



**DIPARTIMENTO DE GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO DI RICERCA IN SISTEMI PUNITIVI E GARANZIA DEL  
CITTADINO**

**TESI DOTTORALE**

**DIFERENCIA ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS EN  
LA TENTATIVA. UN ESTUDIO DE LAS LEGISLACIONES ITALIANA Y  
COLOMBIANA**

**Tutor**

**Proff. Mario Trapani**

**Dottorando**

**Gustavo Adolfo Restrepo Bolívar.**

**CICLO XXX**

## TABLA DE CONTENIDO:

<b>INTRODUCCIÓN:</b> .....	<b>6</b>
<b>PARTE I</b> .....	<b>9</b>
<b>LA TENTATIVA EN ITALIA</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPITULO I</b> .....	<b>9</b>
<b>ANTECEDENTES HISTORICOS</b> .....	<b>9</b>
1. Introducción:.....	9
1.1 La definición de tentativa del código de Zanardelli:.....	14
1.2 Algunos aspectos de Carrara y la figura de la tentativa: .....	16
2. Trabajos preparatorios del Código Penal Italiano: .....	20
2.1 Los Jueces: .....	20
2.2 La Academia: .....	24
2.3 La definición de tentativa en el código de Rocco: .....	25
<b>CAPITULO II</b> .....	<b>28</b>
<b>DE LA TENTATIVA</b> .....	<b>28</b>
1. Relación entre delito y daño. El delito tentado como delito perfecto e imperfecto: .	29
2. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo:.....	33
2.1 <i>El arrepentimiento activo:</i> .....	34
3. <i>El iter criminis:</i> .....	35
4. Definición de tentativa: .....	45
5. Los elementos de la tentativa: .....	47
5.1. Elementos objetivos: .....	48
5.2. Elemento subjetivo: El dolo .....	71
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>78</b>
<b>EL INICIO DE LA ACTIVIDAD PUNIBLE</b> .....	<b>78</b>
1. Límites a la tentativa punible: .....	78
2. La teoría del inicio de ejecución:.....	81
2.1 Criterio de la puesta en marcha de la acción:.....	81
2.1.2 <i>El principio de ejecución en España:</i> .....	88
2.2 Los actos preparatorios: .....	89
2.3 Los actos ejecutivos: .....	92

3.	La teoría de la idoneidad y univocidad de los actos: .....	96
3.1	Criterio del pronóstico posterior: .....	99
3.2	En relación con el momento:.....	100
3.3	La base del juicio: .....	102
3.4	En relación con el objeto:.....	103
4.	Una tercera teoría mixta: Idoneidad y univocidad de los actos son los mismos actos ejecutivos. ....	104
5.	La inexistente desaparición del principio de ejecución: .....	106
<b>CAPITULO V .....</b>		<b>111</b>
<b>FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA PUNIBLE: .....</b>		<b>111</b>
1.	Introducción:.....	111
2.	Teorías objetivas:.....	116
3.	Teorías subjetivas: .....	122
4.	Teoría mixta:.....	130
<b>PARTE II .....</b>		<b>135</b>
<b>LA TENTATIVA EN COLOMBIA.....</b>		<b>135</b>
<b>CAPITULO I .....</b>		<b>135</b>
<b>ANTECEDENTES HISTORICOS .....</b>		<b>135</b>
1.	El Código Penal de 1837: .....	138
2.	El Código Penal de 1890: .....	140
3.	Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936): .....	143
4.	Código Penal de 1980. (Decreto 100 de 1980):.....	146
5.	Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000): .....	147
<b>CAPITULO II.....</b>		<b>152</b>
<b>ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.....</b>		<b>152</b>
1.	Introducción:.....	152
2.	El <i>iter criminis</i> :.....	154
3.	Elementos de la tentativa:.....	159
3.1	Elementos objetivos: .....	160
3.2	Elemento subjetivo:.....	164

<b>CAPITULO III .....</b>	<b>167</b>
<b>FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA .....</b>	<b>167</b>
1. Introducción:.....	167
2. Las teorías naturalistas: .....	171
3. Las teorías objetivas: .....	171
3.1 La teoría del peligro objetivo: .....	172
4. Las teorías subjetivas:.....	175
4.1 La teoría basada en la voluntad delictiva: .....	175
4.2 La teoría basada en la peligrosidad del actor: .....	176
5. Las teorías mixtas: .....	177
5.1 La teoría objetiva-subjetiva:.....	179
6. Las teorías valorativas: .....	180
6.1 La teoría de la impresión:.....	180
6.2 La teoría del defecto del tipo:.....	182
6.3 La teoría normativa o de quebrantamiento de la norma:.....	183
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>187</b>
<b>EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN COMO LÍMITE DE LA ACTIVIDAD PUNIBLE EN EL DERECHO COLOMBIANO .....</b>	<b>187</b>
1. Introducción:.....	187
2. Teorías negativas: .....	189
3. Las teorías positivas: distinción entre actos preparatorios y ejecutivos. ....	191
3.1 Teorías objetivas: .....	192
3.2 Teorías subjetivas:.....	197
3.3 Teorías Mixtas:.....	201
3.4 Teoría Normativa: .....	205
4. Actos ejecutivos y actos preparatorios: El interminable debate. ....	206
5. Nuestra posición: .....	209
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>219</b>
<b>DE UN CASO ESPECIAL DE TENTATIVA. ALGUNAS CRÍTICAS A LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .....</b>	<b>219</b>
1. Introducción:.....	219
2. Nuestro criterio frente al caso:.....	222

<b>CONCLUSIONES:</b> .....	<b>227</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA:</b> .....	<b>231</b>

## **INTRODUCCIÓN:**

Sin lugar a dudas uno de los temas más apasionantes que existen en el derecho penal, es de la tentativa, pues puede afirmarse sin ambages, que pese a existir una multiplicidad de legislaciones que lo regulan, no existe uniformidad en cuanto al límite de la punibilidad, ya que el mismo se mueve fundamentalmente entre dos posturas, la de quienes consideran que tal lindero exige la existencia de un principio de ejecución y la de quienes consideran que tal límite no requiere del referido principio, lo cual conlleva la posibilidad de dar respuesta a un mismo problema, desde dos visiones diferentes. Pero es preciso reconocer que tales posturas no obedecieron a una creación caprichosa o aparición espontánea sino a todo un desarrollo jurídico y académico que fue adaptándose principalmente en Europa según las particularidades propias de cada sociedad, de cada tiempo, de concretas situaciones políticas y económicas en uno u otro país.

Dicha realidad también predicable en regiones como Latinoamérica y concretamente en países como Colombia, donde la figura de la tentativa no ha tenido un desarrollo propio, sino que ha sido demarcado por la influencia de la escuela italiana y en la actualidad por la alemana, hacen que deba inevitablemente estudiarse tal figura principalmente desde la doctrina de esos dos grandes países europeos con la más importante tradición jurídica en materia penal, pero principalmente la alemana, si se tiene en cuenta que el legislador Colombiano optó por acoger desde el Código de 1980 la dogmática penal alemana.

No obstante lo anterior, fue la legislación italiana junto con todo su desarrollo doctrinal sobre la que se construyó nuestro derecho penal desde el inicio de la era Republicana de nuestro país, es decir, algo más de 150 años en los cuales la base de nuestro sistema penal se desarrolló sobre el pensamiento italiano, por lo que es indudable su total influencia en nuestro ordenamiento jurídico, bien constitucional como legal, al punto que varias de las instituciones jurídicas regladas en el Código Penal Colombiano, tienen una estructura sino

igual, muy similar, como sucede con la figura de la tentativa, figura que es el punto central de nuestro trabajo.

Reconociendo que sobre la tentativa existen infinidad de estudios, tratados e investigaciones del más alto nivel en todas las latitudes, pero especialmente en Italia, que a no dudarlo en mi criterio es la cuna del derecho penal, y que nuestro trabajo lejos estaría de poderlos alcanzar, hemos querido estudiar esta especial figura, por dos razones fundamentales, i) por la similitud estructural que tiene la misma en las dos legislaciones<sup>1</sup>, y el importante aporte que todo el desarrollo doctrinal italiano sobre esta especial figura hace al derecho penal, y que creemos se debe tener en cuenta aun cuando se haya optado por la dogmática penal alemana, y ii) por las dificultades que en la práctica judicial de Colombia, sigue suscitando el poder diferenciar los actos ejecutivos de los preparatorios.

Consideramos entonces oportuno un estudio de derecho comparado de la tentativa, pero fundamentalmente en lo relacionado con el límite de la punibilidad (diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos) puesto que sus orígenes en nuestro país, como ya se anotó se cimentaron casi fielmente sobre el derecho italiano y toda su doctrina, luego resulta de la mayor importancia rescatar todo el pensamiento del país que le ofreció al mundo del derecho penal una incalculable gama de ilustres pensadores que se remontan a Beccaria, y luego al considerado *príncipe del derecho penal* Carrara, Romagnosi, Petrocelli, Antolisei, Gallo, Bettiol, Vannini, entre otros, que con sus estudios y obras inigualables, permiten resolver con mayor solidez y consistencia jurídica.

Por tal razón abordaremos el estudio de la tentativa desde dos perspectivas, la italiana y la colombiana. En primer lugar haremos referencia a todo el desarrollo histórico de la figura de la tentativa en el derecho penal italiano, las relaciones existentes en el ámbito itálico

---

<sup>1</sup> Artículo 56: “*Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica*”. CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENALE, a cura di Luigi Alibrandi, Piermaria Corso, 42ª Edizione, LA Tribuna, 2015.

Por su parte el Artículo 27 del Código Penal Colombiano dice:

“Artículo 27. Tentativa. 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.”

entre delito y daño, la forma como es entendido el iter criminis, cual la definición de la tentativa y sus elementos estructurales, para poder dar paso al inicio de la actividad punible y desde allí observar las diferentes teorías desarrolladas por la doctrina para poder fijar el límite de la punibilidad y así culminar con el fundamento de la punibilidad y las teorías que la desarrollan.

Una vez hecha tal referencia, abordaremos la tentativa desde la óptica colombiana, usando en principio la misma estructura del tema italiano, es decir, el desarrollo histórico, el iter criminis, la definición de tentativa, sus elementos estructurales, para dar paso al principio de ejecución como límite de la actividad punible en nuestro país, para lo cual se analizarán las diferentes teorías que se han estudiado al respecto, exponer nuestro criterio, abordar después el fundamento de la punibilidad, por último hacer un pequeño análisis frente a una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, y exponer también nuestro punto de vista frente a ello, y culminar con las conclusiones.



**PARTE I**  
**LA TENTATIVA EN ITALIA**

**CAPITULO I**  
**ANTECEDENTES HISTORICOS**

**1. Introducción:**

No es posible abordar el tema de la tentativa sin que se conozca -aún cuando sea someramente- su desarrollo histórico, pues sólo conociendo sus antecedentes puede entenderse de mejor manera las razones por las cuales esta figura jurídico penal tiene la estructura actual consignada en el artículo 56 del Código Penal Italiano.

Se dice que los historiadores son muy cuidadosos a la hora de reconocer el origen de la tentativa en el derecho romano, pues en las épocas más antiguas el fundamento de la justicia era principalmente “la venganza”, razón por la cual no era factible la existencia de un figura como la tentativa, concepto que requirió un largo periodo de desarrollo del derecho, y especialmente del derecho penal. Solamente cuando se preguntó por la pena, su fundamento y sus funciones, los jurisconsultos llegaron a formular el postulado “*cogitationis poenam nemo patitur*” (nadie es castigado por sus pensamientos)<sup>2</sup>.

Sin embargo, para VON LISZT la tentativa tiene su origen en la “*ciencia jurídica medieval*” italiana<sup>3</sup> del derecho romano referida en la “*lex Cornelia de Sicariis et veneficis*”<sup>4</sup> destinada principalmente a la protección de la vida, que castigaba conductas

---

<sup>2</sup> SANTISE MAURICIO, ZUNICA FABIO, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino 2016, P.299.

<sup>3</sup> LISZT FRANZ VON, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de la 20ª Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa, y Adicionado con el Derecho Penal Español, por Quintiliano Saldaña, Tomo III, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1917, P.4,5

<sup>4</sup> BINDING CARLO, *Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Prefazione, note e traduzione sulla Ottava Edizione Tedesca di ADELMO BORETTINI*, Atheneum, Roma,1927, P.20. GIACONA IGNAZIO, *Il*

como el *asesinato y el homicidio*; también castigaba los *actos preparatorios para tales delitos*<sup>5</sup> pues quien quiso matar y no pudo, venía castigado como consumado (PS.5.23.3), ampliándose después también la figura de la tentativa al delito de *parricidio por envenenamiento*<sup>6</sup> por efecto de la “*lex Pompeja de parricidiis*”<sup>7</sup>, y de las cuales se derivaba -según BINDING- el así llamado “*dolus malus*”<sup>8</sup>.

Dice PIOLETTI que la figura de la tentativa era desconocida en el derecho romano antiguo, pues se castigaba de la misma manera el delito consumado y el delito tentado, haciendo su primer aparición en el derecho de Justiniano al afirmarse: “*Perfecto falgitio capite punitur, imperfecto in insulam deportatur*”. Se dice, entonces, que la primera definición de tentativa se encuentra en la Constitución Criminal Carolina<sup>9</sup> o *Constitutio Criminalis Carolina*, que fue la compilación del cuerpo de leyes aprobadas en 1532 por el Emperador Carlos V del Sacro Imperio Romano Germánico, el cual fue considerado como el primer cuerpo de derecho penal alemán, en donde se consagraron como delitos graves el asesinato, el homicidio y el robo, así como la homosexualidad y la herejía. La razón de ser de la Constitución Carolina fue unificar toda la legislación del Imperio<sup>10</sup>, desarrollándose la figura de la tentativa en el artículo 172, el cual decía lo siguiente:

*“Si alguno planea o intenta cometer un maleficio con hechos aparentes, conducentes a la realización de aquél, y, contra su voluntad, viene impedido para consumir el delito, tal voluntad debe ser afectada criminalmente”<sup>11</sup>.*

Con posterioridad a este primer cuerpo normativo, que recibió al denominación de “*Constitución*” (no porque tuviera la connotación que tiene hoy en día dicha expresión,

---

Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti *ex* Art.56 con particolare riferimento a un Caso di Tentativo di Congiunzione Carnale, Rivista Italiana di diritto e procedura penal., Anno XLI, 1998, P.908

<sup>5</sup> BINDING, Compendio di Diritto Penale, Cit., P.21

<sup>6</sup> SANTISE MAURICIO, ZUNICA FABIO, Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale, Ob.Cit. P.299.

<sup>7</sup> BINDING Compendio di Diritto Penale, Cit P.21

<sup>8</sup> BINDING Compendio di Diritto Penale, Cit P.21

<sup>9</sup> PIOLETTI UGO Diritto Penale, Parte Generale (Corso di Lezioni), Anno Accademico 1954-1955, Librería Editrice Ricerche, Roma, 1955, P.111. Con la Constitución Carolina, fue resultado del pensamiento humanístico de la época, y con la cual se pasó de la edad media a la edad moderna, VOLK KLAUS, Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Parte Generale, CEDAM,1993, P.1

<sup>10</sup> BERND MARQUARDT, El primer código penal sistemático, de la modernidad temprana europea: *La Constitutio Criminalis Carolina de 1532*, en Revista Pensamiento Jurídico No.45 ISSN 0122 – 1108, Enero – Julio, Bogotá 2017, PP.15,60).

<sup>11</sup> LETO GAETANO, Di Esecuzione nel Tentativo, Palermo, Alberto Reber Librería della Real Casa, 1908, P.14.

sino porque fue la primera vez que se constituyó un cuerpo de normas), le siguió la llamada Constitución Teresiana de 1768<sup>12</sup> en honor a su promulgadora la emperatriz del Sacro Imperio “*María Teresa*”, hija del Emperador Carlos VI<sup>13</sup>, quien expidió un nuevo Código Penal únicamente para el Círculo Imperial Austriaco y la Corona de Bohemia, la cual conservó los fundamentos de la Constitución Carolina, pero incluyendo los delitos de *hechicería, brujería, adivinación*, y también la *apostasía* como negación total del cristianismo<sup>14</sup>.

Luego, con la aparición de los estados territoriales en Alemania –y conforme lo ilustra VOLK-, la legislación penal era competencia de los estados, y tras la aparición de muchas legislaciones, surgieron como las más importantes la de Prusia y principalmente la de Baviera de 1813, creada por FEUERBACH y considerada ejemplar, en tanto que fue en dicha legislación alemana en donde se consagró el principio “*nullum crimen, nulla pena sine lege*”, siendo éste uno de los aporte más importantes que el autor alemán consagró, el sometimiento del juez al imperio de la ley<sup>15</sup>.

Posteriormente la figura de la tentativa se incluiría en las legislaciones de Manuel Filiberto de Saboya, de Carlos Manuel I y Carlos Manuel II, inspiradas en la Constitución Carolina, así como también los Códigos de las dos Sicilias (1819), de los Estados Sardos (1859), hasta llegar al Código Zanardelli<sup>16</sup>. Por ello resulta, cuando menos, necesario recordar el contexto y desarrollo del Código Penal y de Procedimiento Penal de 1930, que modificaron el Código de 1889<sup>17</sup>.

PAOLI reseña el devenir histórico del nuevo Código Penal, pues refiere que la mayor influencia que tuvo en su momento no sólo en Italia sino casi en toda Europa en relación con las reformas políticas, constitucionales y legislativas, fue la Revolución Francesa, y no tanto por el hecho mismo de la revolución como hecho político, sino por el resultado de

---

<sup>12</sup> LETO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit. P.5.

<sup>13</sup> [www.wikipedia.es](http://www.wikipedia.es)

<sup>14</sup> BERND MARQUARDT, El primer código penal sistemático, Ob. Cit. P.44

<sup>15</sup> VOLK KLAUS, Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Parte Generale, CEDAM,1993, P.1,2.

<sup>16</sup> PIOLETTI, Diritto Penale, Ob. Cit. P.111

<sup>17</sup> CRIVELLARI GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Roma, Torino, Napoli, Unione Tipografico Editrice, 1889.

dicha lucha consignada en un documento que logró cambiar la noción que se tenía incluso del Estado, como lo fue la *Declaración de los Derechos del hombre*, la cual a su vez se inspiró los principios ya discutidos y resaltados por BECCARIA<sup>18</sup>.

Esta revolución marcó también el rumbo del derecho Europeo pues el Código Penal de Napoleón regía en todo el Imperio francés, del que hacía parte Italia por efecto de su dominación militar, textos que fueron acogidos incluso después de que los Estados italianos recobraron su independencia, y aún a pesar de existir en Italia todo un desarrollo notable del derecho penal; sin embargo, fue la connotación garantista que tenía la normatividad napoleónica que terminó cediendo ante lo que PAOLI señaló como las dos grandes fuerzas, la opinión pública y el pensamiento científico<sup>19</sup>.

En la conformación del nuevo Estado Italiano fueron expedidos diferentes Códigos, como lo fueron el Código Austriaco (1815), las leyes penales de las dos Sicilias en Nápoles (1819), el Código Penal de Parma, Piacenza y Guastalla (1820), el Código Penal del Estado de Estense–Módona (1855), el Código Penal Toscano (1859), el Código Penal Sardo (1859), y finalmente -como consecuencia de la unificación del Reino de Italia- el Código Zanardelli de 1890<sup>20</sup>.

Ya en 1925, el gobierno autorizó la modificación de las leyes penales a través de su Ministro de Justicia Alfredo Rocco, quien presentó a la Cámara del Parlamento un proyecto

---

<sup>18</sup> PAOLI GIULIO, PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano, Volume I Parte Generale, 1 i fondamenti*, CEDAM, Padova, 1936, P.216,217.

<sup>19</sup> PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.217

<sup>20</sup> PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.219

de reforma a la ley sustantiva penal como procedimental penal<sup>21</sup>, proyecto que el 19 de octubre de 1930 generó la expedición del nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal<sup>22</sup>.

Ahora bien, ya en relación con la figura de la tentativa, pareciera ser que el antecedente histórico más evidente se encuentra en la obra de CESARE BECCARIA, en su obra “*Dei delitti e delle pene*”<sup>23</sup>, en el capítulo “*Attentati, complici, impunità*” de su magistral obra afirma:

*“Perché le leggi non puniscono l'intenzione, non è però che un delitto che cominci con qualche azione che ne manifesti la volontà di eseguirlo non meriti una pena, benché minore all'esecuzione medesima del delitto. L'importanza di prevenire un attentato autorizza una pena; ma siccome tra l'attentato e l'esecuzione vi può essere un intervallo, così la pena maggiore riservata al delitto consumato può dar luogo al pentimento.”*

Lo anterior significa que en la mente del escritor ya existía la comprensión del fenómeno jurídico de la tentativa, que él refiere con la expresión “*atentado*”<sup>24</sup>, para significar que no siempre la conducta desplegada por la persona logra consumarse, y por ende no puede ser castigada en la misma proporción del delito consumado.

