

Cartagena, 6 de enero de 2019

Actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa

Preparatory acts and execution in attempt

Santiago Vásquez Betancur¹

Abstract

This paper has as purpose to clarify what the preparative acts and the execution in attempt are, which will be done from a critical review of the state of the art on the concept of the attempt, its kinds, the *Iter Criminis*, and will end with the study of the dogmatic theories that establish the criteria that seek to find answers to settle the differences between the preparatory acts (not punishable) and those of execution (punishable), a difference that will have as a final focus the concretion of the real and certain risk to the protected legal good.

Keywords: attempt, dolus, concrete risk, concretion of the risk, criminal policy, result, crimes of danger

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa, labor que se hará a partir de una revisión crítica del estado del arte sobre el concepto de la tentativa, sus clases, el *Iter Criminis*, y finalizará con el estudio de las teorías dogmáticas que establecen los criterios que buscan decantar puntos de solución que permitan zanjar las diferencias entre los actos previos (no punibles) y los de ejecución (punibles), diferencia que tendrá como enfoque final la concreción del riesgo real y cierto al bien jurídico tutelado.

Palabras clave: tentativa, dolo, peligro concreto, concreción del riesgo, política criminal, resultado, delitos de peligro

Recibido: 7 de octubre de 2018

Aceptado: 30 de diciembre de 2018

¹ Abogado de la Universidad del Cauca, Especialista en Instituciones Jurídico Penales y Magíster en Derecho con Profundización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia, investigador junior, asesor y fiscal de extinción del derecho de dominio de la Fiscalía General de la Nación. Correo: santiagovasquez@unicauca.edu.co

I. Introducción

Ahondar en el estudio de los actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa es un tema de especial interés en la dogmática penal que implica analizar los componentes materiales del derecho penal y hacer una revisión del estado del arte de este tema. Para ello, se debe indicar de manera inicial y acogiendo una línea liberal de pensamiento que el Derecho Penal es un instrumento de *última ratio* de control social regido por los principios de subsidiariedad, protección de bienes jurídicos y de fragmentariedad; lo anterior, con el propósito de acoger una postura dialéctica que implique un uso racional y mesurable del poder punitivo del Estado.

Necesario es precisar que el Estado, en su función de cohesión social, delimita continuamente los fundamentos teleológicos y marcos regulatorios del ejercicio, fines y alcances del *ius puniendi*, precisa los delitos y las penas, y la determinación de las esferas de protección objeto de tutela jurídico penal, cuyo último referente son la dignidad humana, igualdad material y la favorabilidad de la Ley penal.

Véase que la legislación penal sustantiva y adjetiva buscan salvaguardar condiciones mínimas de convivencia por los asociados dentro de un Estado, estableciendo puntuales bienes jurídicos y tipologías delictivas que responden a necesidades sociales concretas, las cuales son seleccionadas a partir de una valoración por el órgano legislativo del Estado. En esta línea, señala Beccaria que es el legislador el único autorizado para configurar bienes jurídicos,² últimos que comprenden los injustos penales.³

Ahora bien, el Código Penal tiene dos facciones: una parte general que suministra derroteros de aplicación a todo el estatuto y una parte especial que describe las conductas punibles. En punto del tema de la tentativa, éste nos lleva a precisar que no estamos en presencia de un delito consumado y, por ende, resulta necesario acudir de manera simbiótica a la parte general de la legislación penal, escenario donde se encuentra este dispositivo amplificador de la conducta sancionada penalmente.

El delito de tentativa no es un asunto moderno o contemporáneo. Destáquese que, en el Derecho Romano, se hacía la distinción entre "*flagitium perfectum* y *flagitium imperfectum*" (delito perfecto e imperfecto),⁴ también este instituto fue objeto de referencia en las Catilnarias de Cicerón, en las Leyes de Platón,⁵ en la Ley de las XII tablas, en la Lex Gabina, en la edad media y, principalmente en Italia, se describió como "*cogitare, agere ded non perficere*", esto es "*proyectar, hacer pero no terminar*" y se penaba en un *quantum* menor tal como ocurre en nuestros días; incluso se tomaba en cuenta la tentativa inidónea y el desistimiento. Se menciona también en la *Constitutio Criminalis Carolina* (Lex Carolina) de 1532 en el artículo 178 y, finalmente, el italiano *Andrea Alciato*,

² Cessare Beccaria, *Tratado de los Delitos y las Penas* 61 (Brasil: Editorial Heliasta S.R.L. ed. 1993).

³ Véase Juan Fernández-Carrasquilla, *Derecho Penal Parte General, teoría del delito y la pena* 1-30 (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012). Se precisa que, en sentido amplio, el injusto equivalente a hecho delictivo, el cual hace relación a que cuando se han realizado todos los elementos – objetivos y subjetivos – de la descripción típica contenida en la primera parte de la ley incriminadora y se ha lesionado o creado el riesgo de lesionar el bien jurídico respectivo, sin justa causa y sin excusa de responsabilidad.

⁴ Edmund Mezger, *Derecho Penal. Parte General* 276 (Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958).

⁵ Véase Platón, *Las Leyes* 238 (México: Editorial Porrúa, 2008): la "*intención de matar a un ciudadano yerra el golpe y no hace más que herirle, no merece más gracia ni compasión ya que su intención fue matarle... y podrá ser acusado ante el tribunal como homicida.*"

determinó los pasos del *iter criminis* como lo que está en camino y el delito como la meta (*conatus, remotus, propincus y el proximus*).⁶

Como señalaba Birnbaum, penar un delito tentado envuelve constatar que los actos ejecutivos vulneren efectiva y realmente un bien jurídico.⁷ A ello subyace, por ende, la no criminalización de la fase interna del itinerario criminal (ideación, deliberación y resolución de una idea criminal), aspecto que se corresponde con la *doctrina francesa (Le Commencement D'exécution)*, acogida en el Código Criminal Francés de 1810 y el principio *Cogitationis Poenam Nemo Patitur*. En esa medida, nadie puede sufrir pena por el pensamiento que tenga o las ideas que exprese.

Pasemos ahora a tratar los siguientes temas: i) concepto de la tentativa; ii) clases de tentativa, iii) el *Iter Criminis*, y iv) la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos.

II. Concepto

La Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, ha señalado de manera pacífica que la tentativa supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *Iter Criminis* correspondientes a la ideación, preparación y comienzo de ejecución del delito, sin alcanzar la consumación de mismo y, desde luego, el agotamiento.⁸

De manera dogmática, en la modernidad, el estudio de la tentativa se da a partir del *finalismo*, dado que el sistema *causalista o clásico* no explicó la figura, en razón a que la acción se vinculaba de forma inescindible a la denominada “*enervación muscular*” que debía tener toda conducta para ser reputada como tal. Sin embargo, la tentativa involucra una acción que apunta a un resultado elegido previamente y a una *infracción normativa* que lesiona un bien jurídico, esto es, se requiere de un juicio valorativo y no meramente un proceso causal.

