual se busca identificar los requisitos y consecuencias jurídicas del desistimiento y los tipos penales de peligro abstracto, a través de la aplicación de la hermenéutica jurídica y analógica de acuerdo en la línea doctrinal y jurisprudencial, que nos conduce finalmente a encontrar el desistimiento como una figura aplicable a otros tipos penales y la no punibilidad de las conductas de peligro abstracto desde la teoría del delito e iter criminis.

**Palabras clave:** Consecuencias jurídicas, desistimiento, peligro abstracto.

## Abstract

The application of the paradigm of aggression, understood as the one in which there is an element of the objective type, the danger or the actual injury to the protected legal good, which are absent in the criminal types of abstract danger and that is why not only violates procedural guarantees and fundamental rights, but also the dogmatic category of material unlawfulness, in addition to undermining the withdrawal as an acquittal legal excuse, regarding which seeks to identify the requirements and legal consequences of the withdrawal and criminal types of danger abstract, through the application of juridical and analogical hermeneutics according to positions from the doctrine and jurisprudence, which finally leads us to find the withdrawal as a figure applicable to other criminal types and the non-punitive behavior of asbest danger from the theory of crime and iter criminis.

**Keywords:** Abstract danger, legal consequences, withdrawal.

<sup>1</sup> Estudiante Derecho. Corporación Universitaria Americana. [stephanierqui16@gmail.com](mailto:stephanierqui16@gmail.com)

## Introducción

Países como Estados Unidos, México y Chile, incorporan en su ordenamiento jurídico penal, delitos que, de acuerdo con su naturaleza, se encuadran con los tipos penales de peligro abstracto, como la conspiración criminal, que se equipara con el concierto para delinquir denominado así en Colombia. Tipo penal que frente a la estructura de la política criminal, percibida como el conjunto de respuestas de diversa índole que un Estado estima necesario adoptar para hacerles frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción, que desde el Gobierno central, departamental y municipal, siguen lo dispuesto en la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano, cuyo proceso de configuración legislativa, contempla una fase de criminalización primaria, en la cual se define un comportamiento como delito y se establece su respectiva pena.

Sin embargo, el reproche a ciertas conductas desde el establecimiento de presunciones de derecho referente al peligro, lesión y perjuicio social, transgrede la teoría del delito aplicable y por ello la necesidad de plantearse al crear los tipos penales de peligro abstracto sobre su admisibilidad o inadmisibilidad en las legislaciones penales contemporáneas, como una lucha entre los que exigen la actualización del derecho penal a las nuevas exigencias sociales y los que anteponen ejercicio de garantías y elementos dogmáticos que se han erigido como barreras de contención ante el apabullante ejercicio estatal de aplicar el castigo institucional, para conductas de peligrosidad, desobediencia, obviando la intervención mínima del derecho penal, como única ratio, frente a la protección efectiva de los bienes jurídicos tutelados, además de la inoperancia del principio de analogía en aquellas figuras jurídica del desistimiento que puede ser favorable para quien incurra en la comisión de dichas conductas, para evitar el resultado típico, la ejecución o consumación por la propia voluntad del agente y que por ello mismo genera consecuencias jurídicas de tipo sus-

tancial.

La principal de ellas, la impunidad en relación con la conducta punible con respecto a la cual efectivamente se desiste. El control, la prevención y la gestión de riesgos generales se ven como tareas que debe asumir el Estado y que este asume efectivamente de modo relevante, y para lo cual el legislador recurre al tipo penal de delito de peligro abstracto como instrumento técnico idóneo para encontrar solución a estos problemas.

De allí la necesidad de identificar los requisitos y consecuencias jurídicas del desistimiento, los tipos penales de peligro abstracto para poder encaminar a propósito de su legitimación, con el fin de establecer un marco que permita analizar posteriormente la pertinencia de tales delitos en la Legislación Penal Colombiana, al apreciarse el parámetro de la peligrosidad del comportamiento desde un adelantamiento en el ámbito previo, generando hipótesis punibles en las que resulta difícil dar cuenta satisfactoria de los principios y funciones instrumentales atribuidas al sistema, carentes de contenido material, en las que se prioriza al extremo el cumplimiento de funciones meramente simbólicas en lo que termina por sancionarse la mera desobediencia.