De manera tal que BECCARIA ya establecía para la ciencia penal italiana conceptos como la ejecución y la consumación delictiva, la ofensa del bien jurídico, el derecho penal de

---

<sup>21</sup> El texto por medio del cual se presentó el proyecto de reforma era éste: “*Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il codice penale e il codice de procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al codice civile.*”... “*Il Governo è autorizzato: Io) a modificare nel codice penale le disposizioni concernenti il sistema delle pene gli effetti e l'esecuzione delle condanne penali, le cause che escludono o diminuiscono la imputabilità, la recidiva, la estinzione dell'azione e delle condanne penali e le disposizioni concernenti i singoli reati e le pene ad essi relative, per adeguarle alle nuove esigenze della vita economica e sociale, nonchè ad emendare gli articoli del codice stesso che danno luogo a questioni tradizionali, o che comunque siano riconosciuti formalmente imperfetti...*” PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.231

<sup>22</sup> PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.234.

<sup>23</sup> BECCARIA Cesare: *Dei delitti e delle pene*, Letteratura italiana Einaudi, 1973, Milano, P.99.

<sup>24</sup> Al parecer se sostuvo por un tiempo que existía una diferencia conceptual entre la expresión “tentativa” y la expresión “atentado”, pues se referían a momentos diferentes del iter criminis, pues la expresión “atentado” extendía la línea de punibilidad hasta los actos preparatorios, en tanto que la tentativa la punibilidad sólo iniciaba desde los actos ejecutivos. Sin embargo, con el paso del tiempo, y la evolución semántica, dichas expresiones las dos expresiones eran sinónimas, pero siendo utilizada más comúnmente la expresión “atentado”, pero quedando finalmente la expresión tentativa. Posteriormente, la expresión “atentado” fue nuevamente rescatada para referirse a los delitos contra el Estado, es decir, contra la seguridad y estabilidad del Estado, pero ya no punible desde los actos preparatorios, sino desde los actos ejecutivos. Confrontar con GALLO ETTORE, *Attentato (delitti di) Digesto delle Discipline Penalistiche*, Volume I A-B, UTET, P.342-344.

acto, el principio de ejecución como requisito de la tentativa, y la univocidad de los actos entendidos como aquéllos que permiten inferir de forma objetiva la intención criminal.

Es palpable, entonces, como su pensamiento estaba influenciado por el iluminismo que propugnaba por la aplicación de un derecho penal proporcional, razonable que sólo castigara el hecho cometido (derecho penal de acto), es decir, la exteriorización en hechos o actos palpables de la intención criminal, siempre y cuando dichos hechos o actos conlleven **ejecución** (principio de ejecución), excluyendo por tanto la criminalización de ideas o, incluso, la preparación de la conducta.

Es CARRARA<sup>25</sup> quien -comentando la obra del profesor César Cantú "*Beccaria e la scienza criminale*"- se refiere a CARMIGNANI como el gran apóstol y doctor del derecho penal por haber logrado no sólo reducir los principios de BECCARIA a fórmulas científicas y a un método didáctico (siendo su obra "*Instituciones de Derecho Criminal*" la prueba de tal aporte), sino también por conseguir la reedificación de toda la doctrina penal sobre la base sencilla y firme de la naturaleza de las cosas<sup>26</sup>, lo cual exigía una nueva concepción y estructura del derecho penal que se ajustara a los principios estrictos de justicia y no a pretendidos sentimientos de piedad hacia los culpables.

Para SEMINARA<sup>27</sup>, también fue CARMIGNANI quien desarrolló oficialmente la elaboración científica de la teoría de la tentativa en la ciencia jurídica italiana, pues se le atribuye haber sido quien resaltó la exigencia de un estrecho vínculo entre la ejecución y la posibilidad de consumación, al definir la tentativa como un "*acto humano que tiene carácter extrínseco de medio, usado con el malvado e idóneo propósito de conseguir su fin en la consumación de cierta y determinada ofensa social*"<sup>28</sup>.

### **1.1 La definición de tentativa del código de Zanardelli:**

---

<sup>25</sup> CARRARA, Cantú y Carmignani en "*Opusculos del Derecho Criminal*" Tenmis 1976, II, P.453,s

<sup>26</sup> CARRARA, ibídem.P.453

<sup>27</sup> SEMINARA SERGIO, *Il Delito Tentato*, P.16,17

<sup>28</sup> SEMINARA SERGIO, Ibídem.

Se dice que, en materia de tentativa, el siglo XIX fue el siglo de la teoría del *inicio de ejecución*, pues el límite de la punibilidad se demarcó en aquella época, fruto de la Revolución Francesa con el “*commencement d'exécution*” entronizado en el Código Napoleónico y que luego fue exportado a todos los países europeos conquistados militarmente por el Imperio Francés, razón por la cual, una vez cayó el Imperio y se formaron la mayoría de los Estados europeos, al crearse la mayoría de las legislaciones penales nacionales dicha fórmula fue heredada incluso por Italia con el Código Zanardelli de 1890<sup>29</sup>.

Junto a este contexto histórico, debe mencionarse otro de naturaleza jurídica pues la naciente y creciente Escuela Positiva venía refutando a la así llamada Escuela Clásica, además de que en Alemania la doctrina y la jurisprudencia se afianzaban cada vez más a la teoría subjetiva como fundamento de la punibilidad, por lo que la estructura de la tentativa en la forma que se redactó en su momento, permitía advertir la clara preferencia por la teoría objetiva fruto del nuevo pensamiento de corte liberal de aquella época<sup>30</sup>.

Pero dicha preferencia era la consecuencia de los desarrollos que hasta el momento había realizado ROMAGNOSI, CARMIGNANI y el ilustre CARRARA, quienes se edificaban la punibilidad de la tentativa sobre el criterio del *perigo en curso del derecho tutelado*. Es precisamente el criterio de la peligrosidad lo que hacía –para estos autores italianos– que sean los actos ejecutivos los que se deban punir y no los preparatorios, pues estos últimos, si bien tienen determinada intención criminal, objetivamente no ostentan por sí mismos peligrosidad para el derecho tutelado<sup>31</sup>. Son los actos ejecutivos los que revelan a la justicia de forma suficiente la intención de cometer un delito, pues en la tentativa se

---

<sup>29</sup> DEL CORSO STEFFANO, La Tentativa en el Código de Zanardelli, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XXXIII, 1990, P.955

<sup>30</sup> DEL CORSO STEFFANO, Atti preparatori ed Atti esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, *Ob. Cit.* P.956.

<sup>31</sup> DEL CORSO STEFFANO, Atti Preparatori ed Atti Esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, *Ob. Cit.*, P.963.

ocasiona una *perturbación*, una *puesta en peligro* del derecho, pero sin violarlo<sup>32</sup>. Por ello, decía el Código Zanardelli en sus artículo 61 y 62<sup>33</sup>:

Artículo 61: “*Aquel que con el fin de cometer un delito comience con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes a su voluntad, no cumpla todo lo que es necesario para su consumación, es castigado con reclusión no inferior a 10 años....*”

Artículo 62: “*Aquél que con el fin de cometer un delito cumpla todo lo que es necesario para su consumación, y esta no se presente por circunstancias independientes de su voluntad, es castigad con reclusión no inferior a veinte años...*”

Como se puede observar, el Título V de dicha codificación intitulada “De la Tentativa”, regulaba en los artículo 61 y 62 dos figuras jurídicas que en su momento se consideraban necesarias y consecuentes con la escuela italiana, como lo eran el *delito tentado* y el *delito fallido*, estableciendo cuatro elementos fundamentales: i) que el agente tenga como propósito cometer un delito, ii) que haya iniciado con medios idóneos la ejecución, iii) que haya cumplido todos los actos necesarios para la consumación, y iv) que la consecuencia no se haya presentado por circunstancias ajenas a su voluntad<sup>34</sup>.

El *delito fallido*, eliminado por el código de Rocco, era entendido por BETTIOL como aquél en el cual el agente ejecutó toda la actividad, pero el evento no se verificó, en tanto que, en el delito tentado, el agente no había aún ejecutado la acción criminal<sup>35</sup>.

## 1.2 Algunos aspectos de Carrara y la figura de la tentativa:

Es preciso aclarar que *tentativo*, *conato* y *attentato* tienen la misma significación jurídica para CARRARA<sup>36</sup>; por ello, cuando el autor italiano hablaba de la *tentativa*, también

---

<sup>32</sup> CHAUVEAU- F. HÈLIE, Teorica del Codice Penale (trad. It. Sulla V ed. Francese del 1872) 1, Napoli, 1886, 286 ss, Citado por DEL CORSO STEFFANO, Atti Preparatori ed Atti Esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, Ob. Cit., P.278,9

<sup>33</sup> CRIVELLARI GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Roma, Torino, Napoli, Unione Tipografico Editrice, 1889.

<sup>34</sup> CRIVELLARI GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Roma, Torino, Napoli, Unione Tipografico Editrice, 1889, p.35. RAMACCI FABRIZIO, Corso di Diritto Penale, Quinta Edizione, Riestampa, Riveduta e Aggiornata a cura di Roberto Guerrini, 2015, Giappichelli Editore, Torino, P.428.

<sup>35</sup> BETTIOL GIUSEPE, Diritto Penale, P.443

<sup>36</sup> DEL CORSO STEFANO, Atti preparatori ed Atti esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXXIII, 1990, P. 148-163.



utilizaba la expresión *conato*<sup>37</sup>. Hecha esta precisión, el príncipe del derecho penal definió la tentativa como cualquier acto externo unívocamente conducente por su naturaleza a un evento criminoso, y así mismo dirigido por el agente con explícita voluntad, no seguido del evento mismo ni de la lesión de un derecho equivalente a eso que se quería violar<sup>38</sup>.

Ahora bien, para hablar de *tentativo* o *conato*, se requería según CARRARA de un *principio de ejecución del delito*, pero la ejecución delictiva no puede invocarse sin un acto externo que por la naturaleza misma del hecho represente un momento físico de la acción criminal; por lo tanto, los deseos, los pensamientos, las deliberaciones también manifestadas o confidencialmente por vía de amenazas o de acuerdos o de instigaciones, no son *conato* por dos razones: o ya sea porque no siempre deja cierta la intención de ejecutar, o ya porque aún existente tal intención, no son en sí mismas un principio de ejecución del delito pensado, deliberado, amenazado, instigado o también acordado<sup>39</sup>.

Para CARRARA, los actos externos que no constituyen *conato punible*, por cuanto son meramente preparatorios, pueden ser *actos preparatorios en modo absoluto* y *actos preparatorios en modo contingente* o condicional, siendo los primeros aquéllos actos en los cuales falta absolutamente el principio de ejecución (compra del arma, compra del veneno), *no existiendo en estos actos peligro actual*, y siendo los segundos aquéllos actos que respecto a un determinado entendimiento del agente, tendría la índole de comienzo de ejecución y ofrecería un principio de peligro actual, pero que frecuentemente se deben ver como meramente preparativos por la ausencia de univocidad, no castigables por cuanto no hay certeza de que tiendan a un delito<sup>40</sup>.

Ahora bien, cuando se dice que la naturaleza del acto conduce a un evento criminal, se hace referencia a la *idoneidad*<sup>41</sup> del mismo, es decir, a la aptitud del acto de lograr el fin criminal, segundo carácter indispensable del acto externo, puesto que los actos inidóneos no

---

<sup>37</sup> Dice CARRARA: “*Definisco il conato – tentativo, attentato...*” y más adelante refiere: “*L’analisi di questa definizione, ci fa conoscere quando si abbia il conato ...*”, en CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.313

<sup>38</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.313.

<sup>39</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit. P.314

<sup>40</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.316

<sup>41</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.318

pueden imputarse como delito tentado. Por consiguiente dice que si el delito es un ente jurídico, en los actos externos deben también verse sus relaciones jurídicas, puesto que la idoneidad puede derivar aún en ciertas relaciones existentes entre actos externos y el sujeto pasivo del delito, razón por la cual debe distinguirse entre *sujeto pasivo del atentado* y *sujeto pasivo de la consumación*<sup>42</sup>.

El *sujeto pasivo de la consumación* es la cosa o persona sobre la cual debía tener lugar el acto consumativo, en tanto que *el sujeto pasivo del atentado* son todas las otras personas o cosas sobre las cuales, por la naturaleza del hecho, hacen que el culpable deba realizar ciertos actos como medio para llegar y ejecutar otros actos sobre el sujeto pasivo de la consumación, trayendo como ejemplo el ladrón que para hurtar unas joyas, debe tumbar la puerta de la habitación, siendo entonces las joyas, el sujeto pasivo de la consumación, y la puerta el sujeto pasivo del atentado<sup>43</sup>.

Para CARRARA, la ejecución del delito experimenta una serie de momentos que son distintos de la preparación y de la consumación. El criterio constante y seguro para diferenciar los *actos preparatorios* de los *actos ejecutivos* y los *actos consumativos*, debe buscarse en el sujeto pasivo de atentado: i) cuando los actos recaen sobre el sujeto activo primario o secundario del delito son *actos preparatorios*, ii) cuando recaen sobre el sujeto pasivo del atentado son *actos ejecutivos*, iii) cuando caen sobre el sujeto pasivo de la consumación, son *consumativos*<sup>44</sup>. Los actos preparatorios *no presentan elementos de punibilidad*, los ejecutivos son punibles como *conato remoto*, y los consumativos son *punibles como conato próximo*.

Por su parte, los *actos preparatorios* se diferencian de los *ejecutivos* por la “*univocidad*”, y los *actos ejecutivos* se diferencian de los *actos consumativos* por la presencia del sujeto pasivo de la consumación, motivo por el cual, al recaer estos actos en el sujeto pasivo, son consumativos y en consecuencia, se convierten en un delito perfecto tan pronto como se

---

<sup>42</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.321

<sup>43</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.322. DEL CORSO STEFFANO, Atti preparatori ed Atti esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXXIII, 1990, P.154.

<sup>44</sup> CARRARA, Corso di Diritto Criminale, Ob. Cit., P.321

consuma la violación del derecho atacado. Sin embargo, si los actos consumativos son idóneamente ejecutados pero el evento no sucede con ocasión de un imprevisto fortuito, el conato cumple su vida jurídica y se convierte en un *delito fallido*<sup>45</sup>.

Para CARRARA, *la tentativa* era la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación del delito puesto en marcha con la intención explícitamente dirigida a ese delito, pero no seguida del efecto querido por razones ajenas a la voluntad del agente y del modo de actuar del culpable<sup>46</sup>. Además, consideraba que existía diferencias entre haber ejecutado todos los actos que el delincuente había diseñado y todos los actos necesarios, siendo definidos éstos por leyes naturales y por sus relaciones con las cosas<sup>47</sup>.

Ahora bien, lo que permitía distinguir *el delito fallido* de *la tentativa* era -en palabras de CARRARA- que mientras en *el delito fallido* el agente realiza todos los *actos que él considera necesarios* para ejecutar la acción criminal, tales actos *no son los idóneos* conforme a los hechos naturales y como estos mismos se desenvuelven, mientras que en *la tentativa* los actos realizados por el agente son *los necesarios e idóneos para la consumación*, pero el evento no se da por una causa ajena al agente. Resumiendo, toda la teoría de la tentativa y del delito fallido la recoge este autor italiano en la siguiente fórmula: “*son esenciales al conato para que pueda imputarse como delito la intención y el peligro*”<sup>48</sup>.

Dicha figura fue suprimida por cuanto respondía a un criterio más propio del derecho penal de autor que del derecho penal de acto, en tanto que lo que castigaba en sí era la acción como evidencia de la peligrosidad social del agente, ya que no habiendo puesto ni siquiera en riesgo el bien jurídico protegido punía con más pena la conducta que en el caso del delito tentado, en donde efectivamente sí fue puesto en riesgo el bien jurídico.

---

<sup>45</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.P.342.

<sup>46</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.347

<sup>47</sup> CARRARA, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.349

<sup>48</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.p.350.

Se consideró, pues, necesario hacer una reforma al Código Penal que se ajustara más a la nueva realidad política no sólo de Italia sino del mundo (el régimen fascista, para ser más específico)<sup>49</sup>, además de que se produjo en gran parte de países reformas a los códigos penales que hicieron necesario revisar aspectos del Código Penal de 1889, y en donde fueron tenidos en cuenta los estudios ya realizados por FERRI<sup>50</sup> respecto de la primera parte del Código Penal, y en donde se debatieron entre muchos otros temas si se debía acoger la teoría tripartita del delito (crímenes, delitos y contravenciones) de origen franco-alemán, o la bipartita (delitos y contravenciones) acogida por Italia desde el Código Zanardelli y que fue reafirmada por el Código Rocco de 1930, aún vigente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es preciso hacer una breve referencia a las posturas asumidas por los diferentes sectores frente al proyecto de reforma, en relación con la tentativa, las cuales fueron recogidas en los trabajos preparatorios de los códigos penales y de procedimiento penal.

## **2. Trabajos preparatorios del Código Penal Italiano:**

### **2.1 Los Jueces:**

#### **2.1.1 La Corte de Casación:**

La Corte de Casación italiana indicó que los requisitos del delito tentado eran: i) el cumplimiento de actos idóneos, ii) con el fin de cometer un determinado delito y iii) que las acciones no se cumplan o el evento no se verifique<sup>51</sup>. Sin embargo, advierte que existe un riesgo de vaguedad, si entre los actos idóneos y el fin no se precisa otro elemento que ayude a concretizar de mejor forma dicha relación, como lo serían los actos unívocos o univocidad de los actos.

También propuso en su momento la magistratura que el aparte del tercer elemento “*si la acción no se cumple*” fuese cambiado por una mejor expresión “*si la acción permanece*”

---

<sup>49</sup> A.M. LA SCALA, *Il Tentativo punibile nel vigente ordinamento giuridico*, Cacucci Editore 2011, p.15

<sup>50</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p. 9.

<sup>51</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.426.

*incompleta*”, pues no puede admitirse que se diga que no se concluye la acción, precisamente porque el presupuesto de la tentativa es que el agente haya cumplido o concluido los actos idóneos.

En cuanto al tercer elemento, iguala dos circunstancias, la del delito “tentado” -que la acción no se cumpla- y la del delito “fallido” -que la acción que no se verifique-.

### **2.1.2 La Corte de Apelación de Bologna:**

Por su parte, la Corte de Apelación de Bologna consideró que la nueva definición que se proponía era menos compleja, más simple que la del código objeto de reforma<sup>52</sup>. De igual forma consideraba necesaria una mayor precisión, insistiendo en que no puede admitirse la supresión de la distinción entre delito tentado y delito fallido. Cuestionaron en su momento que el legislador pretendió unir en el delito tentado los criterios del delito fallido, pues éstos componen el delito imperfecto. De igual forma señalaron que no resultaría suficiente para establecer que el delito es tentado incluir “*los actos unívocos*” sin importar la cantidad de actos idóneos, lo que podría resultar demasiado restringida o demasiado amplia.

### **2.1.3 La Corte de Apelación de Catania:**

La Corte de Apelación de Catania resaltó la intención del legislador de querer abandonar la figura del delito fallido, celebrando que se acabara la distinción entre tentativa perfecta e imperfecta, pues ello no tiene razón de ser frente a la punibilidad<sup>53</sup>. Por tanto, consideraba punitivamente de la misma forma quien había realizado toda la acción y quien sin quererlo se había visto obligado por las circunstancias a detenerse.

### **2.1.4 Corte de Apelación de Firenze:**

La Corte de Apelación de Firenze consideró coherente la propuesta de incluir la univocidad de los actos, pues se pasa de un sólo momento estático de la acción al momento dinámico<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.427-428.

<sup>53</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.428.

<sup>54</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.428-429.

Por lo tanto los actos objetivamente dirigidos a producir el resultado y no sólo subjetivamente.

### ***2.1.5 Corte de Apelación de Napoli:***

Consideró peligroso dejar simplemente la regla de los actos idóneos dirigidos con el fin de cometer un delito<sup>55</sup>. No basta con el requisito de la idoneidad, pues ésta sólo responde a la eficacia del medio, motivo por el cual la sola idoneidad en el ejemplo del hombre que compra un veneno para matar a su enemigo haría punible el acto preparatorio y no el acto ejecutivo, lo que no sería admisible.

Se hace entonces necesario como lo expresó Rocco, que la equiparación entre actos preparatorios y actos ejecutivos se admita siempre y cuando los actos sean unívocos y también idóneos, por lo que debe incluirse entre la palabra actos idóneos, la palabra “y unívocos”.

Admitieron la equiparación de delito fallido y delito tentado, aunque la diferencia teóricamente exacta, poco se toma en los casos concretos y es causa de desigualdades injustas en la aplicación de la pena.

### ***2.1.6 Corte de Apelación de Palermo:***

Estimaron que el artículo 58 limita la tentativa a la noción de conato, y la diferencia entre delito tentado y delito fallido es empírica, mas no científica, por tanto igual peligrosidad demuestran, los que con medios idóneos comienzan con medios idóneos la ejecución del delito, y los que con medios idóneos cumplen cuanto sería necesario para consumir el delito mismo<sup>56</sup>.

### ***2.1.7 Corte de Apelación de Potenza:***

---

<sup>55</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.430.

<sup>56</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.430.

Consideraron que abolir la diferencia entre delito tentado y fallido se remonta a la escuela clásica italiana que no está conforme al espíritu informador del mismo proyecto<sup>57</sup>. En el contenido del artículo 43 se haya comprendido tanto el daño como el peligro, debiendo buscarse que las dos figuras permanezcan diferenciadas por el mayor peligro del evento.

#### **2.1.8 Corte de Apelación de Roma:**

Consideraron que en la primera parte, la fórmula sería mejor expresada así: “ *aquél que cumpla una o más actos*” para que no surjan equívocos de interpretación en el caso, y que no sólo sea el acto idóneo dirigido con el fin de cometer un delito<sup>58</sup>.