Constituye la tentativa una ampliación del tipo penal. En este caso, la ley penal no cierra la tipología delictiva, por tanto, constituye una verdadera atenuación o morigeración al principio de legalidad, último que impone al Estado el deber de “*describir y prescribir el comportamiento injusto de manera inequívoca, expresa, clara, cierta y previa.*”⁹

Se denomina también delito imperfecto o conato (*Conatus*)¹⁰ y tiene como objetivo evitar que conductas punibles que no alcanzaron el estadio de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no queden en la impunidad.¹¹ Ello quiere decir, desde un punto dogmático, que este instituto no muta o cambia los elementos fundamentales de la conducta punible,¹² pues

⁶ Adrián González Hernández, *Naturaleza jurídica de la tentativa* (2002) (tesis de maestría, Universidad Autónoma de Nuevo León).

⁷ Véase Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual, *Lecciones y Ensayos*, n.º 86, 187-211 (2009). Aquí se indica que Birnbaum, en 1834, refirió que el objeto de protección del derecho penal no son derechos subjetivos sino bienes jurídicos.

⁸ *Sent. del 1 de octubre de 2014*, Sala de Casación Penal de la C.S.J. Véase también, *Sent. 25974 del 8 de agosto de 2007*, Sala de Casación Penal de la C.S.J.; y *Sent. 36331 del 7 de noviembre de 2012*, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

⁹ Mario Salazar Marín, *Teoría del Delito* 381 (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2007).

¹⁰ Véase Yesid Reyes-Alvarado, *El Delito de Tentativa* (Buenos Aires: Editorial B de f, 2016), [Reyes, Delito de tentativa]. La Palabra *Conatus* fue indicada por primera vez en *Las Catilinarias*, para indicar el intento de homicidio que sufrió Cicerón.

¹¹ *Sent. del 17 de julio de 2013*, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹² *Sent. del 7 de noviembre de 2012*, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

su consolidación dice reflejo de aquellas figuras típicas consagradas en la parte especial del estatuto penal, razón por la cual se la ha catalogado como *dispositivo amplificador del tipo*.¹³

De manera general, la tentativa tiene como característica esencial que el resultado buscado por el agente no se produce por causas ajenas a su voluntad y la modalidad de la conducta es necesariamente dolosa, resultando un despropósito jurídico hablar de delito tentado por culpa o preterintención frente a nuestra ley positiva.¹⁴

Cuando hablamos de delito tentado se enlaza de manera paralela distinguir lo punible de lo no punible. Así por ejemplo, no son punibles: i) la confección de la idea criminal, ii) los pensamientos con el propósito de delinquir y iii) los actos preparatorios, salvo que la ley por adelantamiento penal tipifique determinados actos preparatorios como punibles (concierto para delinquir -artículo 340 del Código Penal-, la instigación pública a delinquir -artículo 348 del mismo estatuto-, la tenencia, fabricación, tráfico de sustancias u objetos peligrosos -precepto 358 ibídem-, el tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares -norma 362 ibídem-, o la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones del artículo 366 del código de las penas). No obstante, los adelantamientos penales descritos implican una exteriorización para predicar el tipo penal.

La no punibilidad de determinadas conductas que obedecen a la fase interna del sendero criminal, obedece, de manera categórica, al principio "*Cogitationen Poenan Nemo Patitur*" que revela que no bastan los actos internos como elementos psíquicos de la acción, sino que se requiere de la exteriorización de la conducta en el mundo objetivo-real, con el fin de poder penalizar un adelantamiento delictivo, como se señala en sede de Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "*requiriendo del cumplimiento de secuencias entrelazadas entre sí, conjugando elementos subjetivos y objetivos que se correlacionan a fin de que el Iter Criminis en fase ejecutiva cobre relevancia jurídico penal.*"¹⁵ Ahora bien, cuando el acto se ha exteriorizado y constituye un paso ejecutivo, el mismo debe incorporar adjetivaciones adicionales, como es la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, integradas todas dialécticamente en sus componentes objetivo-subjetivos.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, ha indicado que la conducta debe ser idónea, entendida como lo adecuado o apropiado para la consecución de un fin o propósito, de modo que los actos ejecutivos desplegados deben tener la capacidad o potencialidad efectiva, real y cierta de lograr la consecución del resultado. Esto es, hablamos de la *aptitud del acto* y no del medio,¹⁶ por ejemplo, con un pañuelo al parecer inofensivo se puede ahorcar a una persona y generarle la muerte; de otra parte, cuando el acto carezca de tal connotación, como querer matar a una persona con un jugo de guanábana, la tentativa es tenida por imposible o inidónea y no será punible, salvo que aquellos actos previos a la ejecución constituyan infracciones penales autónomas. Por otro lado, *acto inequívoco será aquel incontrovertible o incuestionable para alcanzar la consecución del resultado típico pretendido*,¹⁷ cuando la conducta no se traduce en actos que tengan la *potencialidad suficiente para la obtención del resultado propuesto, no es*

¹³ Sent. del 29 de octubre de 2001, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹⁴ Sent. del 22 de octubre de 1997, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹⁵ Sent. del 23 de enero de 2008, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹⁶ Sent. del 26 de julio de 1992, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹⁷ Sent. del 14 de septiembre de 2015, Sala de Casación Penal de la C.S.J. Véase también Radicado n.º 35780 del 14 de septiembre de 2015, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

*posible hablar de tentativa.*¹⁸ Bajo estas premisas, la idoneidad e inequívocidad no son sinónimos, pero están en íntima relación sustancial.¹⁹

A su turno, sea de anotar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó que es posible la tentativa con dolo eventual,²⁰ estrechó tanto la “*doctrina extranjera admite la tentativa con dolo eventual y en efecto que así lo es,*²¹ también es del caso recordar que la nacional por igual lo reconoce,²² e, incluso, la Sala, al conocer de un caso que recogía un supuesto de hecho semejante al que aquí concita la atención,²³ no la descartó.”²⁴

En síntesis, podemos despejar los siguientes elementos estructurales y características del delito imperfecto, así:

- i) Es una conducta dolosa.
- ii) Implica determinar actos de ejecución, que hacen parte del *Iter Criminis*.
- iii) Requiere desplegar actos idóneos e inequívocos para producir el resultado.
- iv) No existe consumación del itinerario criminal por causas ajenas o concomitantes a la voluntad del agente.
- v) Su ejecución debe poner en peligro de manera real, efectiva, cierta y concreta el bien jurídico objeto de tutela.
- vi) El peligro debe ser real, efectivo, cierto y concreto sea imputable al agente.
- vii) Es una figura de extensión de la responsabilidad penal que implica comprobar una vulneración a un deber específico de actuación.
- viii) Es un dispositivo amplificador del tipo dispuesto en la parte general del Código Penal.

III. Clases de tentativa

Oportuno es señalar que la doctrina y la jurisprudencia han precisado que existen varias clases de tentativa.²⁵ Por ejemplo, en el Código Penal de 1936, se distinguía la tentativa acabada,

¹⁸ Sent. del 15 de marzo de 1988, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

¹⁹ Sent. del 8 de agosto de 2007, Sala de Casación Penal de la C.S.J. Salvamento de Voto de Alfredo Gómez Quintero.