### Marco teórico y antecedentes

En los delitos de peligro abstracto, la realización del injusto típico se agota en la última acción realizada por el autor, sin que se espere de dicho accionar un resultado, en el sentido de un efecto exterior separado espacial y temporalmente de la acción. Estos delitos pueden llevarse a cabo por comisión por acción o por omisión. Los delitos de peligro abstracto son siempre delitos de mera actividad, cuya punición descansa en la peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, según la valoración del legislador, ya que el resultado típico debe distinguirse de la lesión al bien jurídico tutelado. Resultado significa la lesión o la puesta en peligro del objeto material de la acción, que es espacial y temporalmente separado de la misma. La lesión al bien jurídico significa la relación entre la acción típica o puesta en peligro de la pretensión de respeto al valor

protegido por la disposición penal (Navarro, 2015).

Los llamados “delitos de peligro” corresponden a una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de lesividad o afectación que los vincula con el aun mayoritariamente exigido bien jurídico cuya protección justifica la punición. Desde dicha perspectiva se los ha concebido tradicionalmente en todas sus formulaciones como delitos cuyo centro radica en la generación de una condición que hace peligrar al bien jurídico. Así se evidencia en los llamados delitos de peligro concreto. Sin, embargo, en ocasiones dicha consecuencia (el riesgo) pasa a ser presumida por el legislador, ya sea por dificultades referidas a la acreditación de un vínculo de imputación entre este y la conducta por incriminar, o por concurrir en determinados comportamientos una alta probabilidad estadística de generar dichos riesgos, dando con ello lugar a los tradicionalmente llamados delitos de peligro abstracto (F., 2006).

Han sido creados de un modo contrario a las normas constitucionales que exigen, como presupuesto de imposición de una consecuencia jurídica, la acreditación de la afectación a bienes jurídicos de terceras personas. Ello sucede por cuanto suele pretenderse que los citados delitos son tales por el hecho de presumirse, sin admitir prueba en contrario, que afectan un bien jurídico ajeno (aunque en verdad ello no ocurra). Con ello no solo se violenta el derecho a la “presunción de inocencia”, sino que además se permite la punición sin afectación alguna a la disponibilidad de derechos de terceras personas (López, 2016).

La presunción en contra del imputado, se trata de una presunción *iure et de iure* en contra del imputado, creada por el legislador, que no admite prueba en contrario. De este modo la conducta contemplada típicamente por el legislador, dogmáticamente encierra un peligro que se presume abstractamente, porque así lo estima y no es materia de discusión, aun cuando su producción en el caso concreto sea totalmente remota. En ellos, el peligro no es un

elemento típico, sino un mero motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de la “peligrosidad general” de la misma demostrada estadísticamente. Para entonces se acude a definir típicamente actividades meramente anteriores a la concurrencia de otras circunstancias típicas y verdaderamente lesivas, las cuales generalmente significan el medio para la concreción de los hechos establecidos nuclearmente, es decir, actos preparatorios que, incluso, pueden no serlo (solo lo sabe el sujeto activo). Ni el legislador ni el juez que debe subsumir el actuar cuentan con la tecnología o posibilidad de predecir certeramente el futuro como modo de determinar que efectivamente el ilícito prevenido se iba a llevar a cabo, no produce lesión alguna, el objeto de tutela tiene un carácter difuso e impreciso, y como consecuencia, resulta difícil comprobar la lesión a un bien jurídico puntual. Se caracterizan por no exigir la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido, y se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. A consecuencia de ello violan en forma flagrante el principio de lesividad que exige en todos los casos, la concurrencia de una lesión o al menos la existencia de un peligro real y comprobable, que viene a ser el presupuesto de la antijuridicidad. Ni uno ni el otro logran ser constatados en los delitos de peligro abstracto. El peligro es inexistente, ya que la acción desplegada por el agente es per se inocua y solo ex ante el legislador la prefigura como peligrosa de forma general (Yancarelli, s.f.).

Zaffaroni, Alagia y Slokar lo reflejan al hablar de la tipicidad conglobante, y postulan: “Los conflictos penales sólo son concebibles cuando importan lesiones a otro, que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien”.