La reserva que existe sobre la aceptación de la nueva definición, en cuanto que ella permitiría castigar al agente que cometiera cualquier acto preparatorio que se encontrar en relación incluso inmediata y remota con el evento dañoso, debería caer, considerando que el requisito de la idoneidad del acto, unido a su dirección al fin delictuoso, cuando sean bien acertados y valorados, constituyen la esencia de la tentativa.

#### **2.1.9 Corte de Apelación de Trieste:**

Consideró que fue abolida oportunamente toda distinción entre delito tentado y fallido, y que el proyecto precisa mejor la noción del delito imperfecto<sup>59</sup>. Se regresa al criterio de “univocidad” originalmente aceptado por Carrara, considerando como suficientes para constituir el “principio de ejecución” todos los actos que revelan de forma indudable su dirección a través de un determinado hecho criminal, aunque se agoten en el proyecto primario o secundario del delito y no invadan menormente la esfera jurídica de las cosas y personas.

---

<sup>57</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.430.

<sup>58</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.431.

<sup>59</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.431.

Se trata evidentemente de actos que dada su intrínseca finalidad aparecen por sí mismos peligrosos y deben entonces, ser punidos, castigados.

## **2.2 La Academia:**

### **2.2.1 *Universidad de Bologna*<sup>60</sup>:**

Consideró que a través de la reforma propuesta, se modificaba profundamente la norma del delito tentado y suprime la figura del delito fallido. Debía, entonces, precisarse el concepto de acción en relación con el evento para evitar discusiones frecuentes, difíciles y delicadas. Señala que al decirse “actos idóneos” debe entenderse como “actos de ejecución” no pudiéndose suponer que el legislador se anticipe a los actos de preparación.

### **2.2.2 *Universidad Católica del Sacro Cuore–Milano*:**

Señaló que la nueva definición puede generar discusiones acerca de la eliminación de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos del delito, pero debe tenerse en cuenta que esa no es la discusión, sino que la finalidad es establecer cuando esos actos son punibles y cuando no<sup>61</sup>.

Por tanto estiman que el principio carrariano de la univocidad de los actos sigue siendo actual y es el que mejor solución ofrece desde el punto de vista político - legislativo, pues ello le permite definir al legislador cuando un acto se reputa punible y cuando no, estimando que la figura de delito fallido era irracional.

Se advertía, entonces, de estas intervenciones por parte de la academia y de la magistratura, que la posición dominante estuvo de acuerdo en que la nueva concepción de la figura de la tentativa debía incluir dentro de sus elementos, los criterios de *idoneidad*, y *univocidad de los actos*, y suprimir el *principio de ejecución*, así como también el *delito fallido*, para responder de mejor manera a lo que se buscaba con la reforma.

---

<sup>60</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.432.

<sup>61</sup> *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografía delle Mantellate, 1928, Anno VI, p.433-434.



### 2.3 La definición de tentativa en el código de Rocco:

La nueva redacción del artículo 56 del así denominado Código Rocco, vigente actualmente, tiene la siguiente estructura:

Artículo 56: “*Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l’azione non si compie o l’evento non si verifica*”<sup>62</sup>.

Como ya se ilustró en precedencia, la posición dominante en la Italia de aquella época se inclinó, como lo ilustra GRANATA, por eliminar el *inicio de ejecución* dentro de la estructura de la tentativa, y sustituirlo por el criterio de los “*actos dirigidos en modo no equívoco*” para acabar con la discusión que desde la época de Carrara se suscitaba, de poder diferenciar en la tentativa, entre actos preparatorios y actos ejecutivos<sup>63</sup>.

Pero no sólo el acabar la diferencia entre los actos preparatorios de los ejecutivos fue lo que ocasionó el cambio estructural de la tentativa, sino que según GROSSO dicha modificación tuvo una clara motivación de índole político, como lo fue la influencia del fascismo<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENAL, a cura di Luigi Alibrandi, Piermaria Corso, 42ª Edizione, LA Tribuna, 2015.

<sup>63</sup> GRANATA LUIGI, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Edizioni Dell’Ateneo – Roma, P.108

<sup>64</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Corso di Diritto Penale 1, Le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica, seconda Edizione, Giuffrè Editore, P. 381.

debido al plan frustrado para asesinar a Mussolini<sup>65</sup>, pues el Código Zanardelli era inspirado profundamente por la ideología liberal<sup>66</sup>.

Como se dijo en precedencia, el legislador consideró oportuno quitar el *inicio de ejecución* como elemento de punibilidad de la tentativa, para incluir además de la idoneidad, el criterio de la univocidad de los actos, queriendo eliminar la vieja discusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, y centrar la punibilidad de los mismos sobre el criterio de los actos dirigidos de forma inequívoca a cometer el delito, es decir, sobre un criterio que en opinión de algunos doctrinantes<sup>67</sup>, aún no estaba suficientemente elaborado como para ilustrar su correcto entendimiento, asumiendo que la idoneidad de los actos conlleva por sí mismo, la idoneidad de los medios.

Otra importante distinción que se advierte con la nueva estructura del artículo 56, es como lo indica PANNAIN, el cambio de la expresión *medios idóneos* por *actos idóneos*, lo que conlleva un cambio trascendental en el entendimiento de la norma, y con profundos efectos en la práctica, pues mientras que la palabra medio se relaciona con el instrumento utilizado, la palabra acción, se relaciona con la exteriorización de la voluntad, es actividad humana, es acción delincuencia. Puede considerarse que el medio es el instrumento en sentido

---

<sup>65</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Clicca e sfoglia, P.477. Con el fin de ilustrar la trascendencia que conllevó cambiar el principio de ejecución, por el criterio de actos *idóneos* y *unívocos* dirigidos con el fin de cometer un delito, pues, este último extiende la línea de punibilidad hacia actos que de otra forma tendrían la connotación de preparatorios, pertinente puede resultar traer a colación el caso de Tito Zaniboni citado por este mismo autor., un socialista que en noviembre de 1925 con el fin de asesinar a Mussolini, alquiló en un hotel, un cuarto frente al balcón del Palacio Chigi, en donde Mussolini daría un discurso a la nación. Unas horas antes del discurso, Zanniboni fue arrestado mientras subía las escaleras del hotel, pues gracias a la información de un espía se pudo conocer y frustrar su plan, a quien además se le encontró en el armario de su habitación un fusil de precisión. Esta persona en el curso del proceso (que según el autor, se llevó a cabo en 1927) admitió que su intención era asesinar al jefe del Estado, sin embargo el Código Penal vigente era el de Zanardelli, y por tanto la acción hasta ahora desplegada no podía ser punible a título de tentativa, en tanto que no existía aún un principio de ejecución del homicidio. Sin embargo, fue condenado a 25 años de prisión, gracias a una ley especial de 1926 que castigaba con penas más duras los delitos cometidos contra el jefe del Estado, ley que le fue aplicada en aplicación del principio de retroactividad por existir actos dirigidos contra su vida. GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Manuale di Diritto Penale, P.478.

<sup>66</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, (Sez.I, N.40058, 24 Settembre 2008) Cassazione Penale, Vol. XLIX, N.09, 2009, P.3351-3361.

<sup>67</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietà nella struttura del delitto tentato. Itinerari de Diritto Penale 9, Collana Diretta da G.FIANDACA, E.MUSCO, T.PADOVANI, F.PALAZZO, G. Giapichelli Editore – Torino, P.60-61.

amplio, y éste a su vez, puede referirse tanto a los actos, como a los objetos materiales usados para la consecución del objetivo; pero, cuando la ley habla de actos se refiere a la actividad humana considerada de forma prevalente sobre los medios, sobre todo los actos realizados de forma concreta<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parte Generale Unione Tipografico, Editrice Torinese, P.456. RAMACCI, Corso di Diritto Penale, Ob.Cit.P.439

## **CAPITULO II**

### **DE LA TENTATIVA**

Pareciera ser que uno de los temas que más problema ha suscitado en la teoría del delito en Italia, de la misma manera que en la dogmática penal alemana, es el referido a la tentativa<sup>69</sup>, pues es allí en donde mayores concepciones encontradas pueden advertirse, en tanto que históricamente las posturas están divididas entre quienes consideran que lo que justifica la pena es la intencionalidad criminal con la que se actuó el delincuente sin importar el resultado (teorías subjetivas), entre quienes se oponen a ello, por considerar que es necesaria la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para que se pueda castigar (teorías objetivas), y la de quienes consideran que el fundamento está en castigar tanto la intencionalidad como la puesta en peligro del bien jurídico (teorías mixtas).

Cuando se habla de delito, se habla de las varias formas en las que el delito se manifiesta, siendo la más simple aquella en la cual el delito se realiza completamente<sup>70</sup>, es decir aquél que surgió como consecuencia de la consumación del evento; sin embargo, no siempre la realización de la conducta descrita en la norma llega a su consumación<sup>71</sup>, lo cual ha implicado que el legislador regule tal especial forma de delinquir en la figura de la tentativa, creando para ello una norma autónoma e independiente que contenga los elementos necesarios que permitan ampliar el tipo penal especial en su modalidad no consumada<sup>72</sup>, es decir, en modalidad de tentativa, razón por la cual siempre será necesario contrastar la norma que regula la tentativa con la norma principal.

---

<sup>69</sup> SANTORO ARTURO, *Novissimo Digesto Italiano, Tentativo*, Directo da Antonio Azzara e Ernesto Eula, XVIII, Unione Ipografica Editrice Torinese, P.1133

<sup>70</sup> PADOVANI TULLIO, *Diritto Penale, X Edizione*, Giuffré Editore, 2012, P.249

<sup>71</sup> MAZZON RICCARDO, *Il concorso di reati, e il concorso di persone nel reato*, CEDAM, 2011, P.55

<sup>72</sup> FINI GIORGIO, *Delitto tentato e Circostanze con particolare riferimento a quelle di cui agli art.61.7 e 62.4 C.P.* (Trib. Roma, 9 diciembre de 1987), *Cassazione Penale*, P.1551.

## **1. Relación entre delito y daño. El delito tentado como delito perfecto e imperfecto:**

Cuando se habla de una de las manifestaciones del delito como lo es la tentativa, debe hacerse en relación con su opuesto, es decir, con lo logrado, lo consumado, y si la tentativa es un concepto referido al delito, quiere decir lo anterior que para su plena comprensión, en el ámbito del derecho penal, sólo puede hacerse partiendo de la definición, o concepción de delito consumado<sup>73</sup>.

No por otra razón es que MANTOVANI cuando habla de tentativa, enseña que no es posible hacerlo sin hacer referencia a una antigua discusión de si el delito tentado es un delito perfecto o imperfecto<sup>74</sup>, y por ello se plantea el interrogante: ¿si la no consumación del delito deja el mismo como un delito imperfecto? En tal virtud, es necesario establecer si existe distinción entre éstos<sup>75</sup>, puesto que puede suceder que en la comisión de una conducta están presentes todos los elementos que se exigen para su configuración (delito perfecto), pero también puede suceder que estando presentes casi todos los elementos, sólo falta uno de ellos, como lo es la consumación o el cumplimiento del evento (delito imperfecto).

Para CARNELUTTI el delito imperfecto, conforme con la opinión mayoritaria, es aquél en el cual el evento no se verificó o no todo el daño se pudo verificar, pero entendiendo que cuando se habla de daño, no se habla de cualquier daño, sino del daño que el sujeto quería ocasionar, o al menos el daño que conforme a los medios usados podía ocasionar<sup>76</sup>. Ahora bien, para el profesor italiano, el delito imperfecto reviste una característica, y es que existe una diferencia entre, el efecto y los medios, y la potencialidad de los medios empleados, es

---

<sup>73</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, Volume I, Parte generale, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937 – XV P.439. En igual sentido, SANTORO ARTURO, Novissimo Digesto Italiano, Tentativo, Diretto da Antonio Azzara e Ernesto Eula, XVIII, Unione Ipografica Editrice Torinese, P.1133-

<sup>74</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, Nona edizione, Wolters Kluwer – CEDAM, 2015, P.433.

<sup>75</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, dettato nella Università di Pisa, Undecima Edizione, Volume Primo, Firenze, Casa Editrice Libreria “Fratelli Camelli, 1924, p.303.

<sup>76</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, Il Danno e il Reato. P.23

decir, entre el daño que podía suceder y el daño que efectivamente acaeció, pero no en la ausencia de daño<sup>77</sup>.

CARRARA<sup>78</sup> enseña que el delito es perfecto cuando se consuma la violación del derecho tutelado por la ley penal, en tanto que es imperfecto cuando tal violación no es tenida a pesar de que el culpable tuviese la voluntad dirigida a ese fin y la obra estuviese determinada por los actos externos idóneos a procurarla<sup>79</sup>.

Por su parte, PETROCELLI indica que conforme a la definición del artículo 56 del Código Penal, la tentativa es un delito incompleto o imperfecto, pues ello se deduce de las expresiones “*la acción no se cumple*” o “*el evento no se verifica*”, pero sin desconocer que tienen razón quienes afirman que el delito tentado es un delito imperfecto, como quienes afirman que es un delito perfecto<sup>80</sup>.

Si se tiene como base que la palabra imperfecto, deviene del vocablo latino “*perficiere*”, el cual significa cumplir, terminar, ultimar, y el delito tentado es una acción que no se cumple o el evento que no se verifica por lo que es un delito no ultimado, no terminado, no cumplido, puede concluirse entonces que es un delito imperfecto, pero si esto fuera cierto, haciendo referencia a MANZINI entonces la tentativa no sería punible<sup>81</sup>.

Concluye frente a este punto PETROCELLI, quien afirma que los dos puntos de vista no son concurrentes, ni convergentes, sino que son paralelos, pues cada punto de vista es cierto desde su propia perspectiva, luego no se excluyen, y resulta inútil insistir en lo contrario, pues al fin y al cabo, la tentativa es un ente jurídico autónomo<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*. P

<sup>78</sup> BENNATI ORESTE, *Brevi Osservazioni sopra alcune disposizioni del primo libro del progetto del nuovo Codice Penale Pontremoli*, 1888. P.4.

<sup>79</sup> CARRARA Francesco, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cit., p.303.

<sup>80</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delito Tentato*, Studi. Padova, CEDAM – CASA EDITRICE DOTT.ANTONIO MILANI, 1955, p.8.

<sup>81</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Ob. Cit.*P.10

<sup>82</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Ob. Cit.* P.10

Ahora bien, BETTIOL afirma que si la tentativa es un *delito autónomo* como resultado de fusionar dos normas, la norma incriminadora principal (tipo penal) y la norma incriminadora secundaria (tentativa)), el delito tentado *es un delito perfecto*, por cuanto están presentes los elementos que la constituyen desde el punto de vista objetivo. Sin embargo, refiere que, si la tentativa se analiza en relación con el concepto de consumación, resulta ser un delito imperfecto, pues el concepto de *perfección*, es un concepto relativo, ya que lo que en principio se muestra como perfecto, puede no serlo en relación con otro concepto<sup>83</sup>. Por tanto, para BETTIOL la tentativa será *imperfecta*, si es en relación con el delito consumado, pues adolece de la consumación, última fase del *iter criminis*, pero, es un *delito perfecto* en tanto que están presentes todos los elementos de un tipo penal, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, sólo que desde el punto de vista objetivo, no existe una efectiva lesión del bien jurídico, sino un riesgo o peligro de lesión, aclarando eso sí, que ésta última no es una característica propia de la tentativa, pues existen delitos que se consuman con la sola puesta en riesgo del bien jurídico protegido<sup>84</sup>.

PALAZZO, por su parte, considera la tentativa como un delito imperfecto, por cuanto no se cumple la acción o no se verifica el evento y por tanto el delito no se perfecciona<sup>85</sup>, en tanto que para PANNAIN la tentativa se reputa como delito perfecto porque, la conducta presenta las mismas exigencias descritas en la ley que el delito consumado, como son, un elemento intencional, una conducta criminal y un evento jurídico, lo que significa que reúne todos los elementos de la punibilidad<sup>86</sup>.

VANNINI<sup>87</sup> considera necesario precisar, que la tentativa no es un delito de peligro, a pesar de que la conducta puesta en marcha pueda poner en riesgo el bien jurídico protegido por la

---

<sup>83</sup> BETTIOL GIUSSEPE, Ob. Cit. P. 443. En igual sentido GALLISAI recuerda que la norma que prevé la tentativa es una norma completamente autónoma, casi como un modelo, tal como lo es la norma que prevé el delito consumado. GALLISAI PILO MARIA GIUSEPPINA, Ancora in Tema di Tentativo Circostanziato, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXI, 1978, P.777.

<sup>84</sup> BETTIOL GIUSSEPE, Ob. Cit. P. 443. PULITANO, Diritto Penale, Ob.Cit.P.452

<sup>85</sup> PALAZZO FRANCESCO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, Quarta Edizione, Giappichelli Editore, Torino, P. 453.

<sup>86</sup> PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parte Generale Unione Tipografica, Editrice Torinese, P

<sup>87</sup> VANNINI OTTORINO, Il problema giuridico del tentativo, (Art.56 del Codice Penale) Nova ediciones riveduta e accresciuta, Giuffrè Editore, Milano,1952, P.6

ley, sino que es un grado menor de la violación de la norma principal que contiene la hipótesis de la consumación, y desde este punto de vista, el delito tentado es delito imperfecto, pero visto como un hecho castigable, es jurídicamente *perfectísimo* tanto desde el punto de vista subjetivo (dolo), como desde el punto de vista objetivo, en tanto actividad criminal ha puesto en riesgo el bien tutelado por la ley.

Por tal razón, la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina es que la tentativa es un delito perfecto, en tanto que si fuese imperfecto no sería punible<sup>88</sup>; sin embargo, puede decirse también que el hecho de que se diga que el delito tentado es imperfecto no significa que sea inexistente, pues como lo refiere ANTOLISEI si a un hombre le falta un brazo es imperfecto, pero sigue siendo hombre<sup>89</sup>.

Con razón se ha dicho que son delitos perfectos tanto los consumados como los tentados, pues frente al llamado *iter criminis*, el desarrollo del delito puede quedar bien en el umbral de la tentativa, o bien el de la plena consumación, por lo que la conducta sólo será penalmente relevante, si se encuentra entre estos dos extremos<sup>90</sup>.

Ahora bien, el delito puede quedar imperfecto porque quedó imperfecta la acción, porque se interrumpió el curso de sus momentos físicos, caso en el cual se presenta el conato, o cuando siendo perfecta la acción en todos los momentos necesarios para conseguir el fin perseguido, así como los que eran necesarios para el intento, no se consiguió el efecto que buscaba el agente a causa de un imprevisto que lo impidió, caso en el cual se presenta el delito fallido<sup>91</sup>.

Si la consumación está en tener el hecho alcanzado, en lograr la objetividad jurídica que constituye el título especial de un determinado delito, esto es prueba de que el concepto de consumación es relativo y no absoluto, motivo por el cual un evento que en relación con un

---

<sup>88</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, Elementi di Diritto Penale, La Parte Generale, Giapichelli Editore – Torino, 1944. P.140.

<sup>89</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, Elementi di Diritto Penale, La Parte Generale, Giapichelli Editore – Torino, 1944. P.140

<sup>90</sup> ROMANO BARTOLOMEO, Diritto Penale, Parte Generale, Seconda Edizione, Rinovata ed Ampliata, CEDAM, 2013, P.

<sup>91</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit., p.305.



delito se tiene por consumado, no lo es respecto de otro<sup>92</sup>, tal como sucedería con las lesiones personales, pues éstas son consumadas respecto al delito de lesiones, pero pueden ser intento de homicidio.

## **2. El desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo:**

Se tiene claro que para que exista tentativa se requiere que la no consumación del delito, es decir, la no verificación del evento o el no cumplimiento de la acción, se presente por causa externas ajenas al autor de la conducta, luego si dicha consumación o cumplimiento fallido obedeció al actuar del agente estaremos en presencia del denominado *desistimiento voluntario* que según BETTIOL es una circunstancia personal de exención de la pena<sup>93</sup>, como así lo consagra el inciso 2º del mismo artículo 56 del Código Rocco.

También se ha entendido por la doctrina<sup>94</sup> que el desistimiento voluntario exige el no llevar a término la actividad criminal, bien que el actuar sea de tipo negativo como sucede con los delitos comisivos, o de tipo positivo, como sucede en los tipos de omisión, lo cual implica entonces que la no conclusión del actuar criminal sea libre, es decir, que se produzca por propia iniciativa del autor, pero ésta libertad o espontaneidad debe entenderse como la decisión del autor por la razón que sea, de no ejecutar la conducta delictiva.

El desistimiento voluntario se presenta cuando la actividad de la tentativa haya superado el umbral de relevancia penal, pero aún no se ha llevado a cabo la acción que exige el tipo penal como tal, por una decisión voluntaria, libre del agente, es decir, que a pesar de la posibilidad que tenía el agente de continuar con el curso de su acción, no lo quiso hacer, por lo que no puede tenerse como voluntario, aquéllas circunstancias que le imposibilitaron continuar<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, cit.305.