²⁰ Sent. del 27 de junio de 2018, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

²¹ Pero véase, e.g., María Rosa Moreno-Torres Herrera, *Tentativa de delito y delito irreal* 216 (Barcelona: Tirant Lo Blanch, 1999); Marco Antonio Terragani, *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales* 135 (Santa Fé: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009); Adrian Marcelo Tenca, *Dolo eventual* 220 (Buenos Aires: Astrea, 2010); Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal, parte general* 788 (Buenos Aires: Ediar, 2000).

²² Pero véase, e.g., Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal, parte general* 771 (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), [Fernández, Derecho Penal]; Reyes, Delito de tentativa, *supra* nota 10 en 249; Fernando Velázquez Velázquez, *Derecho Penal, parte general* 958 (Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2009), [Velázquez, Derecho Penal].

²³ Sent. del 18 octubre de 2011, Sala Plena de la C.S.J., Rad. n.º 13869.

²⁴ Sent. del 27 de julio de 2018, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 49158.

²⁵ Sent. del 23 de septiembre de 2009, Sala de Casación Penal de la C.S.J. Véase también Rad. n.º 36331, Sala de Casación Penal de la C.S.J.

inacabada, imposible o inidónea y la desistida; el estatuto penal de 1980 sólo aparejaba las dos primeras; y la Ley 599 de 2000 consagró tres clases que son la tentativa acabada, la inacabada y la desistida.

a. Tentativa simple o inacabada

Es aquella en la que la ejecución de la conducta delictiva se interrumpe cuando apenas principia su ejecución. El detenimiento criminal se da por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del agente y ello impide su consumación. El autor no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito; se omite uno o varios actos anteriores a la verificación del delito.

Se desprende que son tres los requisitos de esta tipología de tentativa, así:

- i) Principio de ejecución de un hecho típico,
- ii) Idoneidad e univocidad de la conducta y
- iii) Falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

Al respecto, la Corte Suprema ha indicado que “[l]a tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación.”²⁶ Y agrega que “se denomina simple o inacabada a hipótesis en la que la ejecución de la conducta delictiva que se ha propuesto se interrumpe cuando apenas principia su ejecución por la interposición de un factor ajeno a la voluntad del agente, que le impide su consumación.”²⁷

b. Tentativa acabada o frustrada

Se genera cuando el agente ha cumplido con todos los actos necesarios que estaban a su alcance, pero el resultado no se produce por causas extrañas a su querer; existe, por consiguiente, una ejecución completa de la conducta.

La Corte precisa al respecto que “acabada o frustrada cuando el agente ha cumplido con todos los actos que estaban a su alcance, pero el resultado no se produce por circunstancias extrañas a su querer.”²⁸

c. Tentativa desistida

El agente, después de haber iniciado la ejecución de la conducta delictiva o de haberla completado de manera voluntaria, resuelve poner fin a su designio criminal y evita que el resultado se produzca.

La tentativa desistida no se sanciona, por lo que carece de consagración legislativa, en razón a que sería describir un comportamiento atípico, esto es, un acto ajeno al contenido propio de un Código Penal, cuya misión básica es la de describir conductas punibles. Sin embargo, la hipótesis en la que el agente ha manifestado su voluntad de revocar el peligro creado y despliega esfuerzos

²⁶ *Sent. del 8 de agosto de 2007*, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 25974.

²⁷ *Sent. del 7 de noviembre de 2012*, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 36331.

²⁸ *Sent. del 7 de noviembre de 2012*, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 36331.

necesarios para impedir la consumación, pero se frustra el delito por circunstancias ajenas a su voluntad, es una situación que resultará merecedora de una sanción menor en aplicación del inciso 2º del artículo 27 del Código Penal.

No puede confundirse el desistimiento con el arrepentimiento, puesto que éste último sólo opera cuando el comportamiento ya ha sido consumado, caso en el cual el sujeto se hará beneficiario de atenuantes o eximentes punitivas. Es lo que sucede cuando el autor "*procura voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias*" (artículo 55, numeral 5º, del Código Penal);²⁹ o "*reparar voluntariamente el daño*" (artículo 55 numeral 6º Código Penal);³⁰ en el secuestro cuando en un término no superior a quince días, la víctima es dejada "*voluntariamente en libertad*" (artículo 179, numeral 7º Código Penal);³¹ en la injuria y la calumnia "*el autor o partícipe se retracta voluntariamente*" (artículo 225 Código Penal.);³² la restitución en el hurto de uso (artículo 242 Código Penal.);³³ la cesación de la acción penal por pago del cheque fraudulento (artículo 248 Código Penal).³⁴

La Corte, en Sentencia del 20 de septiembre de 2017, radicado 46751, MP: Fernando Alberto Castro Caballero, precisa que esta clase de tentativa acontece cuando el agente, a pesar de haber comenzado la ejecución del comportamiento o haberla completado mediante actos idóneos encaminados a la consumación, voluntariamente, decide finalizar el proyecto criminal y, de esa forma, evitar la ejecución del delito.

Refiere la Corte que la tentativa desistida exige la falta de consumación por circunstancias ajenas al agente ejecutor. En esta modalidad tentada, lo que resulta determinante es que el agente abandone definitivamente la idea criminosa, sin la influencia de factores externos, es decir, su voluntad es la que impide el agotamiento de la conducta. En esa medida, escapan de esta figura conductas tentadas en las que el abandono de la empresa delictiva no es definitivo, sino que se posterga, o situaciones en las que el desistimiento no es del todo voluntario, sino que es determinado por circunstancias externas, como, por ejemplo, la inminencia de ser descubierto; en fin, se trata de toda una serie de posibilidades que corresponde establecer de acuerdo con la particularidad del caso. Lo importante es que objetivamente se advierta que el sujeto, encontrándose en total libertad de elegir si continua o no con su propósito delictivo, opta por abandonarlo.

Recuerda la Corte la Sentencia SP 1 jul 2009, rad. 21977, en la que se precisó, en este sentido, que la tentativa desistida es aquella en la que el sujeto agente hace lo necesario para evitar la consumación del hecho, y la ausencia de cualquier resultado relevante es consecuencia de esa voluntad. La Sala ha señalado que tal comportamiento no es punible, que es lo que ocurre en este caso, al contrario de lo que sucede cuando hay desistimiento, pero el resultado no se produce por circunstancias ajenas al agente, caso en el cual procede la rebaja prevista en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal. Ello en razón a la modalidad de tentativa prevista en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, la cual es punible pese a que el agente desista de

²⁹ Cod. Penal, art 55.

³⁰ *Id.*

³¹ Cod. Penal, art 179.

³² *Sent. del 12 de septiembre de 2002*, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 12262. Véase Cod. Penal, art 225.

³³ Cod. Penal, art 242.