Por su parte, la imposibilidad de aplicar analógicamente el desistimiento considerado por la doctrina y jurisprudencia como una causa de exoneración de responsabilidad penal, que no ha sido utilizado respecto de los tipos penales de peligro abstracto, en el sentido de si la persona de

forma voluntaria y eficaz desiste de la consumación, deja sin efecto cualquiera de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal (acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad), con base en razones de orden sistemático, de rigor dogmático o de merecimiento de pena, las que impiden la configuración del delito. O si se trata más bien de una especie de excusa legal absolutoria, personal de supresión o de necesidad de la pena. Frente a motivos que en nada afectan la estructuración del injusto culpable y que en cambio están relacionados con el tema de la necesidad de pena (Moreno, 2016).

### Metodología

El abordaje de los requisitos y consecuencias jurídicas del desistimiento y los tipos penales de peligro abstracto, se realizó a través de la revisión sistemática de la literatura contenida en el proceso de búsqueda de la heterogeneidad de estudios previos primarios y secundarios. Fuentes de información primarias, de las que se destaca la Ley y Jurisprudencia Colombiana, con base en el objeto o planteamiento del problema, respecto de aquellos tipos penales que se adecuan a los de peligro abstracto y el desistimiento en la legislación penal, así como fuentes secundarias de tipo doctrinal, obtenidas de tesis de posgrado y artículos presentados que de manera objetiva se encuentran en el marco del tema específico, sobre los cuales se evaluó la calidad metodológica, desde la validez interna y posibles sesgos, para proceder a ejecutar a partir de guías de lectura crítica, una valoración cualitativa de los estudios, posiciones y estructura de la dogmática jurídica penal encontradas, con el objetivo de resumir la información existente, y con la finalidad de realizar una comparación entre la línea jurisprudencial y doctrinal de acuerdo con los tipos penales de peligro en abstracto y la aplicación del desistimiento como una causal de exoneración de responsabilidad penal, conducente para proceder al análisis de acuerdo con la hermenéutica jurídica y el principio de analogía, atendiendo la favorabilidad de instrumentos jurídicos que pueden ser susceptibles de aplicarse en el proceso penal correspondiente, cuando nos encontremos frente a tipos penales de peligro

abstracto, como el concierto para delinquir, y finalmente presentar resultados y ofrecer conclusiones.

### Análisis de resultados

#### Elementos de tipo objetivo de los tipos penales de peligro abstracto

La consideración dada a los tipos penales de peligro abstracto, en estas figuras de la "puesta en peligro del bien jurídico", no corresponde a una fórmula, técnica o modalidad a la que puede recurrir el legislador entre otras alternativas de idéntica significación. Por el contrario, su selección refleja una opción de carácter político criminal. Así, en estos casos el legislador toma la opción de proteger penalmente un bien jurídico, y transformarlo en un bien jurídico-penal, con base en una doble consideración de merecimiento y necesidad. La primera de ellas (merecimiento) viene dada por la trascendencia o importancia de dicho interés para posibilitar la convivencia entre los miembros de una comunidad (corresponde a un presupuesto para la libertad), mientras que la segunda (necesidad) deriva de la constatación de insuficiencia de los medios de control social, formales o informales, para obtener el debido respeto y protección de dicho interés, considerado previamente como fundamental.

De ahí deriva la base que justifica al Estado el intervenir de manera coactiva sobre las conductas que en mayor medida reflejen dicha necesidad de protección: Solo aquellas conductas que afecten un valor esencial para la convivencia y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos que el recurso penal, podrán ser objeto de represión por esta vía (F., 2006).

Calificar una conducta como peligrosa requiere verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por parte del autor. Dicha situación de peligro operará como límite a la incriminación de conductas. La legitimidad del castigo de dichas conductas peligrosas está vinculada al respeto de dichos

límites axiológicos, pues solo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho. De ahí que respecto a lo que debemos entender por daño, hemos de decir que este es un concepto de carácter normativo, producto de una valoración jurídica (Navarro, 2015).

