



De la serie Medellín zenit: Colom-vía
David Escobar Parra

EL DESISTIMIENTO FRACASADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000*

* Este artículo es un avance de la investigación particular que realiza el autor, con el fin de publicar el libro «El desistimiento en Derecho Penal».

Fecha de recepción: Agosto 22 de 2006

Fecha de aprobación: Septiembre 25 de 2006

Diego Araque Moreno**

RESUMEN

El Código Penal de 2000, en el inciso segundo de su artículo 27, introdujo una figura jurídica hasta entonces inexistente en nuestro país: el desistimiento fracasado o malogrado en su modalidad impropia. Dicha norma ha dado lugar a todo tipo de discusiones en lo que a su interpretación se refiere, llegándose a sostener, incluso, que en ella se consagró el desistimiento voluntario y eficaz o simplemente tradicional. Pero ambas figuras son completamente distintas y por consiguiente ameritan una diferente regulación en términos punitivos. El presente artículo establece la diferencia entre estas dos instituciones y con base en ella ofrece una posible interpretación del artículo 27 del Código Penal que cobije por igual al desistimiento tradicional y al desistimiento malogrado propio e impropio, proponiendo en todo caso que sea el legislador quien introduzca las correcciones del caso.

Palabras clave: desistimiento tradicional, voluntariedad, eficacia, tentativa inacabada, tentativa acabada, desistimiento fracasado, desistimiento malogrado.

THE FAILED DESISTING IN THE PENAL CODE OF 2000

ABSTRACT

The Penal Code of 2000, in the paragraph second of the article 27, inserted a juridical figure which was nonexistent in our country until then: the failed or spoiled desisting in its inappropriate modality. Such law has given rise to all type of discussions about its interpretation, even maintaining that in it got establish the voluntary and effective desisting or the simply traditional one. But both figures are completely different, therefore, they need a different regulation in the punitive field. This article establish the difference between this both institutions around of which offers a possible interpretation of the article 27 of the Penal Code, one that includes at the same time the traditional desisting and the failed proper or improper desisting, proposing in any case that should be the legislator who makes the respective corrections.

Key words: traditional desisting, voluntary, effectiveness, unfinished attempt, finished attempt, failed desisting, spoiled desisting.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio está orientado a la elaboración de unas ideas bastante generales en relación con la figura del desistimiento fracasado en materia penal, institución también llamada o conocida con el nombre de desistimiento malogrado y que está consagrada hoy por hoy en Colombia en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000. La finalidad primordial de estas líneas apunta a demostrar que la figura en cuestión está insatisfactoriamente regulada en la mencionada disposición, por lo que sería pertinente una modificación introducida por el propio legislador; a estos efectos se propone por consiguiente una posible solución.

1. En derecho penal, la institución jurídica del desistimiento se presenta cuando el sujeto activo, a pesar de haber dado ya comienzo a los actos punibles de ejecución, da marcha atrás y de forma voluntaria y eficaz evita la consumación del delito o la realización completa del tipo penal. A tal propósito, cuenta con las siguientes dos opciones o posibilidades: (i) la simple interrupción o abandono de su propósito criminal en el caso de la llamada tentativa inacabada, esto es, aquella modalidad delictiva imperfecta cuya ejecución apenas ha comenzado; o (ii) realizar de forma activa un comportamiento que contrarreste o deje sin efecto lo hasta entonces realizado en tratándose de la tentativa acabada, entendiéndose por esta última la realización de todos los actos necesarios para la producción del resultado¹.

Conforme a lo anterior, dos serían por consiguiente los requisitos o las exigencias que necesariamente se deben cumplir y satisfacer para el reconocimiento pleno de la impunidad a través de la figura del desistimiento de consumir el delito, advirtiéndose desde ya que esta viene a ser la principal consecuencia o efecto jurídico de la institución del abandono o del desistimiento de consumación. En esto están de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia, pues por lo general se ha entendido, al menos desde una fundamentación subjetiva-obje-

¹ Véase REYES ECHANDÍA, ALFONSO, "Tipicidad", en *Obras completas*, V. I, Bogotá, Temis, 1998, pág. 471: "La figura del desistimiento puede presentar dos modalidades: la suspensión voluntaria de la conducta antijurídica y su anulación retroactiva, también llamada 'arrepentimiento activo'".

tiva del injusto, que esta institución requiere de la concurrencia del elemento subjetivo de la *voluntariedad* y del componente objetivo de la *eficacia*.