³⁴ Cod. Penal, art 248.

continuar ejecutando el delito, debido a que, de todas maneras, la no producción del resultado no se atribuye al desistimiento, sino a circunstancias ajenas al querer del sujeto activo.

Sin embargo, debe aclararse que, para efectos de la aplicación de la atenuante del delito tentado, debe considerarse, además, si la modalidad de desistimiento deja o no subsistente un delito remanente, porque, en caso negativo, lo correcto es predicar la impunidad en el actuar del agente, tal como sucede en la tentativa desistida tradicional. En caso de que subsistiere un delito remanente, la pena imponible en caso de desistimiento voluntario será la señalada en el referido inciso 2º del artículo 27 del nuevo Código Penal.

Resáltese que el elemento de la voluntariedad del desistimiento, acogiendo un punto de vista psicológico, se condiciona a la autonomía del autor a que se haya motivado de manera completamente libre sin miramientos de las razones por las que renunció a la acción criminosa, lo cual resulta problemático dada la imposibilidad de demostrar la voluntad humana. Así las cosas, para solucionar este inconveniente refiere la Corte que las teorías normativas propenden por la valoración del hecho en sí mismo con miras a establecer si el sujeto tomó la decisión de desistir con el objeto de reorientar su conducta por el camino de la legalidad, estando aún en posibilidad de controlar la situación.

d. Tentativa inidónea o tentativa imposible

Refiere a aquel comportamiento no apto para lograr la consumación del delito. Se dice que la ineficacia o propiedad es absoluta si el comportamiento observado por agente no pudiera consumir el delito.

La falta de consumación no se debe a la presencia de factores endógenos o exógenos que paralicen involuntariamente la acción comenzada, a la propia determinación del sujeto, sino que la no consumación se gesta por la inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto, o a la inexistencia del objeto material.

La Corte precisa que “la denominada tentativa imposible que abarca eventos que ni siquiera reúnen los requisitos para ingresar al espectro de la tipicidad (por ausencia de objeto material o de sujeto pasivo, o, en general, por inidoneidad de la conducta), con la inexistencia de riesgo para el bien jurídico.”³⁵

Finalmente, en consonancia con el artículo 27 de la Ley 599 de 2000, este precisa que la tentativa simple y acabada tienen un mismo descuento consistente en la imposición de una pena “*no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo*” de la sanción consagrada para la respectiva conducta punible, y en la tentativa desistida, el precepto otorga una reducción “*no menor a la tercera parte del mínimo ni mayor a las dos terceras partes del máximo*.”³⁶

IV. El Iter Criminis

El legislador penaliza determinados actos de ejecución con un propósito político-criminal que acarrea la imposición de una pena como sanción cuando determinadas conductas dolosas,

³⁵ Sent. del 28 de enero de 2015, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 45182.

³⁶ Ley 599 de 2000, art. 27.

idóneas e inequívocas alcanzan un determinado grado de desarrollo en la vía criminal, vulnerando el orden jurídico impuesto en una sociedad.

En efecto, resultarán intrascendentes aspectos ontológicos, psicológicos y causales por sí solos, en vista que incumbe al derecho penal aquellas conductas que interactúan dentro de la sociedad y que socavan los riesgos permitidos establecidos, entre ellos los actos que revelen un “*comienzo de ejecución*” y, por ello, es vital estudiar el llamado *itinerario criminal* que se compone de dos fases (interna y externa), escenarios que delimitan los contornos de lo punible y no punible.

a. Fase interna

La fase interna describe el conjunto de actos voluntarios en la psiquis de una persona; en este estadio abstracto, nace el propósito criminal, se da su evolución, desarrollo y se estudian todas las circunstancias factuales.

Al derecho penal le interesan las conductas que trascienden a la esfera comunicativa-social, no los pensamientos o ideas, materializándose el principio “*Cogitationen Poenan Nemo Patitur*”. Bajo esta condición, no bastan los actos internos como elementos psíquicos o intelectivos de la acción, sino que se requiere de la exteriorización del acto como elemento físico y que éste sea un acto de ejecución. En este horizonte, la conducta no es punible por circunscribirse al llamado *Forum Internum* de la persona y deviene su no punibilidad en razón a que el injusto criminal se funda en el *derecho penal de acto*. La anticipación de fases intelectivas es una manifestación de poder punitivo arbitraria, desmesurada e irrazonable, que decolora al derecho penal de actos y se convierte en un orden delictivo máximo.

La fase interna, caracterizada por la idea criminal que surge en la mente de una persona, alude al propósito de conocer y querer realizar un comportamiento contrario al orden jurídico penal, implica la elaboración de un *plan* que tiene como componentes una génesis, desarrollo, apreciación de detalles y una forma ejecutiva de realización.

b. Fase externa

En esta fase, los cauces del delito empiezan a cobrar vida en el mundo fenomenológico externo del hombre y del sistema social. Se materializa el principio de ejecución a través de ciertos actos que se hacen visibles en el mundo visible y que son perceptibles por los sentidos. Esta fase se contrapone a la antigua máxima “*Ex nihilo, nihil fit*”, esto es “de la nada, nada puede resultar”, siendo necesario la exteriorización de actos en la sociedad; se requiere precisar los actos preparatorios que por regla general no son punibles y los actos de ejecución que pueden dar lugar a la tentativa y, por lo tanto, punibles.

1. Actos preparatorios

Son aquellos actos donde el agente dispone de los medios elegidos de acuerdo con su propósito delictivo y crea las condiciones básicas para la realización del delito perseguido. Son, por tanto, conductas anteriores a la ejecución del delito, dirigidas a facilitar la ejecución y obtención del fin propuesto.

Son actos no punibles como regla general, en razón a que no revelan con precisión la voluntad de delinquir. Es más, no visualizan la posible vulneración a un bien jurídicamente tutelado, dado

que son comportamientos previos a la ejecución de la descripción típica establecida por el legislador.

El maestro Reyes Echandía precisó que *“Los actos preparatorios suponen una actividad ordinariamente posterior a la ideación criminosa sin que apunten aun indudablemente a la realización de un delito; [...] Siguiendo las huellas de la legislación francesa, nuestro código consagra la tesis que preconiza la punibilidad de la tentativa a partir del comienzo de ejecución; esto significa que los llamados actos preparatorios son penalmente irrelevantes a menos que un tipo penal consagre expresamente su punibilidad.”*³⁷

2. Actos de ejecución

Precisan de los eventos en que una persona emplea los medios elegidos para realizar el delito con una finalidad determinada y concreta. Implica la realización de conductas directas (idóneas e inequívocas) a configurar el tipo penal. Es aquí donde afloran las diferentes teorías para determinar cuándo se da comienzo a la ejecución del delito para diferenciarla de los actos precedentes, esto es, de los actos preparatorios.

3. Actos de consumación

Son aquellos actos donde el agente obtiene el resultado típico propuesto a través de actos idóneos e inequívocos.