### **Consecuencias jurídicas de los tipos penales de peligro abstracto**

La idea de normativización del peligro también está ligada con la introducción de una idea normativa de seguridad, la cual se entiende como una valoración del riesgo que se puede presentar al momento de hacer uso racional de los bienes jurídicos que se tienen a disposición. De esta manera, se llega a afirmar que la imputación de responsabilidad a un sujeto por su comportamiento no se debe a la causalidad de lesión de aquel, sino a la generación de un estado de inseguridad que no permite la disposición de bienes jurídicos a los demás ciudadanos. Esto quiere decir que la relevancia lesiva está determinada desde la perspectiva de la víctima y no del autor, con lo cual carece de importancia el hecho de que en muchos casos es inverificable, en su dimensión naturalista de lesión. En este sentido, el comportamiento del autor se reprocha en tanto generador de circunstancias objetivas de inseguridad (Practica, 2010).

La seguridad significa la certidumbre sobre la futura ausencia de peligros en el sentido de una convicción, suficiente para una disposición racional sobre bienes, de la ausencia de condiciones relevantes para la lesión, en su caso no controlables de manera dirigida o dominable y la despreocupación basada en esta certidumbre.

Partiendo de la base de la comprensión del derecho penal como un subsistema del sistema social "Derecho", que tiene asignada la función de guardar la constitución normativa, protección de expectativas normativas de la sociedad a través de la pena, entendida esta, a su vez, como estabilización contra fáctica de las expectativas normativas defraudadas, la cual hace frente a comunicaciones erróneas provenientes de comportamientos de los sujetos. Defrau-

dación de expectativas normativas justifican esta técnica de tipificación como una forma de estandarizar comportamiento y así, a través de la prevención general que irradia de la pena, lograr un mejor coeficiente de respeto por los mandatos y prohibiciones derivados de las normas penales, con lo cual se logra reforzar la garantía de expectativas para el flujo comunicativo que se da en la sociedad (p. 49).

### **Crítica al paradigma de agresión aplicable a los tipos penales en abstracto**

En los delitos de peligro abstracto no existe un verdadero y grave conflicto que sugiera la intervención del Derecho Penal como el medio adecuado para solventar el conflicto; simplemente olvida el legislador que en la formación de catálogos delictivos, la política criminal es sobre todo la política de los bienes jurídicos: selección de los bienes, intereses, relaciones consideradas merecedoras y necesitadas de tutela coactiva con respecto a determinadas conductas lesivas o peligrosas, siendo en función de los bienes jurídicos como limita la intervención del poder punitivo, afirmándose de esta manera que solo cuando sea absolutamente necesario debe recurrirse al Derecho Penal, al derecho sancionador y en general, a cualquier limitación de la libertad (p. 185).

No es labor de la justicia la persecución de delitos hipotéticos. Los ilícitos definidos abstractamente en su peligrosidad, no producen ningún tipo de daño, ni social y mucho menos individual. La pretensión con su establecimiento legal es adelantar el poder punitivo del Estado, previo a la concreción de una definición legal en los hechos, "previniéndolas", si así puede calificarse la ratio legis. En rigor de verdad, se sortea el óbice constitucional de la reserva sobre las acciones privadas de los hombres que no afecten a terceros, pues precisamente, las conductas así definidas y establecidas legislativamente, en nada inquietan a un tercero, sea este individual o social. Solo se pretende criminalizar un eventual estado previo a la realización de un acto punible o un acto preparatorio dirigido a dicha finalidad, cuya real entidad solamente puede encontrarse en la mente del sujeto. Constituye un castigo de la desobediencia a la norma, la única trans-

gresión producida en los delitos de peligro abstracto es la desobediencia a la norma, y se prescinde de la concurrencia del daño, el que solo se hipotetiza. De este modo se busca una completa fidelidad en la norma por parte del individuo, castigándose la mera inobservancia legal, y se desecha por completo el resultado lesivo o al menos la concurrencia de un peligro concreto y verificable (Yancarelli, s.f.).

### **Desistimiento como excusa legal absoluta o ausencia de responsabilidad penal**

Independientemente de la ubicación del desistimiento dentro de la sistemática de la teoría del delito, lo cierto es que este produce unos efectos jurídicos en materia penal; la principal consecuencia de tipo jurídico será la impunidad del delito por el cual la persona desiste de su consumación o retrocede en su inicial propósito criminal. Para estos efectos se requiere sin embargo que el desistimiento cumpla con dos exigencias: voluntariedad y eficacia.