Que el desistimiento sea voluntario está relacionado con el hecho de que la no consumación de la conducta punible obedezca, no tanto a circunstancias impuestas externamente, sino, antes bien, a la propia decisión o voluntad libre y autónoma del agente. Así las cosas, el desistimiento será voluntario cuando definitivamente no provenga de la imposición de circunstancias o factores externos. Por poner sólo algunos ejemplos, se cumplirá este primer requisito cuando al sujeto lo embarga el miedo abstracto a la pena, o cuando hace suyas las sugerencias de piedad de la víctima, o cuando declina por razones de pudor o meros reproches, etc. En todos estos casos, evidentemente, está ausente una causa externa de carácter impositivo.

Por su parte, el segundo de los requisitos del desistimiento, es decir el de la eficacia, apunta clara y muy definidamente en dos sentidos: en la tentativa inacabada, esto es, aquella en la cual el autor aún no ha realizado todo lo subjetiva y objetivamente necesario para la consumación del punible, demanda que se abandone o que se deje de hacer ese *plus* que todavía resta para consumir el delito; y en la tentativa acabada, valga decir, aquella en la cual el autor ha realizado todo lo objetiva y subjetivamente necesario para la consumación del injusto, es menester que el agente realice o haga algo positivo que enerve o neutralice lo ya realizado hasta ese entonces, evitando así, y de esta forma, la realización plena e inminente del tipo penal. En definitiva, el requisito de la eficacia, lo mismo en la tentativa simple que en la concluida o finalizada, está dirigido a que la consumación del delito o realización del riesgo no se produzca de ninguna manera.

Cumplidos estos dos únicos requisitos —el de la voluntariedad y el de la eficacia— se podrá hablar entonces a favor de la existencia de la tradicional figura del desistimiento de consumir la conducta punible, por cuyo intermedio, como ya fue anticipado, hay lugar a obtener el beneficio de la impunidad por el delito que se desiste, pudiendo ser objeto de sanción penal en todo caso cualquier otro ilícito o injusto que durante el desarrollo del curso causal de los acontecimientos se haya perfeccionado de manera previa al momento en que se desiste (sanción del delito remanente o tentativa calificada).

2. Bajo la vigencia del Código Penal colombiano de 1980, la teoría que de lejos predominó en materia de naturaleza jurídica del desistimiento, lo mismo en la doctrina que en la jurisprudencia, fue aquella que se encargó de sostener que tal institución se comportaba o hacía las veces de una auténtica y genuina causal objetiva de atipicidad penal. Recordemos que expresamente disponía

el artículo 22 del aludido Código que “el que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias *ajenas* a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado”.

Con dicho norte, de *lege lata* la doctrina y jurisprudencia colombianas consideraron entonces que la conducta no era típica de tentativa cuando la consumación o producción del resultado no se producía por circunstancias *propias* —no *ajenas*— a la voluntad o querer del mismo agente. De aquí naturalmente, como era apenas lógico de esperar, se inferían o se deducían por consiguiente los dos elementos o requisitos para el efectivo reconocimiento de los beneficios —el principal de ellos la impunidad— del desistimiento, esto es, según lo que se viene de decir, el de la voluntariedad y el de la eficacia.

En esta marcada línea de interpretación puede perfectamente consultarse, ni más ni menos, que al mismísimo autor de la fórmula de la tentativa en el C.P. de 1980, vale recordar Reyes Echandía, quien al efecto señalaba lo siguiente: “Hemos visto cómo una de las características de la tentativa —acabada o inacabada— es la no realización plena del hecho comenzado por circunstancias *ajenas* a la voluntad del actor... ahora bien, cuando el resultado típico no se produce porque el agente voluntariamente suspende su iniciada ejecución, surge la figura que ahora examinamos, también conocida con el nombre de *tentativa abandonada*”².

Por su parte, otro no menos distinguido integrante de la comisión redactora del mismo Código Penal de 1980, ya bajo la vigencia de este estatuto, expresaba lo siguiente en torno al tema de la naturaleza jurídica del desistimiento o abandono de consumir el injusto o la conducta punible: “esa institución —se refiere al desistimiento— es absolutamente innecesaria, ya que cuando el agente desiste de llevar adelante su propósito criminoso, lo que se presenta es un fenómeno de inadecuación típica”³.

² REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho Penal, en *Obras...*, pág. 125.

³ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis S.A., 1986, pág. 134. De este mismo parecer FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, T. II., 2ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 1989, pág. 376: “No está él expresamente regulado en el C.P. vigente, pero de este se infiere (art. 22) que *no es típico de tentativa punible de un delito determinado* porque la inconsumación no obedece a ‘circunstancias *ajenas*’ a la voluntad del autor, sino precisamente a su propia voluntad o decisión”.

Por esta vía, en consecuencia, la naturaleza jurídica o ubicación sistemática del desistimiento, dentro de la estructura del delito, se perfilaba y posicionaba como una verdadera causal de atipicidad por faltar como en efecto sucedía uno de los elementos objetivos del tipo o del dispositivo amplificador de la tentativa, a saber, que el resultado definitivamente no se produzca por circunstancias *ajenas* a la voluntad del agente.