<sup>93</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob. Cit. P. 451

<sup>94</sup> BARTONE NICOLA, Ob. Cit. P.235. De igual forma este autor hace referencia a la “voluntariedad” como elemento válido del desistimiento voluntario, indicando que tal aspecto conlleva el problema de relevancia del desistimiento que es fruto de un error de hecho del sujeto, indicando que GIANELLI aporta la solución, al decir que en este caso también aplica la regla del desistimiento, sólo si el error depende de factores exclusivamente internos del agente y no de factores externos.

<sup>95</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.463.

La *voluntariedad*, explica BARTONE<sup>96</sup>, no se debe confundir con la espontaneidad del desistimiento, pues como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte de Casación<sup>97</sup>, la *voluntariedad* es un eximente de carácter especial que encuentra fundamento en razones de política criminal que sólo buscan tratar de incentivar el cese en la actividad criminal, pero que insiste, no debe identificarse indefectiblemente con la espontaneidad.

La voluntariedad implica, según SERIANNI, la facultad de actuar libremente, de elegir entre diferentes posibilidades que se tengan, pero no una elección de cualquier forma, sino que esta voluntariedad debe ir unida necesariamente al criterio de *razonabilidad*, por lo que puede decirse que el desistimiento es voluntario cuando el agente tiene la razonable posibilidad de elegir entre continuar la acción criminal o desistir de ella<sup>98</sup>. Esto significa que la voluntariedad como elemento subjetivo del desistimiento que es, tiene como objeto tanto el comportamiento del abandono en sí mismo considerado, como el resultado de dicho comportamiento, por lo que el desistimiento no será voluntario cuando el agente crea involuntariamente una situación u obstáculo que le impida continuar con la acción criminal, o cuando con un comportamiento voluntario, involuntariamente impide el cumplimiento de la acción<sup>99</sup>.

### **2.1 El arrepentimiento activo:**

Mientras en el desistimiento voluntario el agente ha decidido de forma razonable desistir de la continuación de la acción, es decir, se arrepiente de iniciar la acción ejecutiva del delito, en el *arrepentimiento activo*, el agente también de forma voluntaria ya no desiste de la acción, sino que procura evitar que la acción se cumpla o el evento se verifique, es decir, en el arrepentimiento, ya se surtió todo el agotamiento de la acción ejecutiva, pero el agente procura impedir la consumación del delito, es decir, procura que no se presente evento<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> BARTONE NICOLA, OB. Cit. P.235

<sup>97</sup> Sez I, Sent. 5037/1997

<sup>98</sup> SERIANNI, La Desistenza volontaria, Ob. Cit. P.106

<sup>99</sup> SERIANNI, La Desistenza volontaria, Ob. Cit. P.108

<sup>100</sup> SERIANNI, La Desistenza volontaria, Ob. Cit. P.177

PULITANO, por su parte, indica que operará la figura conocida como *receso activo* señalado en el inciso 3° del artículo 56, si la conducta del agente se encaminó, no en dejar de ejecutar la acción, sino que habiendo ejecutada la acción trató de impedir la consumación de la conducta o la verificación del evento<sup>101</sup>, como sucedería en el caso de que habiéndole suministrado el agente veneno a su víctima, éste procura por todos los medios cortar los efectos del mismo, o el sicario, que una vez propinado los disparos a su víctima, se arrepiente de su comportamiento y acude en su auxilio llevándola a un hospital de inmediato.

Igualmente, BARTONE entiende que el *receso activo* es una forma de desistimiento voluntario *post factum*, pues opera precisamente con posterioridad a la realización de la acción, pero antes de la consumación del delito<sup>102</sup> y se encuentra consagrado en el artículo 56 del Código Penal, y se diferencia con el arrepentimiento activo que es una figura diferente y descrita en el artículo 62 *ejusdem*, por cuanto éste se presenta *post delictum*, es decir con posterioridad a la verificación del evento, pero se arrepiente y busca tratar de menguar las consecuencias o efectos de la conducta desplegada.

### **3. El *iter criminis*:**

En la construcción de la ciencia penal, uno de los aspectos a considerar siempre por los estudiosos de la misma, consiste en cómo explicar tanto el actuar del agente criminal en la comisión de la conducta punible, como el desarrollo del delito, pues de su explicación dependerá la frontera o el límite de las acciones o actos que ingresan en la esfera del derecho penal o interés punitivo, y cuáles no, de manera que se pueda establecer de la forma más clara posible, a partir de qué momento en la secuencia de actos que puedan desplegarse con un determinado fin delictivo, una específica acción es punible.

---

<sup>101</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.464.

<sup>102</sup> BARTONE NICOLA, Ob. Cit.

En ese intento, se ha dicho que la conducta humana de naturaleza criminal, tal y como lo indica MANTOVANI<sup>103</sup>, se asemeja al proceso humano ya que el delito también nace, se desarrolla y muere<sup>104</sup>, y que por ello ha tenido que realizar un recorrido, un camino, al cual se le ha dado la denominación de “*iter criminis*”, idea de la que también participa MAGGIORE cuando dice que en todos los delitos se presenta el desarrollo del proceso criminal, ya que es posible descomponerlo en varios actos, menos en los delitos denominados instantáneos, motivo por el cual sólo es posible hablar del *iter criminis* en la tentativa<sup>105</sup>.

Con este entendimiento, es posible afirmar con GIACONA que el camino criminal, visto en su desarrollo presenta un nivel de peligro que va aumentando progresivamente hasta volver a disminuir en el momento mismo de cesar en la realización del delito y se frustra la verificación del evento<sup>106</sup>, de está guiado en principio por una serie de actos que pueden denominarse i) internos, esto es los que se encuentran en la mente o psiquis del agente, en donde se encontraría la intención, la finalidad, la pura volición<sup>107</sup>; y, ii) externos, como lo serían los actos preparatorios y ejecutivos, es decir *la puesta en marcha*<sup>108</sup>.

Teniendo como marco de referencia el *iter criminis*, es factible que el delito no alcance todas sus fases, pero aún así sea punible, por lo que el delito se puede manifestar de dos maneras diferentes, como desarrollo total de las fases del *iter criminis*, que en este caso se manifestará como *delito consumado*<sup>109</sup>, ó, tan sólo como un desarrollo parcial o casi total del *iter criminis*, por cuanto sólo alcanzó la fase de ejecución, mas no de consumación, es

---

<sup>103</sup> MORSELLI ELIO, Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia, Volume Primo, Diritto Penale, Giuffrè Editore, 2.000, P.238.

<sup>104</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.427. En el mismo sentido se dice que desde un punto de vista sociológico, el *itere criminis* se presenta como un “*creciendo*.” Para el derecho la progresión del delito no es secundaria, por ello el legislador a partir de que nace el delito, es quien fija un punto en esa progresión, a partir de la cual ya la conducta comienza a ser punible, esto es cuando ya es delito propiamente dicho. (PEDRAZZI CESARE, Diritto Penale I, Scritti di parte generale, Giuffrè Editore, 2.003, P.34)

<sup>105</sup> MAGGIORE GIUSSEPE, Ob. Cit. P.442

<sup>106</sup> GIACONA IGNAZIO, Criteri giuridico- formali e guidizi fattuali nell’individualizzazione dell’inizio della punibilità nel tentativo, Revista Cassazione Penale, Fasc.9, 2009, P. 3363.

<sup>107</sup> BRASIELO UGO, Novissimo Digesto Italiano, Diretto da Antonio Azaræ Ernesto Eula, XVIII,Unione Tipografico - Editrice Torinese, Tentativo – Diritto Romano, P.1131.

<sup>108</sup> MAGGIORE GIUSSEPE, Ob. Cit.442. En este mismo sentido puede leerse MIR PUIG, Iter Criminis, Enciclopedia Penal Básica, Diego Manuel Luzón Peña, Granada, 2002, P.856-857.

<sup>109</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, Ob. Cit. P. 3355-3363.

decir, se manifestó como delito *tentado*<sup>110</sup>, o como lo refiere PALAZZO, en el desarrollo de la fase de ideación y la fase de perfeccionamiento (realización de todos los elementos del tipo penal especial) del camino criminal, se encuentra la tentativa<sup>111</sup>.

Este *iter criminis*, presenta diferentes grados de desarrollo, que según su avance, serán relevantes o no para el derecho punitivo, pues, si como se anotó previamente, el delito se asemeja al proceso humano, tiene un primer nivel de desarrollo, como lo es la *ideación*, un segundo nivel como es la *preparación*, un tercer nivel que resulta ser la *ejecución* y un cuarto nivel, en donde culmina el delito, la perfección o *consumación*.

*La fase de ideación* es el periodo o lapso durante el cual la idea criminal nace y se desarrolla en la mente, en la psiquis del reo<sup>112</sup>, pasando por un proceso de motivación, en el que el agente se puede plantear diferentes posibilidades de elegir y culmina con la resolución criminal, que valga decirlo por sí solo no es punible. Sin embargo, la resolución criminal, es decir, la intención de cometer un delito permanece aún en la mente del agente, por lo que su no exteriorización, su no realización, jamás podrá ser castigada, en tanto que como ya se ha dicho, el sistema penal se funda sobre un derecho penal de acto y no de autor, y por ende, sólo es punible el acto cometido.

Ahora bien, la resolución criminal, la intención de cometer un delito, también es un referente importante en la punibilidad de las conductas, por cuanto el querer cometer un delito, la resolución, la intencionalidad sólo es propia de los delitos dolosos, lo cual descarta *de facto* la posibilidad del *iter criminis* en los delitos culposos pues en estos la ideación se presenta con la previsión del evento, pero nunca con la resolución.

*La fase de preparación* se desarrolla con los actos que tienden a preparar la ejecución del delito, pero que no hacen parte de la ejecución misma<sup>113</sup>, y por tanto tienen dos

---

<sup>110</sup> BELTRANI SERGIO, *Il Delitto Tentato*, Parte generale e parte speciale, CEDAM, 2003. P.4

<sup>111</sup> PALAZZO FRANCESCO, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, Quarta Edizione, Giappichelli Editore, Torino, P.484.

<sup>112</sup> BERTONE NICOLA, *Diritto Penale Italiano: Sistema e valori*, Giurisprudenza e Ottica Europea, Attuale e nuova codificazione, P.225.

<sup>113</sup> BERTONE NICOLA, *Ob. Cit.* P.225

características, no son punibles<sup>114</sup> y sólo existen en los delitos dolosos, principalmente aquéllos que exigen o son realizados con premeditación.

*La fase de ejecución* según PIOLETTI es aquélla que deviene como consecuencia de la fase preparativa del delito, aquélla que conduce o tiende a la consumación<sup>115</sup>, pues ésta se presenta cuando el agente exterioriza su intención, cumple con la conducta exigida por el tipo penal para la existencia del delito. RANIERI por su parte, se refiere a la ejecución como la actividad que tiene relevancia penal en relación con determinado tipo penal, es decir, que en su sentir, son actos ejecutivos el conjunto de actos que se encuentran relacionados de forma inseparable con lo exigido por la norma y los cuales no pueden ser tenidos en cuenta de forma aislada<sup>116</sup>. Ahora bien, para RANIERI, hablar de ejecución puede hacerse en dos sentidos según se entienda la norma penal, pues, si se entiende la norma penal en *sentido restringido*, los actos ejecutivos no serán típicos, por cuanto para que coincidan con el tipo penal es necesario que conlleven el resultado en las conductas que así lo exigen, pero si por el contrario si la norma penal se entiende en *sentido amplio*, los actos ejecutivos si pueden tenerse como típicos, en tanto que coinciden con lo exigido por el tipo penal, en tanto que se ajustan a la realización exigida por la norma<sup>117</sup>.

Ahora bien, no existe uniformidad de criterio cuando se trata de la *fase de consumación*, pues existen diferentes posturas como aquella que reconoce la consumación cuando se cumplen todos los requisitos exigidos por el tipo penal, hasta la de quienes consideran que la consumación se presenta cuando se cumple con el contenido mínimo y necesario de los diferentes requisitos del tipo penal, y el delito alcanza su máxima gravedad<sup>118</sup>. La consumación es, según RANIERI, un concepto eminentemente jurídico por lo que su definición debe hacerse conforme a un criterio jurídico, y en consonancia con ello considera este autor italiano que la consumación se presenta cuando todos los elementos de

---

<sup>114</sup> “Son por tanto irrelevantes a título de tentativa, los actos preparatorios, o sea las manifestaciones externas del propósito criminal pero que tengan característica instrumental de la realización de la conducta aún no iniciada.” ORAZIO SIMONE, *La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori*, Ob. Cit. P.3351-336.

<sup>115</sup> PIOLETTI UGO, *Diritto Penale*, P.110.

<sup>116</sup> RANIERI SILVIO, *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975, P. 43

<sup>117</sup> RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. P. 43.

<sup>118</sup> PARODI GIUSINO MANFREDI, *La Condotta nei Reati a Tutela Anticipata*, L’Indice Penale, Nuova Serie Anno II – N.1, Gennaio Aprile 1999, P. 688-709.

un delito se encuentran reunidos en el hecho cometido<sup>119</sup>. Otros, como GAROFOLI, refieren que *la consumación* es el momento en el cual se agota, se consuma el *iter criminis* para los delitos de naturaleza dolosa, pues sólo en este tipo de conductas se presentan la ideación, la preparación, la ejecución y la consumación<sup>120</sup>. Algunos como PIOLETTI señalan que la consumación significa la realización del hecho descrito en la norma penal<sup>121</sup>; PISAPIA, de igual manera, reconoce que la consumación se presenta cuando se han realizado todos los extremos objetivos y subjetivos de un determinado tipo legal<sup>122</sup>; y, finalmente, otros autores como SINISCALCO establecen que la consumación se presenta cuando el hecho concreto se corresponde con el tipo abstracto establecido por la ley a través de una norma incriminadora especial<sup>123</sup>.

Sin embargo, la doctrina considera que se debe distinguir la *consumación* de la *perfección* del delito, por cuanto el perfeccionamiento del delito es la adecuación del hecho a los elementos que contiene el tipo penal, en tanto que la consumación, se define como el “*cesar*” del delito, el grado máximo de realización de éste<sup>124</sup>.

PAGLIARO considera la *consumación* como el grado máximo de realización de la tipicidad delictuosa prevista en la parte especial de la normativa penal<sup>125</sup>, pero al igual que PETROCELLI<sup>126</sup> y GAROFOLI, estima que la consumación no se debe confundir con los conceptos de *perfección*, *comisión*, y *agotamiento* del delito.

*La perfección* tiene que ver con la verificación de los requisitos de cualquier tipo penal, por lo que también comprende la tentativa, en tanto que en ella también exige una realización

---

<sup>119</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 40

<sup>120</sup> GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Nel Diritto Editore, 2011, P.1107.

<sup>121</sup> PIOLETTI UGO, Diritto Penale, Parte Generale (Corso di Lezioni), Anno Accademico 1954-1955, Librería Editrice Ricerche, Roma, 1955, P.109.

<sup>122</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Padova, CEDAM, 1965, P.134.

<sup>123</sup> SINISCALCO, Tentativa, Ob.Cit., P. 3.

<sup>124</sup> GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Nel Diritto Editore, 2011, P.1107.

<sup>125</sup> PAGLIARO ANTONIO, Trattato di Diritto Penale, Il reato, Giuffré Editore, 2007, P.333

<sup>126</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.18. El concepto de consumación para PETROCELLI conlleva los criterios de *comisión* y *ejecución*, entendiendo por comisión, que se es autor del delito, por ello cuando se dice que se ha cometido un delito se hace referencia sin distinción alguna al consumado y al tentado. RAMACCI Corso di Diritto Penale, Quinta Edizione, Riestampa, Riveduta e Aggiornata a cura di Roberto Guerrini, 2015, Giappichelli Editore, Torino, P. 426.

de dichos requisitos; *la comisión* se relaciona con la ejecución del delito, esto es, con el cumplimiento de la conducta exterior exigida por la norma, por lo que si la conducta es de varios actos se cumple con el último, pero si es de evento, tanto el cumplimiento como la consumación surgen en el mismo momento; y *el agotamiento* se presenta cuando el delito ha dado todos los efectos nocivos que devienen como consecuencia de la conducta a la cual tendía el agente, y no los puede impedir<sup>127</sup>.

Sin embargo, frente a esta distinción entre delito consumado y delito agotado RANIERI considera mejor no seguir tal distinción, por lo que resulta más útil decir que *cometer* un delito no es *consumarlo*, pues cometer es tan sólo dar inicio al desarrollo de la ejecución, el cual es un momento previo a la consumación, lo cual se deduce de la interpretación de diferentes normas del Código como son los artículos 112, 115 y 116, donde se hace referencia al *delito cometido*<sup>128</sup>, en tanto, que en otras disposiciones como el artículo 33Bis -en concordancia con el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal- se usa la expresión *delito consumado*<sup>129</sup>.

BELTRANI la denomina como la fase de perfeccionamiento del delito, ya que se encuentran presentes todos los elementos que el tipo penal exige, precisando que el delito es consumado cuando el hecho concreto corresponde con la norma penal abstracta<sup>130</sup>.

Otros autores como BERTONE indican que la consumación se presenta cuando la conducta ha alcanzado su máxima gravedad, el efecto o la consecuencia de la ejecución<sup>131</sup>, es decir,

---

<sup>127</sup> PAGLIARO ANTONIO, Trattato di Diritto Penale, Il reato, Giuffrè Editore, 2007, P.334. Frente al agotamiento del delito, se dice que se presenta cuando ha cesado la consumación, y con frecuencia tanto el agotamiento como la consumación coinciden en un mismo momento como en el homicidio. PIOLETTI UGO, Diritto Penale, Parte Generale (Corso di Lezioni), Anno Accademico 1954-1955, Libreria Editrice Ricerche, Roma, 1955, P.110

<sup>128</sup> “Art. 112.- La pena da inflingere per il reato commeso è aumentata...”. “Art. 115.- Salvo che la legge disponga altrimenti.... Qualora due o più persone si accordino allo scopo di commetere un reato, e questo non sia commeso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell’accordo.” “Art.116.- Qualora il reato commeso” (Subrayados y negrillas por fuera del original.)

<sup>129</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, P.42. Frente a las disposiciones referidas en el texto, es preciso señalar que respecto del artículo 33Bis, dicha norma hace alusión a los delitos atribuidos del Tribunal de composición colegiada, que a su tenor literal dice: “I.- Sono attribuiti al tribunal in composizione collegiale (33 ter) i seguenti reati, consumati o tentati...” (Subrayados y negrillas pro fuera del original).

<sup>130</sup> BELTRANI SERGIO, Il Delitto Tentato, Parte generale e parte speciale, CEDAM, 2003

<sup>131</sup> BERTONE NICOLA, Ob.cit.P.225



se concretiza la lesión o la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado, por lo que ya se reputa como perfecto, es decir, que la conducta integra plenamente los requisitos previstos en la norma, y por ende se consuma el delito<sup>132</sup>, última fase del *iter criminis*, y se indica el momento en que el delito vino a cesar.

La consumación en criterio de VANNINI se opone al concepto de tentativa<sup>133</sup>, pues mientras en el primero el evento se verifica o la acción se cumple, en el segundo no, pero conforme a la propia definición del artículo 56 del Código Penal, para que una conducta sea punible a título de tentativa, la no consumación del delito debe darse por una causa externa o extraña al agente, luego la fallida consumación, la no comprobación del evento no debe depender del querer del agente, sino de una causa ajena a él<sup>134</sup>. En otras palabras, para VANNINI, la consumación no es más que la adecuación del hecho deseado del que se es autor, al contenido de la voluntad que lo realizó, en tanto que la tentativa tiene un significado *negativo*, pues significa el no alcanzar a realizar el evento que se quiere, es decir, no materializar la lesión del bien jurídico protegido por la ley penal, a pesar de haber dirigido su actuar objetiva y subjetivamente con dicha finalidad.<sup>135</sup>

Ahora bien, cuando se habla de la *consumación* de la conducta, es necesario distinguirla de la *ejecución*<sup>136</sup>, pues a pesar de que pueden eventualmente ser concomitantes, las mismas responden a conceptos diferentes<sup>137</sup>, pero que en todo caso resultan relevantes para el derecho penal, en tanto que una y otra son punibles, y una (consumación) siempre dependerá de la otra (ejecución).

Pero la importancia que reviste el saber cuándo una conducta es consumada, estriba por una parte en saber también cuando no es consumada, y por otra en el hecho no sólo de que tanto

---

<sup>132</sup> BARTOLOMEO ROMANO, Diritto Penale, Parte Generale, Seconda Edizione, Rinnovata ed Ampliata, CEDAM, 2013, P. 400

<sup>133</sup> VANNINI OTTORINO, Il problema giuridico del tentativo, (Art.56 del Codice Penale) Nuova edizione riveduta e accresciuta, Giuffré Editore, Milano,1952 P.6

<sup>134</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob, Cit. P. 450

<sup>135</sup> VANNINI OTTORINO, Ob. Cit., P.1.

<sup>136</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 16ª Edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Giuffré Editore, 2003. P.477

<sup>137</sup> BETTIOL GIUSEPE, Diritto Penale, Parte Generale, V Edizione riveduta e aggiornata. G. Priulla Editore Palermo, P. 435.

la ejecución como la consumación son punibles de forma diferente, sino en otros factores inherentes con el principio de legalidad que exigen precisión como son el tiempo de comisión del delito “*tempus commissi delicti*”, y el lugar de comisión del delito “*locus commissi delicti*”<sup>138</sup>, en tanto que el tiempo de comisión permite establecer factores como la vigencia de la norma al momento del hecho, la prescripción o la favorabilidad, y por otra parte el lugar de comisión permitirá establecer factores como la territorialidad de la ley en el espacio, y el juez natural<sup>139</sup>.