La impunidad del desistimiento supone la anulación del fundamento de extensión de la pena, debiendo anular tanto el fundamento subjetivo como el objetivo. La anulación del primer fundamento se da con la voluntariedad del desistimiento, la del segundo con la evitación de la consumación del delito. Esto es así, se insiste, tanto si se considera que el desistimiento es un evento que excluye cualquiera de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal, o bien una excusa legal absoluta que hace innecesaria la intervención del derecho penal (Conde, 1972).

### **Conclusiones**

La creación de delitos de peligro abstracto es una forma de optimizar la protección de determinados bienes jurídicos, criminalizando anticipadamente a personas con proclividad a la delincuencia. En realidad, lo que se busca con ello, y por parte de determinados agentes políticos, es perseguir el objetivo de dar la "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, predominando una función latente sobre la manifiesta, favoreciendo la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertrofica. Se trata, claro, de que a veces la sanción de una norma penal envíe un mensaje de compromiso sin demasiado esfuerzo" (Yancarelli, año tal, p. tal).

Sin embargo, utilizar el derecho penal para lograr la eficacia del Sistema y de las políticas criminales desde el Gobierno central y el legislador, degrada la misma Constitución y las garantías que de ella surgen. Por ello la necesidad de aplicar el principio *NULLUM CRIMEN SINE INJURIA*, no hay crimen sin daño, puesto que el legislador proceda a la realización de la conducta no solo vulnera la categoría dogmática de la antijuridicidad material, que haría improcedente procesar judicialmente a una persona por la comisión de tipos penales de peligro abstracto, ya que no cumple con todos los requisitos desde la teoría del delito para que la conducta sea punible, además de la necesidad de incorporar herramientas jurídicas como el desistimiento para evitar cuando sea procedente de acuerdo con las circunstancias del caso mover el aparato jurisdiccional y ejercer la correspondiente acción penal.

## Referencias

1. F., F. M. (2006). (R. d. Justicia, Editor). Recuperado el 16 de octubre de 2018, de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/9146.pdf>
2. Navarro, J. M. (Marzo de 2015). (R. Judicial, Editor). Recuperado el 16 de octubre de 2018, de [https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/revista\\_115/pdfs/010delitos.pdf](https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf)
3. López, M. A. (2016). Recuperado el 17 de octubre de 2018, de Delitos de Peligro e Imputación Objetiva: [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2\\_delitos-de-peligro.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/2_delitos-de-peligro.pdf)
4. Yancarelli, L. (s.f.). Recuperado el 17 de octubre de 2018, de [https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos\\_peligro.htm](https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delitos_peligro.htm)
5. Moreno, D. A. (2016). De nuevo sobre el Desistimiento en Derecho penal a propósito de las Cuatro reglas sobre la Voluntariedad de Restrepo Ramos. Bogotá, Cundinamarca, Colombia. *Práctica*, C. a. (2010). Obtenido de <http://bdigital.unal.edu.co/3046/1/699875.2010.pdf>
6. Penal, D. d. (s.f.). Studylib. Recuperado el 14 de noviembre de 2018, de <https://studylib.es/doc/5577787/delitos-de-peligro-abstracto-en-el-derecho-penal>
7. Conde, F. M. (1972). *El desistimiento voluntario de consumar el delito*. Barcelona.
8. Beteta, C. S. (2007). El iter criminis y los sujetos activos del delito. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*.
9. Diego, A. M. (2008). De nuevo sobre el desistimiento en derecho penal. A propósito de las cuatro reglas sobre la voluntariedad de Restrepo Ramos. Recuperado el 17 de noviembre de 2018, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4950/5933>
10. Justicia, S. d. (Marzo de 2018). Recuperado el 18 de enero de 2019, de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/03/SP364-201851142.pdf>
11. Núñez, P. J. (2017). Aplicación del delito de conspiración prevista y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal y Vigente con una corriente finalista. Huancayo, Perú.
12. Triana, R. A. (2010). Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano: crítica a la construcción dogmática y a la aplicación práctica. Recuperado el 23 de septiembre de 2018, de <http://bdigital.unal.edu.co/3046/1/699875.2010.pdf>