Por lo tanto, y como consecuencia natural y obvia de lo anterior, el fundamento de esta misma institución, es decir su justificación o el por qué de su existencia, vistas así las cosas, necesariamente tendría que ser hallado o estudiado a partir de las teorías jurídicas que internamente tratan de explicar este fenómeno por intermedio de la negación de alguno de los elementos de la imputación de la conducta punible, llámese acción, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. De esta suerte, no había cabida por consiguiente para las concepciones modernas o de política criminal que buscan o pretenden determinar el fundamento del desistimiento a partir de perspectivas externas a la sistemática o dogmática del derecho penal (teoría “de las reglas de la profesión criminal” de Roxin, de “necesidad de pena” de Muñoz Conde, etc.).

3. Lo que se viene de sostener sobre la temática del desistimiento en el Código Penal de 1980, cabe perfectamente pero ya en relación con el inciso primero del artículo 27 del Código Penal de 2000, en donde explícitamente se consagró o se reguló todo lo que toca con el dispositivo amplificador del tipo —o si se quiere de la punibilidad— de la tentativa o delito imperfecto, lo cual se hizo en los siguientes términos: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”.

Y es que como fácilmente se puede advertir, absolutamente en nada varió la regulación del otrora artículo 22 del C.P. de 1980 con respecto a la actual reglamentación que de la tentativa realizó el inciso primero del artículo 27 del Código Penal de 2000. La única modificación tiene que ver con la punición o sanción de las llamadas contravenciones, aspecto sobre el cual el anterior Código guardaba completo silencio al disponer que la rebaja por tentativa se aplicaba sobre la pena establecida para el “delito” consumado⁴. Ahora, el

artículo 27 del actual Código Penal, dispone de manera expresa que en el caso de la tentativa se incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la “conducta punible” consumada, conducta punible que según el artículo 19 *ibídem* se divide justamente en delitos y *contravenciones*.

En consecuencia, las ideas vistas o expuestas en este orden sugieren o aconsejan que la figura tradicional del desistimiento en la nueva regulación penal se siga interpretando y estudiando de la misma forma como lo venían haciendo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia nacionales bajo la vigencia del Código Penal de 1980, esto es, mediante una interpretación *contrario sensu* según la cual si el resultado o la consumación del injusto no se produce por circunstancias *propias* o imputables a la exclusiva voluntad del agente, la conducta sencillamente no es punible por falta de tipicidad.

La importancia de esta fórmula interpretativa, entre otras cosas, radica en lo que a la punibilidad o sanción del partícipe se refiere. Esto vendrá a ser así por obvias y evidentes razones del principio de accesoriedad que rige en materia de participación penal, con arreglo al cual el partícipe accede a una conducta típica y antijurídica cometida por un autor (accesoriedad limitada). Así, si el desistimiento es estudiado o analizado como un elemento negativo del tipo objetivo de la tentativa, la impunidad del autor que desiste se extiende hasta los partícipes; no sucede esto en cambio si es estimado el desistimiento, como mayoritariamente sucede en Alemania, como una causa personal de supresión de la pena o como una especie de excusa legal de carácter absolutorio.

4. De manera deliberada el mismo artículo 27 del Código Penal de 2000 introdujo en su inciso segundo la figura del *desistimiento fracasado o malogrado*, por lo menos en su modalidad *impropia*; institución que, por supuesto, de manera alguna puede conducir a desorientación o confundirse lisa y llanamente con el desistimiento tradicional, voluntario y eficaz, del que hasta ahora hemos venido hablando. En efecto, el citado artículo dispuso en el mencionado inciso que, “cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo”.

Aquí la situación por tanto es ciertamente diferente y completamente distinta a lo que sucede en los eventos de desistimiento puro y tradicional. Pues si

⁴ Cfr., VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1994, pág. 531.

bien el sujeto de forma voluntaria realiza todos los esfuerzos necesarios para impedir la realización completa del tipo penal, esto último no sucede pero por razones o circunstancias *ajenas* a su propia voluntad, imputables por lo mismo a factores de carácter o de orden eminentemente externo. Como sostiene Muñoz Conde: “La impunidad del desistimiento voluntario supone que la consumación del delito no se produzca. Muchas veces no hay ningún problema en la evitación del resultado porque esto está en relación directa con la voluntad del sujeto —así la consumación de la violación— o porque el autor domina con su voluntad totalmente el proceso causal —desiste de rematar con un golpe de hacha a la víctima caída en el suelo—. Pero otras veces, una vez comenzados los actos de ejecución del delito, el curso causal se escapa de la manos del autor y éste no puede impedir, aun queriéndolo, que el resultado prohibido se produzca”⁵.