Si la palabra consumación tiene su origen en el latín “*consumare*”, que significa dar cumplimiento, perfeccionar, razón tiene PETROCELLI cuando dice que el delito consumado es entendido, desde esta perspectiva como un delito perfecto, por cuanto el delito se cumplió, o lo que es lo mismo, se realizó plenamente el hecho humano que la norma establece<sup>140</sup>, pero también la consumación puede ser entendida como el cumplimiento de todos los elementos que constituyen el tipo penal<sup>141</sup>.

Sin embargo, no es posible hablar de delito consumado, con el mero hecho de que se cumplan todos los elementos del delito que se quiso cometer, es necesario que exista la lesión al bien jurídico protegido en respeto del *principio de ofensividad*, por lo que puede afirmarse que, sólo un delito es consumado cuando fueron ejecutados todos los elementos constitutivos de la norma penal, y se verifica la efectiva lesión del bien jurídico o su potencial lesión<sup>142</sup>.

La consumación en el sentido de perfeccionarse, de agotarse, rechaza la idea del persistir, de la prolongación, pues por su naturaleza no es una fase ni un proceso, sino que es un momento, por tanto, lo que se consumó en el momento no puede continuar consumándose

---

<sup>138</sup> Sobre estos aspectos puede leerse también a EMANUELE PIER PAOLO, *Controversie Dottrinali e Distorsioni Giurisprudenziali in Tema de Condizione Obiettive di Punibilità, L'Indice Penale*, Nuova Seire Anno VII N.3, Settembre – Dicembre 2004, P.1139-1172.

<sup>139</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, *Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, CEDAM, 1965, P. 134.

<sup>140</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delito Tentato*, Studi, Padova, CEDAM, 1955, P.18.

<sup>141</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, *Diritto Penale Parte Generale, Settima Edizione*, Zanichelli Editore

<sup>142</sup> BETTIOL GIUSSEPE, *Diritto Penale, Parte Generale, V Edizione riveduta e aggiornata*. G. Priula Editore Palermo, P. 433.

precisamente porque ya se consumó, luego no es la consumación la que se prolonga sino la conducta del autor. Ahora bien, la ejecución es entendida como un proceso de actuación del delito desde el primero hasta el último de los actos penalmente relevantes, en oposición de los actos preparatorios que no son punibles por su lejanía del resultado lesivo, es decir, por su baja peligrosidad frente al bien jurídico<sup>143</sup>.

El objeto de la tutela penal es otro factor de estrecha relación entre el delito tentado y el consumado, pues la norma que regula la tentativa no busca proteger un bien jurídico diferente a de la norma incriminadora principal, sino que tiene por objeto proteger el mismo bien de la norma principal, solo que se caracteriza por ser una norma *típicamente* autónoma<sup>144</sup>, en tanto que el legislador le dio existencia propia en la categoría de delito con la diferencia que el evento no se verifica o la acción no se cumple, pero no por ello es exenta de pena, la cual por el grado de lesión del bien jurídico, no se aplica en la misma proporción del delito consumado<sup>145</sup>.

Tanto la consumación como la tentativa, tienen como punto de referencia, la lesión o puesta en peligro los bienes jurídicos protegidos, razón por la cual cuando el bien jurídico no se afectó totalmente pero sí fue puesto en riesgo, la punición es menor por el menor grado de afectación del mismo, de allí que se hable de la estrecha y directa relación de la tentativa con el peligro, que conforme al principio de ofensividad<sup>146</sup>, deberá necesariamente examinarse en concreto, si la acción puesta en marcha en el momento en el cual se ejecutó y bajo todas las circunstancias que rodearon el hecho, permitiría establecer la efectiva exposición al peligro al que estuvo sometido el bien jurídico<sup>147</sup>.

Y tal es la importancia de este análisis, que permite descartar el llamado delito imposible, bien porque los actos resultaban inidóneos o bien por la inexistencia del objeto, lo que

---

<sup>143</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, Ob. Cit. P.3351-3361.

<sup>144</sup> LAI ANTONELLA, La Circostanza attenuante della riparazione del danno e il delitto tentato, (Sez. II – Ud 29 maggio 1985), Cassazione Penale, Vol.28 No.1, 1998, P.814-820.

<sup>145</sup> DE LUCA MARIA LETIZIA, La Problemática delle Circonstanze nel Tentativo, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XVII, 1974, P.569-599.

<sup>146</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale Parte Generale, Settima Edizione, Zanichelli Editore, P.160-164.

<sup>147</sup> MONTANARA GIUSEPE, Il Tentativo, Enciclopedia del Diritto XLIV Tariffa - Trattato, Giuffré Editore, P. 122-123.

conduciría a la imposibilidad del evento dañoso o peligroso, y por ende la no punibilidad de la conducta por la obvia inexistencia de la tentativa<sup>148</sup>.

Para que los actos puedan constituir un delito tentado, deben considerarse no solamente por su efectivo valor y su intrínseca naturaleza, sino que los mismos deben corresponder a una serie causal de aquel momento que permitan conforme a las reglas de la experiencia de los hombres, llevarlos hacia la realización del delito, es decir que mediante un juicio de *pronóstico ex ante*, pueda concluirse que la acción desde el punto de vista de su realización podía con verosimilitud conseguir el resultado<sup>149</sup>.

Ahora bien, un tema no menos importante cuando se habla de la consumación es el de la duración del delito, por lo que resulta relevante distinguir entre *delitos instantáneos* y *delitos permanentes*<sup>150</sup>. En los *delitos instantáneos* la ofensa es inmediata porque existe y se concluye en el mismo instante por la imposibilidad de prolongarse en el tiempo, como sucede en el homicidio, en donde la ofensa se perfecciona y se ejecuta en el momento de pasar de la vida a la muerte. Por tanto, es necesario precisar entonces, que lo que determina la instantaneidad de un delito, no es el proceso ejecutivo, sino el momento de la consumación<sup>151</sup>.

Por su parte en el *delito permanente o prolongado*<sup>152</sup> es preciso aclarar que no existe un momento consumativo propiamente dicho, sino un estado permanente de consumación, el cual termina, con la cesación del hecho delictivo, puesto que un elemento esencial de este tipo de delitos es precisamente la ininterrumpida continuación de la situación delictiva<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> BARTOLOMEO ROMANO, Diritto Penale, Parte Geenrale, Seconda Edizione, Rinovata ed Ampliata, CEDAM, 2013, P. 413.

<sup>149</sup> MANCINI DAVID, Il Furto Nei Supermercati: la línea di confine tra tentativo e consumazione, Cassazione Penale, Vol. XL – Marzo 2000, 3, P. 607-614.

<sup>150</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, cit., P.427

<sup>151</sup> BATTIOL GIUSEPE, Ob.cit. P. 435

<sup>152</sup> CARIOTI CLAUDIA, La Scissione tra perfezionamento e consumazione del reato nella fattispecie di disastro innominato, (Sez.I, 19 novembre, 2014, N.7941), La Giustizia Penale, Anno CXX, Luglio 2015, Fascicolo VII, P.411-414.

<sup>153</sup> MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale, Nuova Edizione completamente aggiornata, Volume Primo, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1948, P.612

Por tanto, la ofensa se presenta en aquéllas conductas punibles respecto de los cuales la ley exige que la lesión al bien jurídico se prolongue en el tiempo por efecto de la persistente conducta voluntaria del sujeto, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: i) que la ofensa que se deriva de la conducta tenga carácter “continuativo”, es decir, no se ejecute en un solo instante sino que perdure cierto tiempo; y ii) que la prolongación de la ofensa se deba a una conducta del sujeto activo, pues es indispensable que esté en poder, en capacidad de remover el estado antijurídico del bien determinado por su acción<sup>154</sup>, de tal suerte que esté en posición de poner fin a tal situación ofensiva.

Se dice que el *delito permanente* es delito único porque ofende el mismo bien jurídico, precisamente por su prolongación en el tiempo, por tanto, en cuanto a la consumación de esta clase de delitos, la doctrina enseña que en ellos más que un momento consumativo, existe es un “*periodo consumativo*”<sup>155</sup>. Ahora bien, los delitos permanentes presuponen la indestructibilidad del bien jurídico, esto es, que, a pesar de ser afectados, tengan la capacidad de regresar íntegros al terminar la ofensa<sup>156</sup>.

#### **4. Definición de tentativa:**

Innumerables resultan las definiciones que desde la doctrina italiana se han expuesto sobre la noción de tentativa, que en términos generales se puede afirmar, coinciden todas entre sí, con los elementos que la definen, por lo que consideramos importante hacer una breve referencia a ellas.

SINISCALCO indica que la palabra *tentar* en el lenguaje normal, significa el comportamiento que se ha desplegado con el fin de poder alcanzar un resultado, pero que

---

<sup>154</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob.cit. P.437.

<sup>155</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob.cit. P.437

<sup>156</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.429. De igual forma puede leerse el excelente artículo sobre la estructura del delito permanente en: BARTOLI ROBERTO, Sulla Struttura del Reato Permanente: Un Contributo Critico, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Vol.44, Fasc.1, 2001,P.137-176.

no se alcanza a cumplir, pero en un sentido jurídico referido al derecho penal, significa un *comportamiento puesto en marcha para alcanzar un determinado resultado, penalmente relevante*, pero que no se alcanza<sup>157</sup>.

PADOVANI considera que dentro de las diferentes formas de manifestación del delito, éste puede clasificarse por su *gravedad* en tanto que existen circunstancias agravantes o atenuantes; por *el grado de realización* es decir, que el delito haya alcanzado su completa realización- *delito consumado*-, o sólo haya alcanzado una parte -*delito tentado*-; y por el *número de personas*, que se presenta cuando han intervenido varias personas en la realización del delito *concurso de personas*<sup>158</sup>, definiendo la tentativa como un *título autónomo de delito*, y no una forma circunstanciada de un delito consumado, lo cual presupone el fallido cumplimiento de la acción o la falta de verificación del evento<sup>159</sup>

La tentativa para CARRARA es un acto externo unívocamente conducente por su naturaleza, a un evento criminoso, y dirigido por el agente con explícita voluntad, pero no seguido del evento mismo, ni de la lesión de un derecho o equivalente al que se quería violar<sup>160</sup>.

PIOLETTI por su parte refiere que existe tentativa cuando el delito querido por el agente inició su ejecución con actos idóneos y objetivamente inequívocos, pero que no se consuma porque la acción no se cumplió o el evento no se verificó<sup>161</sup>. Algunos doctrinantes como IMPALLOMMENI han definido la tentativa como *la ejecución frustrada de una determinación criminosa*<sup>162</sup>; otros como MAGGIORE y PANNAIN la ha definido como un delito iniciado e incompleto que por causas extrañas al agente, se interrumpió el

---

<sup>157</sup> SINISCALCO MARCO, Tentativo, Enciclopedia Giuridica, Istituto de la Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, Volume XXXV, P. 1.

<sup>158</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffré Editore, 2012, P.250.

<sup>159</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffré Editore, 2012, P.275.

<sup>160</sup> CARRARA FRANCESCO, Corso di diritto criminale, P. 313

<sup>161</sup> PIOLETTI UGO, Ob. Cit. P.112.

<sup>162</sup> Confrontar con MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.448

cumplimiento de la acción o la verificación del evento<sup>163</sup>. PAGLIARO, por ejemplo, la define como la realización parcial de la tipicidad de un delito doloso<sup>164</sup>.

## 5. Los elementos de la tentativa:

De la definición del artículo 56 del Código Penal se advierte una estructura normativa diferente a la contemplada en el viejo Código de Zanardelli<sup>165</sup>, pues ahora en el Código de Rocco el legislador optó por cambiar e incluir unos nuevos elementos que la definen, como lo son *el cumplimiento de actos idóneos y unívocos dirigidos a cometer un delito*<sup>166</sup>. Por tanto, de esta nueva estructura se ha dicho que para que exista tentativa es necesario, como lo refiere BORGHESE, que se encuentren presentes cuatro elementos: 1) la *intención no equívoca* de cometer un delito, lo cual significa que el actuar del agente necesariamente debe ser *doloso*<sup>167</sup>, excluyendo toda posibilidad de un actuar culposo 2) el *cumplimiento de actos* dirigidos a tal fin, 3) la *idoneidad de los actos*, y 4) la interrupción del “*iter criminis*”<sup>168</sup>, elementos que han sido agrupados en objetivos y subjetivos.

Como todo delito, el tentado también está integrado por un elemento objetivo y uno subjetivo.

---

<sup>163</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.448; PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parte Generale Unione Tipografico, Editrice Torinese, P.452

<sup>164</sup> PAGLIARO ANTONIO, Sommario del Diritto Penale Italiano, Parte Generale, Giuffrè Editore. P.294

<sup>165</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, Ob. Cit. P 3355-3363.

<sup>166</sup> PALAZZO FRANCESCO, Corso di Diritto Penale, P.486.

<sup>167</sup> FLORIAN EUGENIO, Trattato di Diritto Penale, Quarta Edizione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934, P.660

<sup>168</sup> BORGHESE SOFO, Tentativo. Enciclopedia Forense, Diretta da Gaetano Azzariti, Ernesto Battaglini, Francesco Santoro-Passarelli, Volume VII, SO-Z, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, P.596-599. En este mismo sentido MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, Volume I, Parte generale, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937 – XV, P.449-451. En el mismo sentido se pronuncia GRANATA quien refiere que de la nueva definición de tentativa, pueden extraerse tres características: “1) *chi occorre un compimento di atti, 2) che tali atti devono essere idonei, cioè, avere potenzialità casuale, suscettibilità di produrre il evento voluto, 3) che tali atti devono essere in modo non equivocodiretti a commettere un delitto...*” GRANATA LUIGI, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Edizioni Dell’Ateneo – Roma, P.109.

Lo que la doctrina italiana denomina elementos de la tentativa, la doctrina alemana lo denomina como presupuestos de la punibilidad, y los identifica como 1) el hecho no consumado, 2) la intención criminal, 3) la diferencia de la tentativa con los actos preparatorios. VOLK KLAUS, Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Parte Generale, CEDAM, 1993, P.110

### 5.1. Elementos objetivos:

El elemento objetivo de la tentativa, para un sector de la doctrina, está constituido a su vez por dos aspectos fundamentales: a) el no cumplimiento de la *acción* o la no verificación del *evento* (elemento negativo), y b) por la idoneidad y univocidad de los *actos* (elemento positivo)<sup>169</sup>.

Con el primer aspecto (elemento negativo), el legislador ha querido indicar que hay delito tentado cuando el agente *puso en marcha* la totalidad de la conducta que habría podido producir el evento, bien porque haya iniciado o realizado una parte sin que se haya podido llevar a cabo la actividad dirigida conforme al plan criminal para cometer el delito, como cuando se disparó con ausencia de la víctima, ó apuntando fue desarmado antes de oprimir el gatillo.

De esto se sigue, entonces, que la falta de perfeccionamiento del delito se ha debido a factores externos o ajenos a la conducta del agente que lo han impedido, y por tanto la tentativa se perfecciona en el momento en el cual se puso en marcha el mínimo necesario y suficiente de *actos idóneos y unívocos*<sup>170</sup>.

El segundo aspecto (elemento positivo), entendido como la idoneidad y univocidad de los actos, es el primer requisito para que pueda punirse la tentativa.

#### 5.1.1. La idoneidad de los actos:

Si la base del sistema penal se ha construido sobre el derecho penal de acto, es decir, exclusivamente sobre aquella conducta que se ha cometido, ejecutado, exteriorizado, y que implique una *lesión o puesta efectiva en peligro* del bien jurídico protegido, significa que, no será relevante para el derecho penal la sola puesta en marcha de los actos preparatorios<sup>171</sup>, como lo serían por vía de ejemplo, las ideas, las intenciones, los

---

<sup>169</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.439

<sup>170</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.427

<sup>171</sup> BARTONE NICOLA, Diritto Penal Italiano, P.228; PAGLIARO ANTONIO, Sommario del Diritto Penale Italiano, Parte Generale, Giuffrè Editore.



pensamientos, razón por la cual el principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” -nadie sufre castigo del pensamiento- es uno de los pilares de la ley penal<sup>172</sup>.

Tal premisa entonces implica que la intención criminal tiene que verse expresada en actos que permitan deducir en principio una intención malvada, dañosa, criminal en quien los despliega, para que los mismos comiencen a tener relevancia para el ámbito penal<sup>173</sup>, lo cual sin embargo, debe decirse sin dubitaciones, tampoco resulta suficiente para que tal conducta pueda ser punible, pues, de nada sirve que existan unos actos que permitan inferir un querer criminal, si los mismos no resultan idóneos para la consumación del delito, pues precisamente *la idoneidad de los actos no es más que su capacidad de conducir a la consumación del delito*<sup>174</sup>, luego los actos para que puedan ostentar la característica de idóneos, deben ser valorados en su estructura de peligrosidad, pues el acto idóneo debe estar impregnado objetivamente de *peligro*, del *perfil ofensivo de toda tipicidad criminosa*<sup>175</sup>.

Pero si la conducta de la tentativa para que pueda ser punible exige además la idoneidad de los actos, funge como esencial entender desde el punto vista del derecho ¿qué es *acto*?, ¿qué es *idóneo*? y ¿qué puede entenderse por *acto idóneo*?

Conforme a su significado lingüístico, la palabra *acto* viene de *acción*, que significa el resultado de hacer<sup>176</sup>. La *acción* es para MAGGIORE, en un sentido general, una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo y genera cambios en el mundo exterior, pero para otros como PEDRAZZI es un acto humano en el cual son empleados los niveles superiores de la personalidad<sup>177</sup>. Cuando se habla de acción, se habla de varias cosas al mismo tiempo, pues para que haya acción se requiere de *alguien* que actúe, el cual está inescindiblemente relacionado con *algo* o *alguien* sobre lo que recae la acción, lo que

---

<sup>172</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob. Cit. P. 445.

<sup>173</sup> BERTONE NICOLA, Ob. Cita. P.228

<sup>174</sup> CARNINO LUCA, Un caso di atti univoci, ma non idonei ad integrare il tentativo di omicidio, (Sez.V, 7 Luglio 2004), La Giustizia Penale, 2005, Parte Seconda, P.385-388.

<sup>175</sup> CASAROLI GUIDO, Attentato, Pericolo, Offesa. Le Costanti nel pensiero di Ettore Gallo, L'Indice Penale, Nuova Serie Anno VI – N.1, Gennaio – Aprile, CEDAM, 2003, P.907.

<sup>176</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>177</sup> PEDRAZZI CESARE, Ob. Cit. P.70

impone desde ya, entender que la acción implica la existencia de un sujeto activo, de un sujeto pasivo, y de un objeto.<sup>178</sup>

En relación con el *objeto*, para el ámbito del derecho penal, la acción tiene dos sentidos, el *material* y el *jurídico*<sup>179</sup>. El *objeto jurídico*, es el bien o derecho lesionado, o, puesto en peligro, y el *objeto material* es sobre lo que recae la actividad física del agente<sup>180</sup>. Es factible que en muchas ocasiones tanto el objeto material como el objeto jurídico de la conducta, recaigan en la misma persona, como en otras que el objeto de la conducta no recaigan en la misma persona.

Ahora bien, acción en *sentido jurídico* conforme la definición de MAGGIORE es un comportamiento *exterior* positivo o negativo, por lo que todo comportamiento interior que no se haya exteriorizado no es relevante para el derecho penal, de ahí que en el derecho romano se tuviera la máxima, “*cogitationes poenam nemo patitur*<sup>181</sup>” para significar que las ideas, los pensamientos no son castigables, no son punibles<sup>182</sup>. Dicho comportamiento genera un cambio en el mundo exterior<sup>183</sup>, con independencia de que se exprese en forma *de hacer*, es decir acción por *comisión*, o en forma de un *no hacer*, esto es, acción por *omisión*<sup>184</sup>.

Esa modificación del mundo exterior generada por la acción es lo que se denomina en el derecho penal como *evento*, lo que significa entonces que hay una relación de *causa* y

---

<sup>178</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, Volume I, Parte generale, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937 – XV, P.217.

<sup>179</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, P.219

<sup>180</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, P.219

<sup>181</sup> El jurisconsulto Ulpiano establece este principio como regla general, en el Digesto 48.19.14 (BRASIELO UGO, Tentativo – Diritto Romano. Novissimo Digesto Italiano, Ob. Cit. P.1131)

<sup>182</sup> PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, *aggiornata e riveduta-I, Parte Generale* Unione Tipografica, Editrice Torinese, P.439,440.

<sup>183</sup> MAGGIORE GIUSEPE, en la obra que se viene citando, frente a este punto dice que como consecuencia de la acción o de la omisión, una cosa ya no vuelve a ser lo que era antes de la acción. Esta acción puede generar una nueva situación de hecho o de derecho, por lo que al delito siempre interesa el cambio del orden físico o jurídico. Del mundo real hacen parte no sólo las cosas materiales, sino también los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad, donde la consecuencia de la acción genera sufrimientos, alarma y preocupaciones. Por tanto esa modificación del mundo exterior, es la que la ley señala como evento. A hora bien, continúa MAGGIORE ilustrando que si la acción genera un cambio exterior, significa al mismo tiempo que hay una relación de causa y efecto, siendo entonces la acción la causa y el evento el efecto, luego necesariamente la acción desplegada debe producir el evento. P.222,223.