V. De la delimitación entre actos ejecutivos y preparatorios

El precepto del canon 27 del Código Penal (Ley 599 de 2000) indica que *“El que **iniciare la ejecución** de una conducta punible mediante actos **idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación**, y esta **no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad**”* (subrayado y negrita fuera del texto).³⁸ Lo anterior revela que los actos de preparación previos a la ejecución del delito no son suficientes para demostrar la vinculación de un acto al propósito de ejecutar un delito determinado y mucho menos poner en peligro un bien jurídico. Sin embargo, el problema jurídico basilar se traslada a establecer el momento preciso en el que comienza la ejecución de un delito determinado, es decir, determinar cuándo comienzan los ejecutivos sancionables en aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa.

a. Delimitación de los actos ejecutivos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, se ha ocupado en tratar de establecer los criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios de los actos ejecutivos, a efectos de delinear los comportamientos que a la postre resultan sancionables en aplicación del conato. Para ello, se han delineado tres clases de teorías que permiten establecer la diferenciación entre los actos punibles y los no punibles.

³⁷ Alfonso Reyes Echandía, *Derecho penal* 121 (Bogotá: Editorial Temis, 1972), [Echandía, Derecho Penal].

³⁸ Cod. Penal, art 27.

1. Teorías subjetivas

Propugnan por indagar únicamente el plan del autor, esto es, la intención de la persona que realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos que, según la planeación del autor, son necesarios y suficientes para consumar el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. De otro lado, serán actos preparatorios aquellos que, en relación con el plan del autor, no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad.

El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende a un derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta Política, por cuanto no tiene en cuenta los principios de lesividad, antijuridicidad material y exterioridad de la conducta.

2. Teorías objetivas

La teoría formal objetiva plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc.; frente a los actos preparatorios, éstos carecen de tal condición. Resulta ser una postura que, en la práctica, resulta de difícil comprobación, pues resulta espinoso establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo en el mundo real.

La teoría material objetiva señala que son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, mientras que los actos preparatorios son aquellos que no alcanzan una situación riesgosa o de peligro; planteamiento que ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado.

3. Teorías mixtas o eclécticas

Revisten de un carácter objetivo-subjetivo. Indican que, para distinguir los actos preparatorios y ejecutivos, es preciso acudir a un juicio que cobije tanto el plan del autor como la verificación de actos socialmente adecuados que pongan en peligro un bien jurídico, propuesta garantizadora del principio de antijuridicidad material como del elemento subjetivo de la conducta (dolo y demás esencias subjetivas).

Esta posición ha sido objeto de estudio por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que impone analizar en cada caso concreto y delimitar los actos preparatorios o ejecutivos de la tentativa. Sin embargo, la acogida de la teoría mixta es reciente, véase que, en fallo de casación del 24 de junio de 1992, la Corte refirió que *el acto exterior de ejecución debe ser unívoco*, es decir, que por su naturaleza la conducta pueda conducir al resultado criminoso querido por el agente, y sostuvo que los actos ejecutivos son unívocos cuando pueden conducir por su naturaleza al fin propuesto, a diferencia de los simplemente preparativos que son equívocos, pues pueden llevar tanto al delito como a la consumación de un fin diferente, presupuestos que se ajustan a la teoría de la equivocidad de Carrara (teoría objetiva).

La anterior posición dogmática en la Corte fue modificada mediante sentencia de casación del 8 de agosto de 2007. En esta ocasión, afirmó la Sala que es a partir de la "*ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico*" (teoría mixta)

que se diferencian los actos ejecutivos de los preparatorios, aunado al exhaustivo análisis del caso en concreto.

Vale la pena destacar que la Corte refiere que más allá de las discusiones dogmáticas que han tratado de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos en la tentativa, ha de convenirse que, para un comportamiento ser considerado como acto ejecutivo, el mismo deberá poner en inmediato peligro un bien jurídico, aspecto que entraña las lógicas del principio de lesividad.

Además, precisó la alta corporación de justicia que la connotación en punto del peligro efectivo para el bien jurídico no es la elemental verificación física o empírica de la proximidad de la conducta al resultado pretendido, más propia del causalismo, sino que es inescindible la exigencia de la responsabilidad subjetiva, aspectos entre los que se encuentra el conocimiento de hechos, la conciencia de antijuridicidad, la ausencia de error, miedo o coacción insuperables.

Se ha de tener claro el *ámbito de protección de las normas penales*, ya que es precisamente la prevención de los actos que signifiquen potencial o inminente peligro a las condiciones de mantenimiento de la paz, convivencia social y seguridad ciudadana que deben forjar una ponderación de las conductas desplegadas por las personas en relación con las normas penales.

La Corte precisa que, para diferenciar un acto preparatorio de un acto ejecutivo, es necesario determinar i) el plan individual y representación del actor y ii) si, de acuerdo con esa imagen, el comportamiento realizado está ligado a la acción típica que vulnera un bien jurídico. Por ello, es necesario de manera dialéctica integrar los elementos subjetivos (plan de autor) y objetivos (puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado) con el fin de predicar un derecho penal acto, respetando los principios de legalidad, antijuridicidad material y culpabilidad.³⁹

b. Delimitación de los actos punibles y no punibles en la doctrina

No podemos predicar el acogimiento irrestricto a una de las teorías que aquí serán estudiadas. Sin embargo, cada una de ellas será soporte para examinar las diferentes posiciones que se han gestado a efectos de determinar una clara delimitación de los actos de ejecución punibles.

Se puede clasificar como teorías negativas aquellas que predicen la imposibilidad de distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, dejando su diferenciación a la ley o al juez, debiendo establecerse los asuntos que merecen reproche criminal por estas dos autoridades. Sin embargo, es una propuesta que no soluciona el problema planteado. Ahora bien, son teorías positivas las que buscan encontrar una solución a la delimitación entre los actos de ejecución punibles y los preparatorios no punibles. Al respecto, se abordarán las últimas, pues se considera que es dable llegar a una solución.

1. Teoría subjetiva o de la norma penal como subjetiva de determinación

Los principales representantes de esta postura son Ferri, Garófalo y Lombroso, pertenecientes a la escuela positivista italiana y ha tenido acogida por Von Liszt, Hans Welzel, Armin Kauffmann, Zielinski, Sancinetti, entre otros.

³⁹ *Sent. del 23 de enero de 2008*, Sala de Casación Penal de la C.S.J., Rad. n.º 26630.

Fundamenta sus postulados en el mantenimiento de un orden social, la vigencia de la norma como teoría al quebrantamiento de la norma y la voluntad criminal. Su postura más extrema revela que es suficiente la simple objetivación de la voluntad, en el sentido que sea posible reconocer la intención antijurídica del sujeto.

En un intento de mayor delimitación, Bockelmann señaló que se debe poner de manifiesto qué delito se quería cometer (teoría del *dolus ex re*), o la exigencia de la firmeza de la resolución delictiva o que el sujeto ha tomado el decisivo impulso de la voluntad.