La anterior precisión, que claramente apunta a distinguir entre el desistimiento tradicional y el desistimiento fracasado, importa toda vez que con ocasión de lo estipulado en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000 se ha llegado a sostener que lo que allí se reguló fue el desistimiento que dice relación a la tentativa concluida o acabada, también denominado como arrepentimiento activo, en cuyo evento el sujeto, como ya lo advertimos con anterioridad, está obligado necesariamente a contrarrestar el curso causal por él ilícitamente puesto en marcha, no siendo suficiente por lo tanto con el mero abandono del suceso, como sí puede ocurrir en cambio y es ya suficiente para lograr la impunidad en los casos de tentativa simple o inacabada.

Al efecto, para corroborar la confusión creada por el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000, destáquese simplemente lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación: “Esta norma desconoce ostensiblemente la dogmática del desistimiento, por varias razones: 1. Para que exista desistimiento, es necesario que el agente tenga el control sobre la situación de peligro; es decir, que el desistimiento de consumir el delito es válido, cuando la posibilidad de evitar la consumación está en su propia decisión y no en circunstancias ajenas a su voluntad. No puede haber desistimiento, cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto, porque uno de sus elementos es la revocación voluntaria del peligro. 2. Salvo los casos del fracaso reparable, la doctrina ha sostenido que no puede haber

⁵ MUÑOZ CONDE. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972, pág. 114.

desistimiento cuando la tentativa ha fracasado, y por ende se ha extinguido totalmente el riesgo para los bienes jurídicos. Ejemplo: si alguien va a disparar sobre otro y el revólver definitivamente no funciona —la tentativa fracasó por circunstancias ajenas a la voluntad— ya no cabe el desistimiento. No podría aceptarse la exoneración de responsabilidad o la disminución de pena en estos casos, porque sólo se puede desistir de una acción que todavía tiene una posibilidad de éxito. Con razón dice Günther Jakobs que, ‘... sólo en la medida que el autor domine todavía con seguridad, de acuerdo con su plan, todos los riesgos generados por encima del nivel permitido, puede quedar completamente exento de pena, modificando —voluntariamente— la orientación de su conducta...’. 3. Desde el punto de vista de la Política Criminal, la llamada teoría del ‘puente de plata’ explica el fundamento de la exoneración de responsabilidad —al menos por el delito que se trataba de cometer— en el desistimiento. Se afirma que para motivar al infractor a que finalmente evite la lesión del bien jurídico, se le tiende un puente que consiste en no imponerle una pena, si desiste voluntariamente de consumir el delito. Si ésta es una de las justificaciones políticas de la figura, no vemos la razón para que el desistimiento genere simplemente una disminución punitiva”⁶.

Sin embargo, como ya se ha advertido, una cosa es el desistimiento voluntario y eficaz de que trata el inciso primero del artículo 27 del Código Penal de 2000, y otra bien distinta el desistimiento voluntario e ineficaz (fracasado o malogrado) finalmente disciplinado en el inciso segundo de esta misma disposición. Mientras que en el primero el sujeto logra evitar la realización del riesgo incrementado de forma jurídicamente desaprobada, en el segundo, pese a su voluntad y a su esfuerzo serio y necesario desplegado en tal sentido, no alcanza todavía a obtener dicho cometido. Insístase, “con la expresión ‘desistimiento malogrado’ se alude al problema que plantean aquellos supuestos en los que el sujeto, una vez realizados todos o parte de los actos ejecutivos y antes de la producción del resultado, abandona su voluntad delictiva, esforzándose infructuosamente en la evitación del resultado”⁷.

5. Hecha la anterior distinción entre el desistimiento tradicional del inciso primero del artículo 27 del Código Penal y el desistimiento fracasado o malogrado del inciso segundo de esta misma disposición, es pertinente ahora escudriñar

⁶ *La reforma al sistema penal, Comentarios de la Procuraduría General de la Nación*, Bogotá, 1999, págs. 46 y 47.

⁷ MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pág. 7.

los antecedentes que motivaron o que originaron la introducción de esta última figura en el Código Penal de 2000.