<sup>184</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.220.

*efecto*, siendo entonces la acción la causa y el evento el efecto, de donde se sigue con esta lógica, que la acción desplegada debe producir un evento. Ahora bien, cuando se habla de causa, conforme con las teorías de la causalidad, puede decirse que existen tres clases, la *causalidad física* o también llamada natural, la *causalidad metafísica* y la *causalidad jurídica*, siendo esta última la que tiene importancia para nosotros<sup>185</sup>.

¿Qué es entonces la causalidad jurídica? MAGGIORE considera que no es un principio cognoscitivo sino un *principio práctico*, es decir, que surge como una necesidad para encontrar entre las muchas causas que determinan un delito, aquella que debe ser responsable ante el ordenamiento jurídico, para encontrar de esa manera a un sujeto de imputación. Quiere decir esto, que el juicio jurídico o causa jurídica, no responde por vía de análisis, sino por vía de *elección*, pues entre el grupo de todas las causas que han determinado un evento, se debe elegir aquellas que tienen relevancia sobre las demás, es decir, que escoge como se dijo en precedencia, la causa responsable del evento antijurídico<sup>186</sup>.

Ahora bien, si el acto o la acción debe entenderse en su sentido jurídico como hemos dicho, si *idóneo* significa adecuado y apropiado para algo con grado de *probabilidad*<sup>187</sup>, y, si *acto* significa, el ejercicio de la posibilidad de hacer, podemos definir el *acto idóneo* en un

---

<sup>185</sup> MAGGIORE define la *causalidad física* como la suma de todas condiciones positivas o negativas a las cuales les sigue invariablemente un fenómeno, por lo que cita a Stuart Mill para quien esta causalidad es el antecedente invariable e incondicionado de un fenómeno. En tanto que la *causalidad metafísica* la define como el principio activo e inteligente que mueve un fenómeno. La causalidad física explica el *cómo* de las condiciones que inevitablemente determinan el evento, la *causalidad metafísica* explica por su parte *el porqué*, es decir el principio eficiente y suficiente. MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P. 229,230.

<sup>186</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.231. Explica el propio MAGGIORE que el juicio jurídico, funciona como un juicio de valor, que no se limita simplemente a verificar una u otra causa naturalísticamente hablando, sino que se propone valorarlas con fines de imputabilidad, es decir, que en su sentir, el método lógico del derecho, opera también por vía de *opción y selección*. Más adelante concluye este mismo autor, 1) que no toda causa tiene valor para el derecho penal, sino sólo la que es jurídicamente relevante, es decir, la causa que jurídicamente se vincula de forma determinante con el evento, 2) las causas jurídicamente relevantes para el derecho penal son sólo las causas humanas, 3) la causalidad en el derecho penal es siempre el último análisis que se hace, pues está referido al aspecto psicológico, es decir al aspecto subjetivo del agente, y, 4) el nexo causal para los fines del derecho, debe tenerse como inexistente cuando la producción del evento escapa a la voluntad y al control intelectual del agente, es decir cuando no era previsible, en MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.231

<sup>187</sup> Sobre la probabilidad y la posibilidad como criterios a tener en cuenta para realizar el juicio de relación entre la acción y el resultado, puede leerse: DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, *Il Tentativo nei reati di pericolo*. Prospettive di un dialogo ermeneutico, en *Revista Cassazione Penale*, maggio 2013, No.5, P. 1733,1734.

sentido sencillo, simple, como la facultad de hacer o no hacer algo adecuado u apropiado y que tiene la probabilidad de conseguir un resultado que genera cambios en el mundo exterior, es decir, de conseguir un evento<sup>188</sup>.

La idoneidad de los actos en relación con la tentativa significa entonces como lo refería FIANDACA, que el actuar sea adecuado para la realización del delito<sup>189</sup>, o en palabras de MANNA, que un acto sea idóneo significa que tenga la *probabilidad* de que el acto realizado se encamine hacia la realización del hecho delictivo<sup>190</sup>, es decir, que los actos tengan la capacidad de causar el evento y su verificación, que tengan la aptitud de causar la lesión o la efectiva puesta en riesgo del bien jurídico<sup>191</sup>, sólo estos actos serán punibles a título de tentativa, pues, contrario sensu, si los actos resultan inidóneos, esto es, no son apropiados ni adecuados para conseguir lo que se quiere, tal como lo afirma BETTIOL, no hay probabilidad de hablar de tentativa<sup>192</sup>, como cuando se usa una pistola de agua para tratar de matar una persona, y en consecuencia no son punibles.

En este mismo sentido se expresa PISAPIA, quien refiere que la idoneidad del acto exige que sea *intrínseca e inicial*, en el entendido que el evento no pueda verificarse por la intrínseca *inidoneidad* del medio usado, sino por una causa exterior, sobreviniente que lo impida, pues de lo contrario no se estaría en presencia de la figura de la tentativa<sup>193</sup>.

El ilustre VANNINI dice que cuando se usa la expresión “*acto idóneo*”, en principio se hace referencia a un determinado comportamiento, y no al “medio”, puesto que el “medio” es un instrumento del que se sirve el agente para realizar el acto (arma, llave, veneno, explosivo, etc.), sin embargo, para que esta expresión tenga contenido, y una verdadera

---

<sup>188</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Seconda Edizione, Giuffré Editore, P.340

<sup>189</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale, Cit.485. En este mismo sentido RANIERI expresa: “ *Idóneo, en general, es el acto, que según la experiencia, puede ser considerado como adecuado, para la producción del resultado*” (RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit.P.53).

<sup>190</sup> MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale II, CEDAM, 2008, P. 33; En este mismo sentido PANNAIN alude que la idoneidad de los actos no son más que la eficiencia causal, es decir, la capacidad de causar el evento prohibido por la ley. PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parte Generale Unione Tipografico, Editrice Torinese, P.457.

<sup>191</sup> RIZ, Lineamenti di Diritto Penale, Ob. Cit. P.343.

<sup>192</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob. Cit. P.445

<sup>193</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Istituzioni di Diritto Penale, Ob.Cit. 143.

comprensión de lo que significa respecto a la tentativa, no puede entenderse el acto como una categoría independiente del medio. Así pues, refiere que un acto o acción, es el uso de un determinado medio elegido previamente<sup>194</sup>.

De la *idoneidad del medio* puede predicarse en abstracto que tiene la aptitud necesaria para desencadenar o provocar un determinado evento u objetivo, como sucede con el arma de fuego cargada que sirve para matar, o un bate que sirve para golpear o lesionar. Pero cuando de la *idoneidad de la acción* se habla, ya no es posible analizarla de forma abstracta, frente a cada acto, como sucede con el medio, sino que debe hacerse de forma concreta y completa de todas situaciones o circunstancias en que se desplegaron tales actos, pues la acción idónea de forma abstracta no existe, sólo puede existir en relación con todas las demás circunstancias valoradas en su totalidad, que permitan deducir de forma clara que el acto resultó idóneo para la consecución del evento querido<sup>195</sup>.

Pero debe tenerse en cuenta que cuando se habla de idoneidad para BORGHESE, debe distinguirse entre inidoneidad del medio y la insuficiencia del medio<sup>196</sup>, puesto que la primera hace referencia a la ausencia total de potencia causal, mientras que la segunda hace referencia a la ausencia de fuerza suficiente para conseguir el fin perseguido.

Ahora bien, conviene entonces hacer referencia a la clasificación que los actos idóneos pueden tener, pues los mismos pueden ser idóneos de forma *concreta, abstracta o absoluta*.

La *idoneidad concreta* que es aquélla que se establece conforme a un juicio *ex ante* y sobre *la base total* de las circunstancias existentes al momento de la conducta conocibles o no por el autor y que corresponde a la “*Gefährdung*” alemana, criterio este de menos acogida en el sistema italiano<sup>197</sup>. La *idoneidad abstracta* (relativa) conocida en Alemania como “*Gefährlichkeit*” es aquélla referida al concepto de adecuación causal, y que se realiza a base de un juicio *ex ante* pero a *base parcial*, es decir, sobre la base del conocimiento sólo

---

<sup>194</sup> VANNINI O., Cit. P. 65

<sup>195</sup> VANNINI O., Cit. P. 65

<sup>196</sup> BORGHESE SOFO, Tentativo. Enciclopedia Forense, Cit. 598.

<sup>197</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit., P.1109.

de las circunstancias conocibles por el agente<sup>198</sup>. La *idoneidad absoluta* consiste en una imposibilidad incondicionada, es decir, una tentativa imposible, en tanto que por un craso error del agente no era posible la consumación bien por la ausencia de objeto o por lo inidóneo del medio utilizado<sup>199</sup>.

- ***El parámetro del juicio de idoneidad – La probabilidad:***

Ahora bien, surge una dificultad práctica cuando de idoneidad de los actos se habla, y es poder establecer cuando un acto en la ejecución de una conducta, puede reputarse como idóneo, pues de ello dependerá ni más ni menos, la punición de la conducta, ya que bien puede hacerse una valoración de los actos, y definirlos de forma abstracta u objetiva como peligrosos, riesgosos, teniendo en cuenta la potencialidad de generar el evento y de esta forma considerarlos como idóneos, como lo sería por ejemplo, el simple hecho de disparar un arma de fuego, de empujar a alguien al agua, de portar un agente químico, etc; así como también puede hacerse una valoración en conjunto de los mismos.

CADOPPI cuando se cuestiona, cuál es el nivel del peligro o de riesgo que debe ser alcanzado para que los actos puedan catalogarse como idóneos, o cuál la *medida de la idoneidad* de los medios, concluye que debe ser aquel nivel en el que los actos tengan no una simple posibilidad de daño, sino una *efectiva potencialidad* de alcanzar el objetivo propuesto<sup>200</sup>.

De la misma manera, FIANDACA al analizar también cuál es el grado de suficiencia que requieren los actos idóneos<sup>201</sup> respecto a la verificación del evento, afirma que si la razón de ser de punir la tentativa es precisamente la protección de los bienes jurídicos no sólo

---

<sup>198</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit., P. 1109.

<sup>199</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit., P.1109. Ahora bien como el mismo ANGIONI lo señala, en Alemania el concepto de idoneidad no es relevante y por tanto *contrario sensu* la inidoneidad “grosera” “burda” es relevante al punto de ser punible aun cuando sea dejada al arbitrio del juez. Esta inidoneidad *burda, grosera* debe ser entendida como la evidente ineptitud causal consecuencia de la evidente, abrupta ignorancia del autor. En Austria por su parte la tentativa no es punible si la consumación no era absolutamente posible por la ausencia de requisitos personales exigidos por la ley, o por el tipo de acción, o por el objeto del hecho. ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo, Ibidem. P. 1111.

<sup>200</sup> CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Terza Edizione, CEDAM, P.404

<sup>201</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale, Cit.487

cuando se lesionan, sino cuando han sido puestos en peligro de forma efectiva, resulta lógico entonces que el grado de suficiencia necesario para los actos idóneos sea el de *probabilidad*, entendida esta probabilidad, como *el nivel más alto de posibilidad del evento*, pues sólo puede decirse que el bien jurídico estuvo amenazado cuando los actos idóneos tenían objetivamente la probabilidad de provocar el evento<sup>202</sup>.

PADOVANI al considerar el parámetro para establecer la idoneidad de los actos, no se refiere a la probabilidad sino a la *relevante posibilidad de daño*, pues si los actos para que sean punibles, requieren ser peligrosos, quiere ello decir, que los actos deben tener por sí mismos una significativa aptitud de generar el evento, el daño o la ofensa. Considera que para poder establecer esa relevante posibilidad debe tenerse en cuenta la relación existente entre los actos realizados y el delito al cual están referidos<sup>203</sup>. Por tanto, concluye que el juicio de valor para determinar la idoneidad, si es un delito de evento y la acción se realizó completamente, consiste en un juicio de *suficiencia causal* para determinar el evento según un criterio de *probabilidad*, pero si se trata de delitos que implican el desarrollo de la conducta del agente, la idoneidad se expresa en términos de la suficiencia de la *persecución del iter criminis* hasta la comisión del delito<sup>204</sup>.

Por ello es que AZZALI afirma que el contenido de la relación entre idoneidad o aptitud del acto o acción y el peligro de verificación del daño, se expresa comúnmente bajo criterios de *posibilidad o probabilidad* de que el acto, la acción el peligro se pueda verificar<sup>205</sup>. Significa entonces lo anterior que según AZZALI el juicio de probabilidad o posibilidad es un juicio de peligro de la existencia de un primer fenómeno respecto a la verificación de un segundo, en tanto que a *contrario sensu* el juicio de causalidad es un juicio de certeza en su

---

<sup>202</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale, Cit.488. Sobre el grado de probabilidad también puede leerse el artículo de GIACONA, respecto al análisis hecho a una Sentencia de la Corte sobre la idoneidad de los actos en un delito de naturaleza sexual con violencia en la modalidad de tentativa. GIACONA IGNAZIO, Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti, Ob. Cit., P. 916.

<sup>203</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012, P.279.

<sup>204</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012, P.280.

<sup>205</sup> AZZALI GIANPIERO, Idoneità e Univocità degli Atti. Offesa di Pericolo, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1958, P.1170.

acepción normal penalista, pues el juicio reviste dos fenómenos que pertenecen a la realidad, que se conocen como principios *antecedente – consecuente*<sup>206</sup>

Pero para poder establecer el nivel probable de que los actos conseguirán el efecto perseguido por el agente, se ha considerado que ello sólo es factible, en la medida en que se realice lo que se ha denominado como la “*prognosi postuma*”<sup>207</sup> (pronóstico posterior), según la cual como lo refiere SEMINARA, dicho juicio, debe ser realizado a la luz de las valoraciones de un observador puesto en el lugar y tiempo de la conducta, dotado de los conocimientos de un hombre prudente (y eventualmente de mejores conocimientos que el agente), valoración que según este mismo autor, ya había sido construida por Von Liszt como una solución intermedia entre las distintas orientaciones que discuten respecto a la inidoneidad absoluta y relativa<sup>208</sup>.

Los actos idóneos deben tener por objeto el acto en su propia y específica función según lo enseña PETROCELLI y no pueden ser movidos más allá de éstos, lo cual significa que la acción o los actos desplegados de forma completa deben ser relacionados con el evento final, pues los actos individuales no pueden relacionarse más que en su específica finalidad y valorarse la idoneidad que cada uno tiene para conseguir tal finalidad, luego el juicio de idoneidad no puede ir más allá de una eficiencia causal, definitiva de aquéllos actos que por su naturaleza, individualmente considerados no pueden tener<sup>209</sup>.

Ahora bien, no es posible hablar de idoneidad de los actos, sin hacer referencia a GIACONA, para quien, al incluirse en el Código de Rocco la expresión de idoneidad, se incurrió en un yerro, no tanto por haber usado la expresión en sí misma, sino porque no existía una construcción teórica lo suficientemente sólida como para entender qué significa ello<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> AZZALI GIANPIERO, Idoneità e Univocità degli Atti. Offesa di Pericolo,

<sup>207</sup> SEMINARA SERGIO, Delitto Tentato e Reato Impossibile: i confini dell’azione punibile.Spazio Filosofico No.16, 2016, Pag. 4. en: [www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/](http://www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/)

<sup>208</sup> SEMINARA SERGIO, Delitto Tentato e Reato Impossibile: i confini dell’azione punibile.Spazio Filosofico No.16, 2016, Pag. 4. en: [www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/](http://www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/)

<sup>209</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P. 56

<sup>210</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d’idoneità nella struttura del delitto tentato. P.



En el desarrollo del concepto de idoneidad, como nuevo parámetro para la punibilidad de los actos, se presentó la discusión respecto a cuál era la referencia del juicio de idoneidad, es decir, si era naturalístico o jurídico. En principio se dijo que era naturalístico, razón por la cual sólo era predicable de los delitos de resultado, excluyendo toda posibilidad del delito tentado, y de los delitos de acción o de mera conducta, dejando por fuera los delitos de riesgo o peligro. Debido a ello se adoptó la postura según la cual, *la idoneidad* es un *juicio jurídico*, pues la idoneidad estaría referida al momento de la posible o probable lesión del bien jurídico amparado y no sólo al resultado de la conducta<sup>211</sup>.

Ahora bien, si la idoneidad en la tentativa es de índole jurídico, en tanto que se castiga el peligro al que fue expuesto el bien jurídicamente protegido, significa que la tentativa tiene relación con el *principio de ofensividad*, y no con la acción propiamente dicha, teniendo presente que en la tentativa el problema de la ofensividad se articula sobre dos planos, el primero de ellos es, verificando la ofensividad del delito que se quería cometer, y el segundo, verificando la subsistencia de la idoneidad, juicios que si bien pueden ser conexos son totalmente diferentes. Por tanto, la idoneidad analizada desde la *ofensividad* va referida ya no al evento jurídico, es decir, la ofensa, sino al hecho como tal, es decir, a la finalización de la conducta cuando los delitos son de mera conducta, y al evento propiamente dicho en los delitos de resultado<sup>212</sup>.

### **5.1.2. La univocidad de los actos:**

Otro de los elementos de la tentativa conforme a la estructura del artículo 56 del Código Penal, es el de los actos dirigidos en "*modo non equívoco*", lo que la doctrina ha entendido como la "*univocidad*" de los actos, criterio éste que según PULITANO fue elaborado en vigencia del Código Zanardelli para dar concreción a la fórmula del inicio de ejecución<sup>213</sup>, para que los actos desplegados por el agente, además de ser idóneos, deban mostrar por sí mismos su ausencia de equívoco en la intencionalidad de los mismos, o como lo dice ANTOLISEI "*por aquello que es*", por el modo en el cual es realizada la acción debe

---

<sup>211</sup>GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato. P.39

<sup>212</sup>GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.45

<sup>213</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.455.

revelarse la intención del agente<sup>214</sup>, o en palabras de DE FRANCESCO que manifiesten suficiente exteriorización con un grado de certeza el delito perseguido, los que además también deben ser idóneos<sup>215</sup>.

Frente a este requisito de la univocidad, existen dos teorías o dimensiones desde las cuales se trata de definir el momento en el cual inicia la actividad punible, la *teoría o dimensión objetiva* y la *teoría o dimensión subjetiva*.

- **Teoría objetiva:**

Conforme con la *teoría objetiva*, acogida por la doctrina dominante, para que los actos sean unívocos se requiere que estos revelen por sí mismos la finalidad que tenía el autor que los cometió<sup>216</sup>, es decir, que como lo refiere GIACONA la univocidad de la acción es un criterio de la esencia, y no de prueba, por tanto se debe entender como una característica objetiva de la acción<sup>217</sup>, acción alcanza un nivel de desarrollo tal que permita evidenciar de manera clara el fin al que estaba dirigido, de forma tal que se excluya al mismo tiempo la posibilidad de desistimiento del agente para llevarla a término<sup>218</sup>.

Un *acto unívoco*, es conforme la definición de DE FRANCESCO un acto que según *las cosas que suceden frecuentemente*<sup>219</sup>, muestran a un observador externo, con un grado de certeza la dirección clara hacia la comisión del delito, razón por la cual frente al grado o nivel que deben tener los actos para que los mismos puedan tenerse como unívocos,

---

<sup>214</sup> ANOLISEI FRANCESCO, Istituzioni di Diritto Penale, Ob. Cit., P.262. Frente a este mismo aspecto se dice que la univocidad de la dirección de los actos tiene un significado y un valor objetivo, porque está precisamente para confirmar la exigencia de que la acción del agente tenga la objetiva dirección hacia la consumación del delito que expresa claramente su intención de cometer un determinado delito. PISAPIA GIAN DOMENICO, Istituzioni di Diritto Penale, Ob. Cit. P.144.

<sup>215</sup> DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Le forme di manifestazione di reato, P.105

<sup>216</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Ob.Cit., P.483

<sup>217</sup> GIACONA IGNAZIO, Criteri giuridico- formali. Ob. Cit. P.

<sup>218</sup> CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, Ob. Cit. P. 405,406

<sup>219</sup> Frente a la definición de acto unívoco por parte de la teoría objetiva, utiliza la expresión latina "*id quod plerumque accidit*" DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Le forme di manifestazione di reato, P.106.

también considera que la realización del delito debe ser *verosímil*<sup>220</sup>, es decir, que tengan un grado de desarrollo tal que permitan deducirlo, que revelen la intención del agente<sup>221</sup>.

En palabras de RIZ, que el acto sea unívoco en su dimensión objetiva significa que de la acción típica realizada se pueda prever como verosímil la realización del delito, de todas formas deducida de la dirección no equívoca de los actos desplegados<sup>222</sup>.

PULITANO por su parte entiende la *univocidad* como un elemento objetivo de tipicidad de la tentativa punible, esto es, que la conducta del agente debe evidenciar por sí misma, en el contexto en el que se desarrolla, una objetiva intención de realizar el delito, es decir, una clara voluntad criminal, sirviendo como delimitador de los actos preparatorios de los actos ejecutivos, razón por la cual desecha la posibilidad de que la univocidad sea entendida en una dimensión procesal, es decir como criterio de prueba, por cuanto no sólo la univocidad debe ser probada, sino también todos los elementos del tipo penal<sup>223</sup>.