Lo determinante de las premisas vistas es lo injusto de la acción (desvalor de acción), se sanciona la puesta en marcha del plan del autor verificando llanamente que la conducta sea contraria a un mandato legal, independientemente si lesionó o no una situación concreta objeto de protección. Este planteamiento lleva a postular de manera paritaria la sanción de delito imperfecto al delito consumado, incluso llevar por la senda punitiva la tentativa imposible y la tentativa inidónea, en razón a que el autor asume una voluntad contraria a la norma penal. Señaló Von Buri (teoría subjetiva pura) que la sola manifestación de la voluntad delictiva justificaba el castigo, ya que, desde una perspectiva *ex post*, todas las tentativas se muestran inidóneas para la producción del resultado.

Hans Welzel (teoría objetivo-individual) indica que “*La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo, siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular.*”⁴⁰

Ahora bien, el acogimiento de una teoría subjetiva no tiene cabida en un Estado constitucional, democrático, social y de derecho que se erige bajo el principio de acto y lesividad; la voluntad no tiene asiento suficiente para justificar la intervención del poder punitivo con miras a imponer una sanción. Finalmente, existen diversos actos con *análoga apariencia* que pueden conducir a resultados distintos dependiendo del plan tomado.⁴¹

2. Teorías objetivas

Las teorías objetivas parten de la *puesta en peligro del bien jurídico* y propugnan por el *desvalor de resultado*, que acude a la exteriorización de actos que objetivamente pueden constatarse. Sus principales representantes son Feuerbach, Mayer, Binding, Berner, Spendler.

2.1. Teoría de la univocidad

Formulada por Francesco Carrara, parte de un juicio valorativo que pretende determinar que serán actos ejecutivos aquellos que no dejan duda sobre el propósito delictivo (unívoco o inequívoco), y acto preparatorio o equívoco aquel donde las conductas puedan dirigirse a un propósito delictuoso o a uno que no lo es. El fundamento de incriminación de la tentativa será el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado.⁴²

2.2. Teoría objetivo-formal

⁴⁰ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán* 263 (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970).

⁴¹ *Id.* en 8.

⁴² *Supra* nota 37 en 120.

Beling refiere que la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se hace a partir del tipo, realizando un análisis desde el significado lingüístico del verbo rector (núcleo del tipo); estaremos ante un acto ejecutivo cuando se obre conforme al verbo típico. Esta exposición se torna inexacta, pues no es posible saber en qué eventos se da lingüísticamente el inicio de ejecución del verbo rector.⁴³

En la doctrina patria, el maestro Alfonso Reyes Echandía era partidario de una tesis objetiva formal, pues señalaba que “creemos que comenzar a ejecutar un hecho punible es iniciar la realización de acción u omisión a que se refiere el verbo rector del respectivo tipo. Desde luego, no siendo este un criterio absoluto, es necesario en cada caso referir la conducta empezada al tipo legal que la describe en forma amplia y total para examinar si el agente efectivamente principio a matar, a apoderarse de cosa mueble ajena, a falsificar un documento, etc.”⁴⁴ En suma, para esta teoría, serán actos preparatorios aquellos que están por fuera del tipo, mientras que son actos ejecutivos aquellos comportamientos que son indicantes del comienzo de realización de la acción típica.

Dígase que las palabras no pueden jamás caracterizar los actos de ejecución, el léxico no es la vida,⁴⁵ la claridad formal no se traduce en el mundo real y practico.⁴⁶

2.3. Teoría de la alarma o impresión social

Edmund Mezger expuso que la tentativa debe ser penada cuando la conducta causa alarma o impresión de agresión al derecho por una afectación al bien jurídicamente protegido.⁴⁷ En este horizonte, corresponde al ordenamiento jurídico determinar el instante en que ha de comenzar, en el mundo exterior, un crimen o un delito. Así, aparece primero un concepto puro y después el ordenamiento jurídico regula del modo más preciso y detallado.⁴⁸ Esta es una postura criticada en razón a que no se puede atender al momento de conmovición general sino a la conexión con la realización del tipo, desarrollando teorías de prevención general que buscan incluso legitimar la tentativa inidónea.⁴⁹

2.4. Teoría objetivo-material o de la norma como objeto de valoración o de la lesión al bien jurídico

Es una propuesta desarrollada por Reinhard Frank y se fundamenta en el derecho penal de acto y el principio de lesividad. Parte de la comprensión que el sistema punitivo tiene como finalidad la protección de situaciones valiosas o connotantes para la sociedad, por ello, la norma penal se encuentra instaurada para proteger específicos bienes jurídicos y su vulneración será verificable

⁴³ *Supra* nota 40 en 11 y 12.

⁴⁴ *Supra* nota 37 en 122.

⁴⁵ Véase Velázquez, Derecho Penal, *supra* nota 22 en 495.

⁴⁶ *Supra* nota 9 en 389.

⁴⁷ Marco Antonio Terragni, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, (sin fecha), <http://www.terragnijurista.com.ar/lecciones/leccion16.htm> (visitada por última vez el 26 de diciembre de 2018).

⁴⁸ Fernando Quinceno, *La Tentativa. El dolo, estudios de derecho penal General* 163 (Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana, 1993).

⁴⁹ *Supra* nota 9 en 393.

desde el plano objetivo. Por ende, al no llegarse a la consumación, habrá de optarse por una disminución punitiva.

En este entendido, los actos preparatorios por su lejanía a poner en peligro el bien jurídicamente tutelado, son impunes, al igual que la tentativa imposible. Será acto preparatorio aquel que no alcance a poner en peligro el bien protegido, *a contrario sensu* como acontece con el acto de ejecución.

Sin embargo, basta el peligro para el bien jurídico, lo que hace de esta propuesta un tanto limitativa para esclarecer los actos preparatorios y ejecutivos, ya que pueden presentarse actos aparentemente peligrosos desde un punto de vista externo y absolutamente escéptico al plan del autor, o adquirir un significado distinto una vez tenido en cuenta el plan delictivo.⁵⁰

Jakobs, por su parte, sostiene que la *teoría objetiva* es derivada del dogma causal y que el delito intentado es una verdadera puesta en peligro de ese bien jurídico. Por ello, el delito no refiere a la causación de lesiones de bienes jurídicos, sino que se trata de la lesión a la validez de la norma, afirmación que aplica para el caso de la tentativa.⁵¹ Agrega que el peligro, como concepto cuantificable, es inidóneo, ya que “*entre la preparación y la tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero no peligros cualitativamente distintos. La diferenciación entre peligros cualitativamente distintos solo cabe llevarla a cabo entre la fase de la acción, por una parte (preparación y tentativa), la fase posterior a la tentativa acabada, por otra, solo después de la terminación de la tentativa, es decir, demasiado tarde, el peligro ya está sujeto a elementos objetivos. Debido a la imposibilidad de formar escalas variables de peligros, le falta toda base a la afirmación tan extendida de que la teoría objetiva conduce a una delimitación estricta propia del Estado de Derecho entre preparación y tentativa.*”⁵²

Se debe indicar que la teoría vista ofrece grandes garantías por cuanto respeta el principio de lesividad; no obstante, no es suficiente porque echa de menos el componente subjetivo de toda conducta.⁵³

3. Teorías objetivo-subjetivas o mixtas

3.1. Teoría subjetiva y teoría objetivo-formal

Indica que la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos debe partir de analizar el plan del autor y encuadrar su comportamiento a un tipo penal en específico.