A este único efecto, digamos pues que conforme al inciso 2 del párrafo 1 del artículo 24 del StGB, se tiene que “si son varios los partícipes en el hecho, entonces no se castigará por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación del hecho”. “Sin embargo –continúa la norma en el aspecto que aquí nos interesa–, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando este no se consume sin su intervención o se haya consumado independientemente de su anterior aporte al hecho punible”. Así mismo, para este mismo propósito, cabe también invocar el contenido del numeral 3 del artículo 16 del Código Penal español de 1995, en donde textual y literalmente se establece que “cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o *intenten* impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

En consecuencia, como con meridiana claridad se puede advertir, en estas dos legislaciones foráneas se establece efectivamente la institución del desistimiento fracasado de que trata el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal colombiano de 2000. Esto ciertamente viene a ser así, aunque con una particularidad superlativamente trascendental, por cuyo intermedio se da una evidente diferencia con el caso colombiano: lo mismo en Alemania que en España este tipo o modalidad de desistimiento igualmente exonera de la imposición de la sanción penal, similar a como sucede en el caso del desistimiento voluntario y eficaz o simplemente tradicional.

Estas disposiciones acabadas de referenciar, sin duda, vienen a constituir por ende el origen del inciso segundo del artículo 27 de nuestro actual Código Penal. Aunque en honor a la verdad, y siendo mucho más exactos, el Código Penal colombiano sólo dice relación expresa a la modalidad de desistimiento malogrado “impropio”, esto es cuando el resultado no se produce pero por circunstancias ajenas a la propia voluntad del agente, quien de todas formas y según exigencia legal ha debido realizar todos los esfuerzos necesarios para impedir o evitar la realización del peligro ilícitamente por él incrementado. Lo acabado de sostener significa que existe por consiguiente una modalidad de desistimiento fracasado denominada como “propia”, modalidad esta última no reglamentada manifiestamente en el Código Penal y que consiste en que el delito efectivamente alcanza su etapa de consumación o simplemente el re-

sultado se produce, no obstante el sujeto haber hecho todo lo necesario para que esto último no sucediera.

De esta suerte, la diferencia o distinción entre una y otra modalidad de desistimiento malogrado no radica tanto en el esfuerzo que por controlar y por evitar la realización del riesgo lleva finalmente a cabo el sujeto que en un principio quería la realización completa de la descripción típica. En ambos casos, en efecto, este componente es completamente el mismo, con la precisión que no es suficiente en estos supuestos de desistimiento malogrado con la mera actitud de abandonar o interrumpir el resto de la ejecución del plan criminal, pues cuando la norma habla de realizar todos los esfuerzos necesarios para impedir la producción del resultado, está exigiendo, justo como acontece en la tentativa acabada, el empleo o despliegue de una actividad que neutralice el suceso ya desencadenado. Esto desde luego vale por igual para la tentativa simple que para la tentativa finalizada.

Por lo tanto, la diferencia entre el desistimiento fracasado impropio y el desistimiento fracasado propio radica más bien y por sobre todo a nivel de la consumación o producción o no del resultado que por intermedio de la norma penal pretendía ser evitado. Si, pese al esfuerzo serio del agente por impedir la perfección del injusto, esto último se da, pero por circunstancias ajenas o externas a su propia voluntad, se hablará entonces de desistimiento fracasado impropio. Si, en cambio, la consumación o realización del riesgo de todas formas sucede, se dirá en consecuencia que se está en presencia de un desistimiento fracasado o malogrado propio.

Ambas modalidades de desistimiento malogrado, como se viene de ver, y contrario a lo que sucede en el caso colombiano, están ciertamente reglamentadas en los códigos penales alemán y español, aunque en este último la situación es notoriamente mucho más confusa y por ello mismo bastante discutible.

6. Como ya fue oportunamente destacado y anticipado, sucede que en el Código Penal de 2000 el legislador colombiano decidió que cuando se fracasa en el desistimiento “impropio” hay lugar apenas a una atenuación de la pena de carácter obligatorio. En los códigos alemán y español, por el contrario, esta figura permite acceder al beneficio de la impunidad completa, igual a como sucede en el caso tradicional del desistimiento clásico o abandono del plan criminal voluntario y afortunadamente eficaz.

De lege ferenda, para solucionar satisfactoriamente estos supuestos de desistimiento fracasado, especialmente en lo que respecta a la modalidad de desistimiento malogrado propio, mayoritariamente se ha propuesto por la doc-

trina la punibilidad o sanción por delito doloso consumado. Al efecto se sostiene que el “autor realiza los actos objetivamente necesarios para la causación del resultado —coloca la bomba con su detonador para que ésta explote a la hora prevista— de los que cabe deducir la concurrencia del tipo subjetivo doloso, conoce que actuando de esa manera se puede producir la muerte o lesión de algún viandante, y de hecho lo quiere dado que lleva a cabo la acción según el plan previsto, creando, en definitiva, un riesgo para el bien jurídico tutelado, riesgo de todo punto de vista idóneo para la producción del resultado lesivo, resultado que efectivamente llega a producirse y del que no sólo cabe decir que se halla causalmente vinculado a su acción, sino que además puede imputársele de acuerdo con el juicio de imputación objetiva: crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado lesivo efectivamente producido y que además se halla dentro del ámbito de protección de la norma”⁸.