La univocidad en sentir de MANTOVANI también significa la aptitud que deben tener los actos por sí mismos para poder fundar un juicio con grado de *probabilidad*<sup>224</sup> sobre la realización del delito y la creíble intención del agente de llevar a término el propósito criminal, puesto que si quiere que éste requisito conserve su función limitadora y sea interpretado conforme al principio de ofensividad, es necesario que los actos estén dirigidos de forma inequívoca a cometer el delito, ya que el grado de desarrollo alcanzado dejan prever como probable la realización de la conducta criminal pretendida.

Ahora bien, en principio los actos unívocos deben permitir hacer un *juicio probabilístico* de realización del delito perfecto, lo que entonces plantea el problema de cuándo puede decirse que los actos idóneos han alcanzado un grado de desarrollo suficiente para poder hacer dicho juicio de probabilidad, ante lo cual MANTOVANI ha dicho que ello puede decirse,

---

<sup>220</sup> Frente a ello también dice que los actos unívocos son aquellos que denotan *un tipo de probabilidad* de realización intencional del delito consumado, DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Ob. Cit. P.107.

<sup>221</sup> ROMANO, Commentario Sistematico del Codice Penale, P.593

<sup>222</sup> RIZ, Lineamenti di Diritto Penale, P.345

<sup>223</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.455.

<sup>224</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.4

cuando los actos alcancen el *grado máximo de probabilidad* de ocurrencia del plan, es decir, cuando se tenga tentativa propiamente dicha<sup>225</sup>, cuando el sujeto haya puesto en marcha toda la conducta que dependía de él para que se perfeccionara el delito.

TRAPANI coincide en que efectivamente el criterio objetivo de la univocidad implica que no resulta suficiente el sólo hecho de que se pongan en marcha actos que, puestos en una serie causal, conducirían al delito, sino que además es necesario que todo el desarrollo de la acción criminal se muestre objetivamente por sí sola, esto es, que exteriormente sean visibles los actos por un observador externo, el delito que se quiere cometer<sup>226</sup>.

Pero si se requiere un juicio de probabilidad en punto de la univocidad de los actos, GIACONA refiere que es necesario precisar el concepto de probabilidad, pues ella es una noción de carácter graduable, pero que se encuentra limitada entre la certeza y la imposibilidad, y por tanto requiere el poder determinar cuál es el nivel exigido en el derecho penal en punto de la tentativa. Para ello considera pertinente comenzar por tratar de encontrar una diferencia conceptual si existe, entre probabilidad y posibilidad. Frente al concepto de posibilidad, lo define como aquello que está llamado infaliblemente a realizarse, y entre todos los eventos a priori previsibles, sólo uno sería el realizable, esto es, el necesario, obteniendo así la definición de posibilidad, es decir la llamada posibilidad real, la posibilidad en sentido estricto<sup>227</sup>.

Pero hablar de posibilidad, es hablar de un concepto que puede ser entendido de muchas formas, razón por la cual se ha tratado de abordar desde algunas de sus perspectivas. La primera forma, es la posibilidad en *sentido lógico*, es decir, como desarrollo del principio de no contradicción, el cual enseña que, si algo es llamado a realizarse inevitablemente, no puede suceder que no se realice. De igual manera, también la posibilidad es entendida desde las *reglas de la experiencia*, las que tienen como característica que se comportan generalmente de la misma forma, lo que significa que dichas reglas resultarían ser muy útiles y más objetivas, en tanto que permiten tener en cuenta más consideraciones para

---

<sup>225</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.445

<sup>226</sup> TRAPANI MARIO, MASSARO ANTONELLA, Temi Penali, Giappichelli Editore, Torino, P.228.

<sup>227</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietà nella struttura del delitto tentato.P.52

determinar la idoneidad de los actos, lo que permitiría valorar de mejor forma la mayor o menor efectividad de los actos valorados, en consonancia con esas mismas reglas de la experiencia<sup>228</sup>.

Pareciera ser que el modelo de las reglas de la experiencia es el que mejor se adapta al sistema penal italiano para una parte de la doctrina, en tanto que se ajusta mejor a un criterio objetivo, pero que sin embargo crea un problema adicional, y es, como saber si el juicio de idoneidad de los actos debe ser realizado *en concreto* o *en abstracto*, debiéndose decir que la doctrina se ha inclinado por el *juicio de idoneidad en concreto*, pues en éste se tienen en cuenta aspectos como los medios utilizados, su forma de uso respecto a la conducta concretamente desplegada<sup>229</sup>. De manera entonces, que es *en el caso concreto*, en donde debe analizarse la relevancia de cada medio empleado, su real capacidad de generar un efecto, frente al grado de desarrollo de todo el plan criminal.

Sin desconocer que el pronóstico de posibilidad está cimentado sobre el hecho o acto específicamente cometido por el agente, ello por sí sólo no resulta suficiente para determinar cómo debe ser hecha la valoración del hecho, pues de todas formas seguiría dejando en el vacío, cuál de todos los actos es idóneo y cuál no.

Entonces frente al grado de probabilidad en la tentativa, habrá que decirse que, resultan idóneos los actos que en el desarrollo de la acción criminal o *iter criminis*, tuvieron *más proximidad con la consumación* y menos proximidad con la acción que impidió el evento, por lo que la mayor probabilidad de verificación del evento dependerá del mayor número de condiciones que puestos en marcha, paso a paso permitirían el desarrollo total del plan criminal, y a la par, al mismo tiempo si por el grado de desarrollo de la acción criminal, las posibilidades del agente de desistir del plan o evitar el evento disminuyen.

Así, tanto mayor será la probabilidad de consumación del delito, cuanto mayor sea el grado de desarrollo del plan criminal, y tanto menor será la probabilidad, cuando paso a paso

---

<sup>228</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.55

<sup>229</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.137

menor sea el grado de desarrollo del plan criminal<sup>230</sup>. Puede decirse entonces, que cuanto mayor sea el grado de desarrollo de la acción criminal, menores serán las posibilidades de circunstancias obstaculizantes, por lo que existirá menor riesgo de poner en riesgo el bien jurídico.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que entre mayor sea el grado de desarrollo de la acción criminal, menos posibilidades pueden existir de circunstancias que frustren la acción, resulta prudente indicar cuáles podrían ser algunas de esas circunstancias que deben tenerse en cuenta en punto de la punibilidad de la tentativa, ya que las mismas pueden terminar siendo determinantes a la hora de establecer si un acto es o no idóneo y unívoco.

Un primer conjunto de situaciones a tener en cuenta es el *estado de los lugares con las personas y cosas* que se encuentran, para encontrar cómo los simples factores lograron la consumación del delito, es decir, aspectos puramente espaciales, como por ejemplo la distancia existente entre el agente y el bien objeto del delito, en dónde se presentó la interrupción y en donde se habría consumado, etc.

También hay otro grupo de circunstancias de *naturaleza subjetiva*, las cuales están referidas a las personas, es decir, tanto al sujeto activo como al pasivo de la conducta, en criterios como la cantidad, como cuando han intervenido varias personas en la ejecución de la acción (concurso de personas – coautoría, complicidad), y la calidad, como por ejemplo, su ocupación laboral, la edad, la posición social<sup>231</sup>.

Otro factor a considerar para GIACONA es el *aspecto cronológico o temporal*, pues en ciertas conductas criminales, la realización del evento se prolonga en el tiempo, se difiere, como sucede con la entrega o colocación de un artefacto explosivo, y la efectiva explosión del mismo, pues el tiempo transcurrido entre la conducta y la verificación del evento adquiere total importancia<sup>232</sup>. Sin embargo considera que si bien es cierto este criterio puede resultar relevante, su importancia no puede fijarse como total, sino más bien *relativa*, pues el aspecto temporal resultará más o menos importante, dependiendo de las

---

<sup>230</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.140.

<sup>231</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.143

<sup>232</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietá nella struttura del delitto tentato.P.144

circunstancias particulares de cada caso, como sucede en situaciones en donde el plan criminal haga referencia a un resultado que tendría una importante distancia en términos temporales, pues el juicio de peligrosidad podría terminar por dejar como irrelevante la acción desplegada, es decir, la acción desplegada terminaría siendo inofensiva precisamente por su distancia con el resultado, pues resultaría siendo extremadamente improbable o al menos difícil el poder establecer las denominadas circunstancias facilitantes u obstaculizantes del hecho<sup>233</sup>.

Por tal razón, si la univocidad de los actos exige el cumplimiento de todos los actos en un sentido tal que puede inferirse la intención de cometer la conducta criminal, se excluyen de facto todos aquellos actos que, como lo señala MANZINI, no pertenecen al proceso de ejecución del delito mismo<sup>234</sup>, como lo serían las amenazas hechas previamente a un delito de homicidio, el acuerdo o la instigación para la comisión de un crimen.

- **Teoría subjetiva:**

Un exponente de esta teoría es PETROCELLI, quien se plantea si la univocidad es un criterio esencial del acto o un criterio de prueba, pues si es un criterio esencial como elemento intrínseco del acto punible, es decir, actos que tengan la calidad de probar “por sí” la intención delictuosa, la univocidad se convierte en un criterio límite de la punibilidad; pero si es un criterio de prueba, exigir solamente la necesidad de que resulte cierta la intención del agente, no podría por tanto referirse exclusivamente a los actos que revelen la intención del agente por sí solos, puesto que si lo que se exige es la prueba, sería absurdo limitarla a la prueba intrínseca del acto<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> GIACONA IGNAZIO, Il Problema del Accertamento Dell'ideoneità degli Atti *ex* Art.56 con particolare riferimento a un Caso di Tentativo di Congiunzione Carnale, Rivista Italiana di diritto e procedura penal., Anno XLI, 1998, P.901

<sup>234</sup> MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, Quinta Edizione aggiornata da Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, Cit. Pag.481

<sup>235</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delito Tentato, cit, P.66.

PETROCELLI considera que el criterio que surgió del código es *el criterio de la univocidad como prueba de la intención*, puesto que la condición del legislador es que los actos dirigidos a cometer un delito deben serlo en modo no equívoco<sup>236</sup>.

Por ello se dice que la *teoría subjetiva* explica la univocidad de los actos desde la *perspectiva procesal*<sup>237</sup>, en tanto que la relaciona con *la prueba de la intención*<sup>238</sup>, o en palabras de DE FRANCESCO, comporta la prueba de la “*intentio criminis*”<sup>239</sup> lo cual significa que debe haber pruebas de que los actos concretamente realizados fueron desplegados con la intención criminal, con el propósito de cometer el delito proyectado, como lo serían, en criterio de PETRINI por vía de ejemplo, la confesión del agente, las comprometedoras interceptaciones telefónicas entre los cómplices de un secuestro, que denoten la intención de cometerlo<sup>240</sup>.

Sin embargo, una parte de la doctrina entre quienes está PAGLIARO<sup>241</sup> estima que esta teoría termina por anticipar de forma demasiado prolongada el inicio de la actividad punible desde el punto de vista temporal, ya que termina por sancionar actos remotamente preparatorios<sup>242</sup>, como lo sería la compra de un arma o de un veneno por parte de la mujer

---

<sup>236</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delito Tentato*, cit, P.67

<sup>237</sup> TRAPANI, *Temi Penali*, Ob. Cit. P. 227. Frente a este aspecto, indica este mismo autor, que vista la univocidad de los actos desde esta perspectiva o dimensión subjetiva, es decir, como *prueba de la intención* criminal, resultaría totalmente incompatible la posibilidad de la tentativa con el dolo eventual, puesto que en esta modalidad de dolo, el agente actúa si la intención de provocar el evento delictivo, siendo más compatible pro ello, con el dolo directo. P.227

<sup>238</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, *Ob.Cit.*, P.483

<sup>239</sup> DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, *Le forme di manifestazione di reato*, P.105

<sup>240</sup> CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, *Manuale di Diritto Penale*, P. 405,406.

<sup>241</sup> PAGLIARO ANTONIO, *Ob. Cit.* P.355. En el mismo sentido GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, *Ob.Cit.*, P.483

<sup>242</sup> Frente a este aspecto, según BRAZZI, y analizando la sentencia 12175/2012 del 2 de abril, señala que ésta es la postura de la Corte de Casación, pues la jurisprudencia del alto tribunal acoge la teoría subjetiva de la univocidad de los actos, pues de admitirse la objetiva, se entraría de nuevo en la vieja discusión de diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, la cual ya fue superada con el Código de Rocco, pues el artículo 56 acabó con los términos *comienzo, medio, ejecución*, para acoger como límite de la punibilidad la idoneidad y univocidad de los actos. Dice entonces este autor que para la Corte, al haber introducido el legislador las expresiones *acción* y *actos* quiso precisamente correr la línea de punibilidad fijando la atención no sólo sobre la ejecución sino también sobre la acción., esto quiere decir que la jurisprudencia italiana ha considerado que son también punible los actos “preparatorios”\*, que si bien pueden no ser ejecutivos individualmente considerados, tengan la abstracta aptitud de producir el delito querido y que el agente se encuentre en un punto de no retorno del inminente delito proyectado y que el mismo será cometido a menos que no resulten percibibles dudas que pongan en entredicho tal eventualidad, debiéndose entonces excluir para tal fin, aquéllos eventos imprevisibles que no dependen de la voluntad del sujeto, como aquéllos en los



que quiere asesinar a su esposo, meses atrás, y que consignó en su diario su decidida intención.

Por otra parte, autores como SEMINARA han rechazado la univocidad de los actos como criterio de prueba, ya que se considera carente de toda justificación intrínseca, pues la demostración del dolo es necesaria no sólo para el delito consumado sino también para el tentado<sup>243</sup>, motivo por el cual tal postura carece de toda razón de ser, pues la punibilidad estaría fundada únicamente sobre el parámetro de la idoneidad.

RANIERI también rechaza tal postura, pues no puede asimilarse la prueba del dolo con la prueba de la univocidad de los actos, en tanto que puede existir dolo, sin que los actos objetivamente analizados resulten unívocos. El dolo, la intención siempre debe ser probada, tanto en el delito consumado como en el delito tentado mediante una apreciación de índole subjetivo, en tanto que la univocidad de los actos, deben ser por sí mismos objetivos, es decir, no requieren ser probados objetivamente hablando, pues se insiste, ellos por sí mismos deben ser evidentemente ilustrativos frente a la intención criminal, y en consecuencia no dependen de la intención dolosa del agente para que ostenten tal condición<sup>244</sup>.

Resulta importante entonces indicar que los actos, bien preparatorios o ejecutivos, deben probar de una forma inequívoca tres aspectos: i) la intención, ii) el fin y iii) la voluntad de cometer el delito. Implica entonces que el no haber hecho referencia explícita a los actos unívocos sino a los actos dirigidos en un modo no equívoco, el legislador italiano quiso referirse al acto no equívoco en conjunto, dirigido a un fin determinado y no al fin individualmente considerado.

---

que el agente ha renunciado a continuar con el fin criminal, como el *desistimiento voluntario* y el *receso activo*. (BRAZZI MASSIMO, Tentativo di Reati – Idoneità e univocità degli atti, *Con armi e strumenti diretti a travisare la persona nei pressi de una banca: Tentativo Punibile*, Diritto e Giustizia on line, fasc.0. 2012).

\*“*prodromici*”

<sup>243</sup> SEMINARA SERGIO, *Il Delito Tentato*, Giuffrè Editore P.145

<sup>244</sup> RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit.P.59.

La dirección no equívoca según SEMINARA<sup>245</sup>, indica en efecto no un parámetro probatorio, sino de la esencia y debe ser entendida como una característica objetiva de la conducta, en el sentido que los actos puestos en marcha, deben por sí mismos, revelar la intención del agente<sup>246</sup>, lo cual no significa que se excluya la prueba del dolo, sino que una vez adquirida dicha prueba, debe realizarse nuevamente un juicio para establecer si los actos puestos en marcha, analizadas desde su objetividad, pero en el contexto en el cual se desarrollaron, por su naturaleza y esencia, permiten evidenciar conforme a las reglas de la experiencia, la intención y el fin perseguido por el agente.

Ahora bien, no debe confundirse la consecución de la prueba de la intención, con la aptitud del acto de proporcionar tal prueba, es decir, el resultado probatorio con la aptitud probatoria. La *univocidad* es conforme con PETROCELLI, propia únicamente de los actos ejecutivos<sup>247</sup>, pues en sentido estricto, los actos deben ser de una naturaleza tal que pueda manifestar la intención, con sólo producirse en el mundo externo, es decir, actos que manifiesten la intención por cuanto la exteriorizan, la ponen en ejecución, conforme la teoría objetiva.

Pero contrario a este criterio, se presenta MANTOVANI, para quien el hecho de no existir la fijación expresa del principio de ejecución en la norma como otro requisito de la punibilidad, no significa que no deba exigirse para que pueda hablarse de la punibilidad de la conducta, puesto que el sistema penal italiano es mixto, y en consecuencia la punibilidad de la tentativa está fundamentada en la manifestación de la voluntad criminal y la puesta en peligro del interés protegido.<sup>248</sup>

### ***5.1.3. El no cumplimiento de la acción o la no verificación del evento o “daño”:***

Dentro de los elementos objetivos de la tentativa, no sólo está la idoneidad y univocidad de los actos, sino también se exige una condición adicional, es decir, lo que el mismo artículo

---

<sup>245</sup> SEMINARA SERGIO, *Il Delitto Tentato*, Giuffré Editore P.956

<sup>246</sup> BARTONE NICOLA, *Ob. Cit.* 231.

<sup>247</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.70

<sup>248</sup> MANTOVANI FERRANDO, *Diritto Penale, Parte Generale*, P.427

56 del Código Penal describe cuando dice “*la acción no se cumple*” o “*el evento no se verifica*”.

Dice RAMACCI que cuando se trata de entender el querer del legislador al incluir la expresión “*la acción no se cumple*” o “*el evento no se verifica*”, la misma no resulta muy clara ya que el no cumplimiento de la acción puede ser entendido desde puntos de vista, en un sentido amplio y un sentido estricto o restringido. En sentido amplio significa que la acción no está cumplida, no existe objetivamente, y en sentido estricto, significa que la acción no se cumpla, que la acción no se llegó a cumplir, que no se completó, lo que quiere decir, que tan sólo se cumplió un fragmento importante de la conducta típica, es decir, que exista un principio de ejecución, lo que excluye la posibilidad de actos con una naturaleza diferente, como lo serían los preparatorios<sup>249</sup>.

No obstante, RAMACCI considera que ninguna de las dos anteriores comprensiones, se ajustan a la realidad del derecho vigente respecto a la tentativa punible, pues si se entiende el no cumplimiento de la acción en *sentido amplio*, la línea de punibilidad llegaría hasta castigar actos de preparación del delito, y en *sentido estricto*, a una restricción excesiva de la punibilidad por castigarla en un momento muy cerca a la consumación, razón por la cual, la punibilidad del delito tentado que es un delito sin daño, en tanto que el *evento* no se verifica, encuentra su justificación en el peligro al que fue expuesto el bien protegido<sup>250</sup>.

Ahora bien, otro sector de la doctrina<sup>251</sup> para referirse al no cumplimiento de la acción o no verificación del evento como elemento de la tentativa, habla de la “*deficiencia del elemento material*”, pero debiéndose entender por ello, no que exista una ausencia propiamente dicha del elemento material del delito que se quería realizar, sino que el elemento material del delito quedó incompleto por una de dos circunstancias, o porque la acción no se cumplió o porque pese a haberse cumplido, el evento no se pudo verificar.

---

<sup>249</sup> RAMACCI FABRIZIO, Corso di Diritto Penale, Quinta Edizione, Ristampa, Riveduta e Aggiornata a cura di Roberto Guerrini, 2015, Giappichelli Editore, Torino, P.427.

<sup>250</sup> RAMACCI FABRIZIO, Corso di Diritto Penale, P.427.

<sup>251</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., P. 60

Sin embargo, es imperioso precisar que no es posible hablar del evento como consecuencia de la acción criminal, sin que se haga referencia a la inescindible relación que existe entre delito y daño como lo ilustra de forma magistral CARNELUTTI<sup>252</sup>.

La doctrina italiana entre quienes se encuentra PAOLI, ha considerado oportuno hablar en punto del daño, de la necesaria definición de delito, para lo cual se refiere a la distinción entre *hecho jurídico* y *hecho jurídico ilícito*<sup>253</sup>, siendo el primero un hecho al que la ley le asigna efectos jurídicos, y el segundo un hecho ilícito que dependiendo del carácter de la sanción, adquirirá tal connotación, por lo que, si tiene sanción civil (resarcimiento del daño) será un *ilícito civil*, si la sanción es administrativa (pérdida del empleo, etc.) será *ilícito administrativo*, y si la sanción es de tipo punitivo (pena), es un *ilícito penal*, es decir, un delito<sup>254</sup>. Por tanto, define el delito como un hecho jurídico *penalmente ilícito* o un hecho *penalmente antigiurídico*<sup>255</sup>, es decir, que cuando el legislador prevea una conducta humana, y la prohíba estableciéndole una pena para quien la cometa, se constituye un delito.

Para otros autores como CARNELUTTI el daño, jurídicamente hablando, es tomando la definición de PAOLI<sup>256</sup>, “*la abolición o disminución temporal o parcial de un bien de la vida*”. Pero esta definición para el ilustre maestro exige diferenciar entre el significado de la palabra *bien* e *interés*<sup>257</sup>.