3.2. Teoría subjetiva y teoría objetivo-material

Para distinguir un acto ejecutivo, se debe partir del plan del autor, en seguida, acudir a criterios objetivos de lesión al bien jurídico y, finalmente, es indispensable la aplicación del principio de

⁵⁰ *Supra* nota 40 en 11 y 12.

⁵¹ Gunther Jakobs, *Derecho penal Parte General, Fundamentos o teoría de la imputación* 860 (Madrid: Ediciones Jurídicas S.A, 2da edición corregida, 1997).

⁵² *Id.* en 861.

⁵³ *Supra* nota 9 en 390.

inmediatez temporal, es decir, que el acto sea inmediatamente anterior a la plena realización total o parcial de los elementos del tipo penal.

3.3. Teoría del juicio imaginario y abstracto de causas de justificación

Esta tesis cubre dos variantes bien diferenciadas. Estas comprenden las conductas que encuentran en los tipos activos dolosos y aquellas que corresponden a los tipos omisivos.⁵⁴

3.3.1. Tesis aplicable a los tipos dolosos

El criterio de valoración de las causas de justificación parte de la premisa lógico-jurídica que *no puede haber legítima defensa contra actos preparatorios*. Toma el plan concreto del autor y hace un análisis temporal del momento exacto en que se detiene o interrumpe el *iter criminis*, justo ahí se representa en la psiquis “*un momento congelado*”, con el ánimo de concebir un juicio imaginario y abstracto de procedencia de causas de justificación. De esta metáfora, resultan dos premisas: la primera que la legítima defensa procede contra actos ejecutivos (juicio afirmativo) y la segunda que no resulta contra actos preparatorios (juicio negativo).

3.3.2. Tesis aplicable a los tipos omisivos dolosos

Es la noción predicada de los delitos omisivos impropios, dado que, en tipos omisivos propios, se ha establecido que no existe la figura de la tentativa en razón a que no es posible pensar actos ejecutivos de esta gama de delitos.⁵⁵ Sin embargo, puede pensarse que es posible una tentativa si durante un tiempo se omite la acción con el dolo de omisión permanente.⁵⁶

La problemática de esta postulación gira en torno a que, al no existir una agresión contra un bien jurídico, al menos de forma directa, mal puede plantearse el juicio hipotético de una eventual legítima defensa; debe examinarse si la conducta debida es exigible y, para ello, debe estudiarse la posición de garante con respecto a la preservación del bien jurídico. En este sentido, estaremos en caso de una tentativa en los supuestos de tipos omisivos impropios cuando la conducta debida era exigible al autor, existiendo dolo en la omisión. De frustrarse el resultado y, habiendo corrido peligro el bien jurídico, concluimos que éste se truncó en la faz ejecutiva del *iter criminis*.

4. Tentativa desde la propuesta funcionalista normativa de Jakobs

Jakobs, perteneciente a la corriente funcionalista extrema, indica que el bien jurídico es la norma y el injusto penal es la infidelidad a un precepto normativo específico. En ese entendido, la tentativa es aquella conducta que lacera la validez de la norma.⁵⁷

El delito imperfecto, por tanto, debe partir de la verificación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción de un resultado. Sin embargo, es una tendencia que

⁵⁴ Emanuel Gonzalo Mora, Límite entre actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa, (2013), <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/04/doctrina35829.pdf> (visitada por última vez en octubre de 2018).

⁵⁵ Juan Carlos Forero Ramírez, *El delito de omisión en el nuevo Código Penal 27-33* (Bogotá. Legis, 2005); Velázquez, Derecho Penal, *supra* nota 22 en 658.

⁵⁶ Rogelio Flores, Derecho Penal, Parte General, (18 de noviembre de 2007), <http://penal-general.blogspot.com.co/2007/11/unidad-16.html> (visitado por última vez el 26 de diciembre de 2018).

⁵⁷ Yesid Reyes Alvarado, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, 45 *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 3, 967 – 968 (1992).

preponderantemente no le interesa el desvalor de resultado, por cuanto refiere que delito no hace relación a una lesión a bienes jurídicos sino a la lesión de la validez normativa como se ha dicho. Se tiene, por tanto, que la validez de la norma es un nuevo paradigma del derecho penal perdiendo la conducta toda su dimensión. Es una postura que olvida que existen conductas que, a pesar de transgredir la norma jurídico-penal en específicos casos, no afecta de manera real y en concreto el bien jurídico tutelado.

Resulta ser un modelo de difícil aplicación en nuestra realidad social, en razón a las condiciones socioeconómicas y pluriétnicas, lo que revela un antagonismo a una sociedad homogénea,⁵⁸ existiendo, por ende, un alto grado de heterogeneidad.

Como críticas a esta teoría se tiene:

- i) La pena es poseedora de la paritaria importancia que el derecho.
- ii) La desvinculación de pena a una función protectora de bienes jurídicos (punto trascendental en nuestro sistema jurídico).
- iii) El delito no es entendido como vulneración a bienes jurídicos sino al sistema imperante.
- iv) No reproche del acto individualmente considerado, sino que las atribuciones jurídicas se realizan bajo un sistema de roles y estándares parametrizados.
- v) Se tiene en cuenta de manera preponderante los efectos positivos de la pena, entre ellos el restablecimiento de la confianza institucional, tópico que soslaya los postulados del bien jurídico, el principio de lesividad y de dignidad humana.

5. La tentativa desde una mirada de la imputación objetiva de Roxin

Roxin, en su propuesta funcionalista político-criminal, define la tentativa como un tipo penal extensivo que parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y se concreta en un resultado.

El tipo penal tiene, para este autor, una función fijadora de límites exteriores de lo permitido y de lo prohibido, constituyendo un marco regulatorio normativo y no excesivamente ontológico como el finalismo.

La acción final dependerá del orden jurídico y, por ende, la imputación objetiva es una imputación abarcadora de los delitos culposos y dolosos, entre ellos, la tentativa.

Precisa que la imputación objetiva sigue dos principios estructurados de manera sucesiva:

- i) La creación de un peligro no cubierto por el riesgo permitido,
- ii) La realización del resultado completo.

De lo anterior, se afirma que la no creación de peligro lleva a la impunidad y, ante la falta de realización del peligro en una lesión típica de bienes jurídicos, desaparece la consumación. Sin embargo, puede pensarse cuando haya cabida a la tentativa.⁵⁹ Señala Roxin que el resultado no es consecuencia del peligro, por lo cual no será un problema del dolo, sino del cumplimiento del

⁵⁸ Fernando Velásquez, El Funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana, *Revista General de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 197-219 (2005).