En el mejor de los casos, simplemente se sostiene que se trataría de un caso de culpabilidad atenuada o reprochabilidad disminuida. Aunque también se suele acudir con bastante frecuencia a la atenuante punitiva que por arrepentimiento se consagra en los diferentes códigos penales, quedando incólume de todas formas la sanción por delito perfecto o consumado. Es esta última la solución propuesta, por ejemplo, por Martínez Escamilla para los supuestos en que el autor ha realizado, a sabiendas, todos los actos ejecutivos e idóneos para la normal producción del resultado, los cuales diferencian de aquellos eventos en los cuales el sujeto cree erróneamente que aún no ha realizado todos los actos necesarios para alcanzar la consumación.

Sea lo uno o lo otro, se cuestiona con razón y contundentemente que esta solución soslaya el intento serio por contrarrestar el dolo a través o por intermedio del cambio de la voluntad inicial, de suerte que no atiende y no responde por igual a todos los grados, momentos o etapas del *iter criminis*. Esto sin contar que, sancionar por delito doloso consumado en este tipo de supuestos, equivaldría a una especie de punición por la producción del mero resultado, situación mejor conocida en materia penal como principio del *versari in re illicita*⁹.

A lo anterior se suma que la atenuante por arrepentimiento —cuando se acude a ella para solucionar satisfactoriamente estos supuestos— está diseñada de

⁸ MAITE ÁLVAREZ VIZCAYA, “El desistimiento idóneo fracasado”, En ADPCP, 1996, pág. 880.

⁹ Por todo, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972, págs. 147 y 148.

forma excluyente para aquellos eventos en los cuales el sujeto sencillamente intenta reparar el daño o hacer menos graves las consecuencias jurídicas derivadas del ilícito, es decir que esta atenuante punitiva está confeccionada sólo para situaciones sucedidas con posterioridad a la realización típica. Así mismo, se señala que el cambio en la voluntad del agente para nada afecta la culpabilidad o responsabilidad del sujeto, no siendo posible acudir tampoco a un menor juicio de reproche, tratándose más bien de un auténtico problema que compete solucionar a nivel del injusto penal¹⁰.

7. Las anteriores críticas han motivado que se procure o que se acuda a otras soluciones a través de las cuales se reconozca el menor grado de injusto que sin duda representa el desistimiento fracasado propio. En esta definida línea de pensamiento se ha ensayado por ejemplo la punibilidad por delito culposos o imprudente. A tal efecto se aduce que durante la modificación del elemento de la intencionalidad, cuando el autor realiza todos los esfuerzos serios y necesarios para evitar la producción del resultado, actúa negligentemente y es por ello que no logra su encomiable cometido final. Así las cosas, el sujeto se equivoca, de forma evitable, sobre el curso causal que rige las riendas el suceso, equivocación considerada como esencial y por lo mismo de carácter relevante dentro de este nivel de imputación penal.

Que se trata de un error inesencial e intrascendente sobre el curso causal existente entre la acción y el resultado, y que de todas formas esta solución fragmenta la verdadera forma como sucede el hecho, son las dos objeciones que con más fuerza ha tenido que soportar esta segunda opinión. La primera se explica afirmando o sosteniendo que en el desistimiento fracasado la valoración jurídica del hecho no sufre ningún tipo de cambio ni modificación, no entendiéndose entonces la razón o el motivo por el cual se trataría de un error esencial sobre el nexo de causalidad. Esto, en el hipotético caso de que en verdad se tratara de un error sobre el curso causal, lo cual de entrada es también puesto en duda por los contradictores de esta solución¹¹.

El segundo reproche proviene de una fundamentación ostensiblemente insalvable, consistente en que esta propuesta sólo valora la voluntad de abandonar el injusto y hace a un lado la voluntad inicial de consumación, la cual, en este orden de ideas, para nada es tenida en cuenta. No es lo mismo que el sujeto imprudentemente, por violar el deber objetivo de cuidado, determine la realización de un resultado típico, a que inicialmente lo haya querido de forma

¹⁰ ÁLVAREZ VIZCAYA, op. cit., págs. 181 y 182.

¹¹ Ídem, págs. 882 y 883.

dolosa y con posterioridad, por falta de diligencia debida, definitiva y desafortunadamente no haya podido evitarlo. De allí que ambos supuestos no puedan ser solucionados de la misma manera, imponiéndose por consiguiente un tratamiento diferenciado¹².

Por lo demás, esta concepción parece no estar pensada para sistemas como el colombiano, en donde la culpa y la preterintención, según lo normado en el artículo 21 *in fine* del Código Penal de 2000, sólo son punibles de forma excepcional, en aquellos casos o eventos que expresamente ha señalado el propio legislador, de forma que la sanción atenuada apenas sí se aplicaría en relación y con respecto a unos pocos delitos que admiten la modalidad culposa o imprudente.