⁵⁹ Claus Roxin, *La imputación objetiva en el Derecho Penal* 80 (Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L, 2012).

tipo objetivo.⁶⁰ De lo dicho se desprende la separación entre conducta típica e imputación del resultado, este último será una realización adecuada del peligro creado siempre y cuando no exista desviación causal.

De lo anterior, debe precisarse que no se podrá imputar el resultado cuando un sujeto se ha comportado de manera apropiada, o cuando el curso causal era especialmente aventurado; la creación de riesgos no permitidos son valoraciones de índole político criminal.⁶¹

Existirá exclusión de la imputación cuando:

- i) Se disminuya el riesgo creado (mejoría del estado del bien jurídico),
- ii) No se eleve el riesgo de manera relevante (se relaciona con el principio de adecuación desde una evaluación *ex ante* de la conducta, así como el examen de los conocimientos especiales), y
- iii) Se verifique la existencia de un riesgo permitido.

Roxin precisa que el autor no debe conocer todos los detalles del curso causal, pero debe conocer a lo sumo que el riesgo que se libera más allá de los cauces normales (permitidos) puede llevar al resultado propuesto. Resultará trascendente determinar cuándo se estaría ante una transgresión del *límite de permisibilidad* y, por ello, se requiere de la evaluación *ex post* de la presencia de un incremento del riesgo.⁶² Cuando la creación del riesgo está permitida por el fin de protección del mandato normativo, el resultado que se produzca está permitido, resultando de ello que el deber de cuidado es sólo un reflejo, no el fin de protección del tipo penal.⁶³

Cuando una conducta que eleve el riesgo no sea permitida y, adicionalmente, lo cubre el fin de protección de la norma, en principio, la conducta será imputable objetivamente salvo se constate una auto-puesta en peligro dolosa (la persona se somete por si misma a un peligro ya existente), o se valga de la colaboración en una auto-puesta en peligro (la persona debe darse cuenta de la trascendencia de su decisión). En síntesis, debe crearse un riesgo cubierto por la propia voluntad, de lo contrario, será imputable a su colaborador. Surge para este último evento el principio de responsabilidad por los bienes jurídicos de un tercero, por lo que la actividad debe quedar:

- i) En el marco de lo acordado,
- ii) La víctima no está desprovista de los conocimientos, y
- iii) El autor no ostenta un deber especial de protección frente a los bienes de la víctima (No aplica en casos de imprudencia).⁶⁴

VI. Propuesta desde un derecho penal constitucional

La delimitación entre actos ejecutivos y preparatorios del injusto imperfecto debe erigirse bajo el respeto al derecho penal acto (conducta), la idoneidad en concreto de la conducta, la valoración

⁶⁰ *Id.* en 98.

⁶¹ *Id.* en 94.

⁶² *Id.* en 116.

⁶³ *Id.* en 109

⁶⁴ *Supra* nota 61 en 133.

de los elementos objetivo-subjetivos del tipo, la inmediatez, el peligro real al bien jurídico objeto de tutela y la representación del autor.⁶⁵

En esa medida, debe tenerse en cuenta el verbo rector descrito en el tipo penal a efectos de realizar el proceso de adecuación típica indirecta, armonizando la disposición general de la conducta (tentativa) con un delito en específico de la parte especial del Código Penal, acogiendo un derecho penal de acto recogido en el artículo 6 y 29 de la Carta Política, con lo cual queda descarta la imposición de una pena teniendo en cuenta la sola peligrosidad del agente.⁶⁶ A su vez, del artículo 29 constitucional y de los cánones 9⁶⁷ y 12⁶⁸ del código penal, se proyecta que no basta que la conducta se haya exteriorizado, sino que se requiere del cumplimiento de requisitos de orden subjetivo, tales como el dolo y los ánimos especiales.⁶⁹

El delito tentado implica una mirada dialéctica que estudie la acción típica, el plan del autor, el peligro real a un bien jurídico, la univocidad e inequívocidad de la conducta, las circunstancias de ejecución, identificando que los actos sean socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico.

La valoración subjetivo-objetiva propuesta debe tener en cuenta cuál es el ámbito de protección de las normas de cara a determinar los actos que signifiquen un material o un peligro real a los bienes jurídicos en concreto, ahondar sobre el conocimiento del agente, la conciencia de antijuridicidad, la ausencia de error, miedo o coacción insuperables y de las demás causales de justificación y exclusión de responsabilidad penal. Estos abren el espacio comunicante de observar el contexto social específico en que se desarrolla la conducta porque, por vía del *conato*, hace plausible la aplicación de instituciones tales como la marginalidad, la circunstancia de pobreza extrema, entornos de mayor y menor punibilidad.

En suma, la tentativa, por tanto, no sólo debe contrariar la norma positiva (injusto formal), sino que debe transgredir el valor que el legislador protege (injusto objetivo), en la medida tangible y grave que el derecho como *última ratio* exige (injusto material), debiendo, además, ser conocido y querido por el sujeto que lo infrinja.⁷⁰ La tentativa no sólo es un instituto normativo que deba aplicarse de manera inmediata, como vigencia de la norma, expectativa-defraudaciones, sino que involucra profundas consecuencias político-criminales y de armonización de designios constitucionales con fuerza normativa y vinculante, constituyéndose en un límite y un fundamento del poder punitivo estatal, con aplicación de los principios *ultima ratio*, fragmentariedad, legalidad, proporcionalidad, razonabilidad, entre otros.

⁶⁵ *Supra* nota 53 en 881.

⁶⁶ *Sent.* C-368 de 2000, C. Const.

⁶⁷ Cod. Penal, art 9. Esta norma señala sobre la conducta punible que: “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.”

⁶⁸ Cod. Penal, art 12. Señala sobre la culpabilidad que: “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.”

⁶⁹ *Supra* nota 9 en 395.

⁷⁰ *Supra* nota 9 en 382.

VII. Conclusión

De la detallada revisión del estado del arte de la tentativa en punto de su concepto, clases, *Iter Criminis*, así como del punto medular de diferencia entre los actos preparatorios y ejecutivos, se permite colegir con claridad que la tentativa es un instrumento de política criminal que necesariamente implica una mirada dialéctica de las teorías que se han encargado de su estudio. En específico, la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos deben integrarse a los preceptos del derecho penal mínimo, el principio de legalidad, estricta tipicidad, de acto y lesividad, dado que este instituto jurídico es un medio de control y cohesión social que tiene inescindible consecuencia en la libertad, derechos y garantías de las personas en una sociedad.

Este estudio dota de una mayor comprensión y sistematización la delimitación de los actos ejecutivos y preparatorios de la tentativa, para lo cual se torna imperioso estudiar los preceptos del objeto de protección normativa, el bien jurídico tutelado, el peligro concreto, los elementos subjetivos del tipo, la antijuridicidad del comportamiento e incluso la necesidad de la pena, su proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de la sanción.

Finalmente, debe señalarse que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado demanda la configuración de sus límites como de los fundamentos mesurables para el ejercicio de la acción penal, donde el referente último es la persona, su dignidad e igualdad material.