8. Muñoz Conde ha propuesto una solución para la modalidad de desistimiento fracasado propio que podríamos perfectamente denominar como intermedia: “El desistimiento malogrado debe ser sancionado castigando por delito frustrado o intentado con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga en concurso con el delito consumado culposo”¹³.

Para los supuestos de consumación anticipada, es decir aquellos en los cuales el autor desiste antes de realizar todos los actos que creía necesarios para la consumación, consumación que para entonces ya se ha alcanzado, MARTÍNEZ ESCAMILLA propone, desde los fundamentos del error, la sanción por delito tentado —aplicando analógicamente la atenuante por arrepentimiento— en concurso eventual con delito culposo¹⁴.

De esta forma, mediante las reglas del concurso de conductas punibles, jurídicamente se valora de manera íntegra y completa todos los grados o etapas que acompañaron al suceso criminal: subjetivamente se valora desde la intención dolosa inicial del agente, hasta su voluntad final consistente precisamente en evitar la realización del riesgo jurídicamente incrementado de forma ilícita; y objetivamente se estima desde la primigenia puesta en peligro o en riesgo para el bien jurídico tutelado, hasta su efectiva e inevitable lesión como expresión inequívoca de la perfección del delito consumado o realización completa del tipo penal.

¹² MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, págs. 151 y 152.

¹³ *Ibidem*, pág. 152.

¹⁴ *El desistimiento*, págs. 84 y ss.

En estricto rigor dogmático, sin duda que, al menos de *lege ferenda*, esta parece ser la mejor fórmula de solución para la modalidad propia de los eventos de desistimiento fracasado, salvo en lo que respecta a la atenuante por arrepentimiento u otra análoga pues aquí, en estas atenuantes, en nada se afecta el contenido del injusto. Esto, como quiera que normativamente esta fórmula de solución no sólo atiende satisfactoriamente a todos los momentos o fases del punible sino que por lo demás, ya en términos punitivos, conlleva a la imposición de una sanción justa para este tipo de supuestos, en los cuales como es fácil advertir, existe un menor injusto al sobrevenir una intención que aminora los efectos del desvalor de acción o que trata de neutralizar el incremento del riesgo jurídicamente desaprobado para el respectivo bien jurídico, quedando intacto desde luego lo atinente al desvalor de resultado o realización plena del mencionado riesgo¹⁵.

Incluso, hablando ya en términos de política criminal, la propuesta de Muñoz Conde resulta digna de estimación y de ser tenida seriamente en cuenta, pues el menor grado de injusto, justamente, aconseja que la pena no sea la misma que está establecida para el delito perfecto o consumado. O como lo sugiere este mismo autor: “La impunidad total sólo la merece aquel que, además de desistir voluntariamente, elimina por completo la situación de peligro creada. Cuando no se cumple este último requisito, como sucede en los casos del desistimiento malogrado, el desvalor de las formas imperfectas de ejecución no se ha anulado totalmente, la punibilidad de la tentativa o frustración sigue, por consiguiente, existiendo”¹⁶.

9. En el Código Penal de 2000 no se consagró de forma explícita la figura del desistimiento malogrado “propio”. Como ya lo anticipábamos, en el inciso segundo del artículo 27 del citado estatuto se reguló única y exclusivamente la modalidad “impropia”, esto es, cuando el resultado de todas formas no se produce pero por circunstancias ajenas o factores extraños no imputables al propio agente que ha realizado todos los esfuerzos necesarios para su evitación. O como dice la norma: “cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del

¹⁵ De criterio parecido, ÁLVAREZ VIZCAYA, “*El desistimiento idóneo fracasado*”, en *CDPCP*, 1996, pág. 90, aunque sostiene que, siendo la mejor de todas, no le parece “totalmente satisfactoria” la solución de MUÑOZ CONDE.

¹⁶ *El desistimiento*, pág. 152.

máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

Por este camino se terminan sancionando, aunque con penas atenuadas, eventos en los cuales el riesgo no alcanza su plena realización. Pues aquí el resultado, se repite, no se produce, aunque ello en verdad sucede por factores externos a los esfuerzos que en el mismo sentido ha desplegado el propio autor. Dicho en otros términos: se termina sancionando un supuesto en el cual los desvalores de acción y de resultado, durante el curso mismo de los acontecimientos, son contrarrestados por la realización del esfuerzo serio por evitar la consumación, el primero, y por la no producción del resultado por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, el segundo.

Lo anterior, en nuestro sentir, no parece por entero o completamente satisfactorio. O por lo menos no de cara al principio de responsabilidad subjetiva establecido en el artículo 12 del C.P., por más que la pena evidentemente debe ser atenuada o rebajada. Esto, ya que la solución necesariamente vendrá a depender o a estar condicionada por un criterio de mero albur: si el resultado no se produce porque el sujeto logra evitarlo, se reconoce como es apenas obvio la impunidad total correspondiente al desistimiento tradicional; pero si, en cambio, la inconsumación se explica porque un factor externo se adelantó, se impone una pena, así la misma sea mucho más leve que la establecida para el delito tentado.

En consecuencia, de *lege lata* podría intentarse una solución que tenga en cuenta criterios de política criminal, acudiendo por ejemplo a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales, así como a los fines de prevención general y especial de la pena. De esta manera, proponemos que la conducta debe quedar impune en aquellos eventos de desistimiento fracasado “impropio” en que por razones de prevención general y especial no se haga menester imponer la sanción atenuada de que trata el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, o cuando la sanción resulte innecesaria, desproporcionada o irrazonable a los fines político criminales del sistema, en especial con respecto a la protección de los llamados bienes jurídicos¹⁷.

¹⁷ Proponiendo la impunidad, aunque condicionada a si persiste o no delito remanente, VELÁSQUEZ, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002 pág. 438: “se debe hacer una distinción depen-

10. Finalmente, y conforme a lo que se viene de proponer, debemos concluir que la punibilidad atenuada consagrada en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal queda reservada para los supuestos de desistimiento fracasado “propio”, esto es, aquellos eventos en los cuales el resultado sí se produce, pese a los esfuerzos necesarios y voluntarios en sentido contrario desplegados o realizados por el autor¹⁸. Lo anterior, ya que en estos casos existe un menor injusto, por menor desvalor de acción, y por lo mismo se demanda o se exige una menor punibilidad.

En resumen, la sanción atenuada del inciso segundo del artículo 27 del Código Penal de 2000 debe operar o ser aplicada únicamente en relación con los eventos de desistimiento fracasado “propio”. Con esta misma lógica, la impunidad parece ser, en términos de política criminal, la mejor solución para las hipótesis de desistimiento fracasado “impropio”. Obviamente, el desistimiento tradicional se debe regir por las reglas del inciso primero de la norma en cuestión, pues esto último en nada varió en relación con lo normado en el artículo 22 del derogado Código Penal de 1980.

De todas formas, sería pertinente que el propio legislador optara por la modificación de la norma —nos referimos al inciso segundo— a efectos de evitar la confusión que alrededor de ella existe y de la cual mínimamente hemos dado cuenta en el presente estudio. Máxime cuando la solución literal de la disposición en comento no parece ser la más lógica ni la más justa, amén que está diseñada para una única modalidad del desistimiento fracasado o malogrado, no pudiéndose resolver de la misma manera supuestos que dogmática y político criminalmente son a todas luces bastante distintos y que por lo mismo demandan una lógica distinción de trato en términos estrictamente punitivos.

diendo de si la modalidad de desistimiento malogrado prevista deja o no subsistente un delito remanente; por supuesto, si no hay delito remanente lo correcto es predicar la impunidad en el actuar del agente (autor o partícipe), tal como sucede en la tentativa desistida ordinaria cuando se presenta la misma situación, pues él no ha realizado ninguna conducta punible; en cambio, si subsiste delito remanente la pena imponible es la señalada en el inciso 2º, esto es, la establecida en la ley para la conducta consumada disminuida en la proporción allí objetada que, ciertamente, en algunos casos puede ser inferior a la imponible por el delito remanente, lo cual es apenas explicable desde el punto de vista criminal porque aquí se busca tratar de manera más benigna a quien desiste y así muestra especial empeño en evitar la consumación”. La solución propuesta por este autor, en el sentido de diferenciar si persiste o no delito remanente, es también acogida por al Sala Penal de la Corte en sentencia de 17 de julio de 2003, radicado 18.768.

¹⁸ De este mismo parecer VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual*, pág. 436.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite. "El desistimiento idóneo fracasado", en ADPCP, 1996.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico. "Derecho Penal, Parte General", 2ª ed. Bogotá, Temis, 1986.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. "Derecho penal fundamental", T. II., Bogotá, Temis, 1989.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "El desistimiento en derecho penal". Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "El desistimiento voluntario de consumir el delito". Barcelona, Bosch, 1972.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. "La reforma al sistema penal, Comentarios de la Procuraduría General de la Nación". Bogotá, 1999.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. "Tipicidad" En *Obras completas*, V. I., Bogotá, Temis, 1998.
- VELÁSQUEZ V., Fernando. "Derecho penal". Bogotá, Temis, 1994.
- _____ . "Manual de derecho penal". Bogotá, Temis, 2002.