CARNELUTTI considera que los bienes jurídicos son susceptibles de transformación, y, en consecuencia, la transformación se convierte en *lesión de un bien* y de un *interés*. Pero partiendo de que el *interés* es el fundamento de una teoría jurídica del *daño*, éste debe ser

---

<sup>252</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il reato*, Secondo migliaio, CEDAM, Padova, 1930, P.10

<sup>253</sup> PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, Volume I Parte Generale, 1 i fondamenti, CEDAM, Padova, 1936, P.59,60.

<sup>254</sup> PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.60

<sup>255</sup> “65.- *Fatto giuridico penalmente ilícito (penalmente antigiuridico). Si potrà dunque concludere che il reato è un fatto giuridico perchè produttivo di effetti giuridici; è illecito perchè è vietato; è illecito penalmente perchè il divieto del fatto che lo costituisce è sanzionato da pena.*

*Sotto questo ulteriore aspetto, per tanto, dovrà dirse che il reato è un fatto giuridico penalmente illecito, o ache, più brevemente- un fatto penalmente antigiuridico”.* PAOLI GIULIO, *Il Diritto Penale Italiano*, P.60

<sup>256</sup> PAOLI, *Il danno, il resarcimento, la riparazione*, P. 120

<sup>257</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*, Secondo migliaio, CEDAM, Padova, 1930, P.10

objetivo y por tanto debe estar en el ámbito exterior del sujeto. Aquello que está afuera de nosotros, que no es el bien en sí mismo, pero que está en relación con el bien, que permite poderlo disfrutar, es lo que se define como *interés*. Por tanto, el daño siempre hará referencia a la situación del bien con la persona, y no al bien en sí mismo, es decir, que el concepto de lesión se adapta al de interés, y desde ese punto de vista debe hablarse de *lesión del interés*, y no de *lesión del bien*, pues no cree que el daño pueda definirse en relación con las cosas propiamente dichas<sup>258</sup>.

*Daño* es entonces para CARNELUTTI la *lesión de un interés*, pero hay que tener en cuenta que no toda lesión de un interés es relevante para el derecho, por lo que sólo tiene relevancia jurídica, aquella lesión que se debe evitar o se castiga conforme a la norma. Sólo así el daño se convierte en un mal<sup>259</sup>. No hay mal sin daño, pero puede haber daño sin mal, por tanto, sólo cuando haya lesión del interés puede haber mal antijurídico. De suerte entonces que conforme al pensamiento del ilustre profesor, el *mal es el género*, y, el *delito*, el *daño resarcible* y el *daño reparable*, son *especies* de mal, puesto que ellas son las formas de atacar no el mal en general, sino el *daño antijurídico*. Así pues, no es posible considerar al delito independientemente del daño que genera, pues el daño debe tenerse como un elemento esencial de la definición del delito<sup>260</sup>.

Por último, vale la pena indicar que suelen existir diferentes clasificaciones de daño, como daño patrimonial y no patrimonial, mediato o inmediato, material o jurídico, y el daño inmediato o potencial, siendo esta última una de las más importantes por los efectos que irradia en punto del *ius puniendi*. El *daño inmediato* será entonces la lesión efectiva de un bien, o la *lesión de un interés*, es decir el daño propiamente dicho, en tanto que el *daño potencial*, es la lesión que se teme pueda suceder, o lo que es lo mismo, *el peligro*<sup>261</sup>, distinción que reviste la mayor importancia, en punto de la tentativa, si se tiene en cuenta que dependiendo del interés político que el Estado quiera hacer prevalecer, será entonces el

---

<sup>258</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*, P. 11

<sup>259</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*, P.17.

<sup>260</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*. P. 22

<sup>261</sup> MAGGIORE GIUSEPE, *Ob. Cit.* P.250.

límite o fundamento de la punibilidad de la tentativa, y desde esa perspectiva, determinará a partir de cuando la acción es punible.

Ahora bien, se dice que el *bien-interés* objeto de protección, debe ser entendido no en sentido estático, deducido de la sola norma incriminadora principal, sino en un sentido más dinámico, es decir, en una dimensión mucho más amplia que tenga la capacidad de abarcar los principios y valores constitucionales, para que exista coherencia con el principio de lesividad elevado a canon constitucional conforme los artículos 13,25 y 27 de la Carta fundamental Italiana<sup>262</sup>.

Lo anterior significa entonces que bajo el manto de una nueva Carta fundamental Italiana, el concepto de *bien jurídico* adquiere una nueva connotación, la cual se le atribuye en gran medida a BRICOLA, quien habla del “*bien jurídico constitucionalmente vinculado u orientado*”, pues ahora se debe entender el bien jurídico desde la dimensión *constitucional del ilícito penal*<sup>263</sup>, motivo por el cual se afirma que BRICOLA le dio una cara garantista al bien jurídico, al darle el valor de límite mediante el vínculo constitucional (teoría positiva), pues la constitución al representar un valor fundante resulta ser un límite pero no sólo para el derecho penal, por lo que los bienes jurídicos protegidos pueden tener una relevancia constitucional pero de forma implícita aunque mucho más restringida, visión ésta que es conocida como *positiva*<sup>264</sup>.

Sin embargo se afirma que en Italia la teoría más aceptada es la *negativa*, según la cual la Constitución es un límite que determina que *no es bien jurídico* aquello que es contrario a la Carta Fundamental o un interés que no venga reconocido<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> RICCARDI GIUSEPPE, I Confini Mobili del Principio di Offensività, L'Indice Penale, Nuova Serie – Anno II, N.1, Gennaio – Aprile, 1999, P. 718-719.

<sup>263</sup> BRICOLA FRANCO, Voce Teoría generale del reato, cit.pp.7-93, Citado por RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giurídico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano, Ob. Cit., P.392.

<sup>264</sup> BRICOLA FRANCO, Tecniche di Tutela Penale e tecniche alternative de tutela, cit. P.9-19, 25 ss. Citado por RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giurídico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano, Ob. Cit., P.393.

<sup>265</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giurídico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano, Ob. Cit., P.393.

El *evento* en palabra de MAGGIORE no es un elemento constitutivo del delito, sino de la acción o del hecho<sup>266</sup>. Evento es todo resultado de la acción, pero no siempre todo resultado de la acción es un evento propiamente dicho, por lo que, el evento para que sea jurídicamente relevante para el derecho penal, debe ser el resultado o la consecuencia descrita en la norma de una acción realizada, pues de la acción pueden desprenderse múltiples consecuencias, pero sin que puedan catalogarse como evento, como sucede con las consecuencias paralelas que se generan con la muerte de una persona, como puede ser un detrimento patrimonial, un daño familiar, etc.<sup>267</sup>.

Se ha dicho que existen dos teorías para entender el evento, una primera que lo entiende en *sentido natural y material*, según la cual el evento es el cambio del mundo exterior, al cual tendía la acción, es decir, que el cambio debe ser material y tangible, razón por la cual, entendiendo que no en todos los delitos existe un resultado tangible, material, se dice que existen algunos delitos sin evento; y la segunda, que es la acogida por MAGGIORE, que entiende el evento en *sentido ideal*, donde no sólo bastaría el cambio material, sino también el cambio en sentido jurídico como sucede con delitos tales como la injuria y la calumnia<sup>268</sup>.

Así, el evento es propiamente la consecuencia de la acción, evento que puede consistir en la lesión o en la puesta en peligro del objeto de la acción<sup>269</sup>, por lo que debe entenderse como la lesión de un interés, de un bien jurídicamente protegido, por lo que el evento siempre se identifica con el daño, el cual según MAGGIORE citando a ROCCO, puede definirse como la *alteración de un bien o interés protegido por la norma*<sup>270</sup>.

## **5.2. Elemento subjetivo: El dolo.**

Es claro que cuando hablamos de conducta, hablamos de actos que se predicán solamente de personas, actos que pueden ser conscientes o inconscientes; pero, cuando se actúa con la

---

<sup>266</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.247

<sup>267</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.247

<sup>268</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.248

<sup>269</sup> VOLK, Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Ob. Cit., P.50.

<sup>270</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.249

*facultad de decidir y ordenar la propia conducta*<sup>271</sup>, se actúa con voluntad, y ella sólo se expresa de forma consciente, por lo que el actuar ya se despliega con una intención.

Ahora bien, si la intención es definida como la “*determinación de la voluntad en orden a un fin*”<sup>272</sup>, y si la voluntad es la facultad de decidir y ordenar la propia conducta de forma consciente, significa en últimas, que la intención no es más que la facultad de decidir y ordenar de forma consciente la conducta con un determinado fin.

De manera entonces que, como lo dice MANZINI, la regla general en el comportamiento de la persona frente a sus actividades diarias es que actúe con intención, con voluntad, es ese el comportamiento que adquiere relevancia en el ámbito penal y no es posible que exista ni responsabilidad ni imputabilidad por regla general sin voluntariedad<sup>273</sup>. Y así lo expresa de forma diáfana el artículo 42 del Código Penal Italiano cuando indica en su inciso primero: “*Nadie puede ser castigado por una acción u omisión prevista en la ley como delito, si no la cometió con conciencia y voluntad.*”. (Negrilla fuera del original).

Si la conducta o comportamiento humano se rige por la voluntad, por la intención, necesariamente cuando la conducta es criminal, en principio, también debe ser regida por dicho elemento; es decir, como lo afirma PETROCELLI por el *propósito de cometer un delito*<sup>274</sup>. De tal suerte que el agente debe decidir y ordenar su comportamiento de forma consciente con el fin cumplir todos los actos dirigidos a la comisión de un determinado delito, por lo que, aspectos como la sola intención sin actos exteriores, el mero propósito o la voluntad no expresada con clara intención de cometer una conducta, no resultan relevantes para el derecho penal y en consecuencia no son punibles<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> [www.dle.rae.es](http://www.dle.rae.es)

<sup>272</sup> [www.dla.rae.es](http://www.dla.rae.es)

<sup>273</sup> Y frente a la voluntariedad, MANZINI la definió como: “*tutta l’attività intellettuale che si determina e rivolge ad un determiante evento, col presupposto della scienza e coscienza delle circostanze nelle e per le quali la volontà si determina.*”. MANZINI VINCENZO, Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Sesta Edizione Aggiornata, CEDAM, Padova, 1937-XV, P.80.

<sup>274</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delito Tentato, cit, P.30

<sup>275</sup> MANZINI VINCENZO, Trattato di Diritto Penale Italiano, Quinta Edizione aggiornata da Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, Cit. Pag.480



La voluntad o intención criminal es elemento psicológico que le interesa al derecho penal como lo enseña PANNAIN, quien precisaba que esa intención o voluntad, no es de cualquier clase, pues no se puede confundir con el simple querer, deseo, impulsos, por lo que era necesario diferenciar la *veleidad* de la *voluntad*, en tanto que la primera hace referencia al simple deseo sin ninguna posibilidad de realización, en tanto que la segunda es la voluntad real, efectiva<sup>276</sup>.

Ninguna acción, o hecho externo que implique movimiento corporal surge sin un carácter psíquico que lo dirija hacia una finalidad, luego puede decirse que la voluntad es el *impulso psíquico* y la intención es *la fuerza física* o dirección hacia el fin, no pudiendo existir voluntad sin fin, constituyendo entonces la voluntad en el elemento finalístico de la voluntad de la acción en general, de toda la acción. Así entonces, el evento no puede entenderse solamente como consecuencia de la acción u omisión, debe entenderse además como lesión, ofensa, que es el elemento propio de todo delito, por lo que, si el delito está constituido por actos dirigidos a cometer un delito, pues *dirigir la voluntad es el dolo del delito tentado*<sup>277</sup>.

Por tal razón, si el *dolo* según lo enseña MARINUCCI es entendido como el conocimiento o representación y la voluntad<sup>278</sup>, voluntad expresada en actos externos idóneos dirigidos a la ejecución, y en el mismo no se hace una distinción de si es consumada o no la conducta, significa que el dolo del delito consumado y del delito tentado es el mismo, y por ello la doctrina lo ha denominado *principio de identidad del dolo*<sup>279</sup>.

Nótese que cuando se habla de la tentativa, ella es explicada magistralmente por la doctrina, como una de las formas de manifestación del delito<sup>280</sup>, para significar que siendo la regla general que la conducta criminal desplegada por el agente logre su finalidad, es decir la misma alcance su consumación, hay ocasiones en las cuales a pesar de que se llevó

---

<sup>276</sup> PANNAIN, Manuale di Diritto Penale, P.440

<sup>277</sup> PETROCELLI, Ob.cit. P.33,34

<sup>278</sup> MARINUCCI GOIRGIO, DOLCINI EMILIO, Manuale di Diritto Penale, Quarta Edizione., Giuffrè Editore, P.292

<sup>279</sup> PETROCELLI, Il Delito Tentato, cit, P.35

<sup>280</sup> RIZ ROLAND, Lineamenti di Diritto Penale, Terza Edizione, CEDAM, 2001, P. 341

a cabo la conducta descrita en la ley penal, la misma no logró agotarse. Ello reviste capital importancia, en tanto que si la tentativa es una figura jurídica por medio de la cual el legislador ha querido castigar aquel comportamiento que puso en riesgo el bien jurídicamente protegido, y a su vez, la intención criminal, de cuyo se debe concluir que en punto de la tentativa, la misma tiene una naturaleza exclusivamente *dolosa*<sup>281</sup>.

Y a tal conclusión puede llegarse, ya que del simple tenor literal del artículo 56 del Código Penal, cuando la norma dice *actos idóneos dirigidos de forma inequívoca* a cometer un delito, implícitamente la norma exige es una intención criminal y no el mero deseo de que se produzca un evento<sup>282</sup>, la intención de querer cometer un delito, pues no existe un *dolo de tentativa*<sup>283</sup>, sino que el dolo existente es el dolo del delito consumado, ya que lo que diferencia al delito consumado del delito tentando es precisamente el grado de perfección o de agotamiento del delito, no la intención.

Lo anterior significa entonces también, que la tentativa como lo expresan MANTOVANI<sup>284</sup> y PULITANO<sup>285</sup> siempre se presenta en los *delitos de naturaleza dolosa*, y se excluye la posibilidad de la culpa, pues en ésta, a pesar de ser previsible el evento, la acción no está dirigida con el propósito de cometer el delito, lo cual desnaturalizaría el instituto. RAMACCI también considera que conforme lo consagra el artículo 42, nadie puede ser castigado por una conducta prevista en la ley como delito, si no la ha cometido con dolo, luego ello significa entonces que la tentativa de acuerdo con lo previsto en el artículo 56 del Código Penal no admite la posibilidad de la culpa o la preterintención<sup>286</sup>.

Pero aceptando pacíficamente que la tentativa se presenta en delitos de índole doloso, existe en la doctrina una seria discusión respecto a si en la tentativa es admisible la figura del *dolo eventual*, en tanto que, en principio no existe norma alguna que indique lo contrario, por lo

---

<sup>281</sup> MENGONI ENRICO, Reati contro il Patrimonio, Dalle Sezione Unite Via Libera alla Compatibilità tra Tentativo ed Attenuante del Danno di Speciale Tenuità, (Sez. Un. 28243 del 28 marzo 2013), Cassazione Penale, N.11, 2013, P.3828-3846.

<sup>282</sup> CONDEMI MARIA, Atti idonei diretti in modo non equivoco ed intenzionalità del dolo nel delitto di abuso d'ufficio (Sez. VI, - Ud. 30 aprile 1999, N.12928) en Revista Cassazione Penale, 2001, P.693

<sup>283</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 61

<sup>284</sup> MANTOVANI, Diritto Penale, Parte Generale, P.427

<sup>285</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.460.

<sup>286</sup> RAMACCI, Corso di Diritto Penale, Ob.Cit. P.435

que han surgido dos posturas al respecto, la de quienes admiten tal posibilidad y la de quienes rechazan su configuración.

Frente a la posibilidad de que se presente el *dolo eventual* en la tentativa, un sector de la doctrina, entre quienes está PIOLETTI admiten tal posibilidad en tanto que no existe una norma que distinga estos dos tipos de dolo frente a la tentativa<sup>287</sup>, argumento que encuentra respaldo también por parte de RIZ<sup>288</sup> y ROMANO<sup>289</sup>, quienes afirman que la voluntad dolosa, la voluntad de cometer una conducta, admite todas las posibilidades de dolo, pues si los actos están dirigidos de forma inequívoca, significa que habiéndose representado los elementos que el tipo penal exige, y aceptada la posibilidad de realización del evento, se ha actuado con *dolo eventual*<sup>290</sup>.

Contrariamente, entre quienes rechazan la posibilidad del dolo eventual, se encuentra MANTOVANI para quien, si el dolo de la tentativa es intención de cometer el delito perfecto<sup>291</sup>, por ende se excluye de plano el dolo eventual, ya que la tentativa exige la voluntad, la intención dirigida hacia un intento de comisión de la conducta y no la simple aceptación del riesgo de un posible evento como sucede con el eventual, y además porque la redacción de la norma respecto a la “dirección unívoca” de los actos, implica un direccionamiento de la voluntad hacia un comportamiento determinado<sup>292</sup>.

---

<sup>287</sup> PIOLETTI UGO, Ob. Cit. P.113

<sup>288</sup> RIZ, Lineamenti di Diritto Penale, Ob. Cit. P.347

<sup>289</sup> ROMANO MARIO, Commentario Sistematico del Codice Penale I, Art.1-84, Terza Edizione, Rinnovata e Ampliata, Giuffrè Editore, Milano, 2004, P.588.

<sup>290</sup> Frente a esta discusión también se puede ver el excelente artículo de BELTRANI quien hace un análisis de una Sentencia de Casación (Sez. I- UD 31 marzo de 2010, N.25114) una reseña del debate académico y jurisprudencial existente frente a la posibilidad o no del dolo eventual en el delito tentado, en el cual concluye *no ser posible dicha categoría*, pues de la misma redacción del artículo 56 del Código Penal se puede advertir que el legislador no dejó un vacío o duda alguna en que la única diferencia estructural entre el delito tentado y consumado, es la no realización de la acción o la no verificación del evento, luego al no existir diferencia alguna entre ellos, el dolo exigido de la tentativa es el mismo del delito doloso consumado. SERGIO, La compatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato tra orientamenti e disorientamenti (Sez. I- UD 31 marzo de 2010, N.25114) en Revista Cassazione Penale, No.5, maggio, 2012, Giuffrè Editore, P.1726. De la misma manera puede leerse el excelente artículo de FILIÈ respecto al dolo eventual en la tentativa en: FILIÈ MASSIMO, Delitto Tentato e Dolo Eventual, Rivista Italiana di diritto e procedura penal., Anno XXVI, 1983. RADESCO FRANCESCA, Sussiste il tentato omicidio quando la morte della persona offesa è il fine primo o alternativo dall'agente, Rivista Diritto e Giustizia, Fasc.18, 2015, pag.53.

<sup>291</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.438.

<sup>292</sup> BELTRANI SERGIO, La compatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato tra orientamenti e disorientamenti, Ob. Cit. P.1727.

En este mismo sentido se expresa PAGLIARO, indicando que los actos “*dirigidos en modo no equívoco a cometer un delito*” equivalen a la categoría del *dolo* en los delitos consumados, pero con la aclaración de que es imposible que se configure la tentativa con dolo eventual ya que por una parte es incompatible con el dolo el hecho de no querer el resultado así lo haya podido representar y lo deje librado al azar, resquebrajando la intención de cometer el delito exigida en la tentativa, y por otra, que mientras en el dolo eventual el evento sí se verifica, en la tentativa no, por un factor externo al agente que así lo impide<sup>293</sup>.

Otros como SANTISE son vehementes en afirmar que no existe un dolo para el delito consumado y uno diferente para la tentativa, pues en la tentativa el proceso de desarrollo de la acción no se presenta como un poner en marcha actos idóneos y unívocos dirigidos hacia la comisión de un delito sin querer la consumación del mismo, y que por representarse el resultado no querido, lo acepta si llegara a darse, puesto que lo que diferencia al delito consumado del tentado, no es la idoneidad y univocidad de los actos, ni la intención criminal de cometer el delito, sino que en la tentativa, no se logró la perfección de la conducta por causas ajenas al agente, bien porque la acción no se cumplió o bien porque el evento no se verificó<sup>294</sup>.

Tampoco es posible que en la tentativa se presente la figura de la preterintención, pues en ella se produce o verifica un resultado no deseado, no querido<sup>295</sup>, en tanto que, en la tentativa, toda la actividad desplegada por el agente está encaminada a la ejecución y consumación de un evento o acción querida, deseada. Tampoco se presenta la tentativa en delitos de peligro<sup>296</sup>, pues en este tipo de conductas, el riesgo o la puesta en peligro no exige de la verificación del peligro, ni de la verificación del daño, pues el legislador ha

---

<sup>293</sup> PAGLIARO ANTONIO, Ob. Cit. P.347

<sup>294</sup> SANTISE MAURICIO, ZUNICA FABIO, Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale, Ob.Cit.P.306

<sup>295</sup> PIRAS PAOLO, Delitto Tentato, Il Diritto, Enciclopedia Giuridica, del sole 24 ore, diretta da Prof. Avv. Salvatore Patti, Volume 4, Consi – Dep, P.697. En el mismo sentido se expresa RIZ ROLAND, Lineamenti di Diritto Penale, Ob. Cit. P.348.

<sup>296</sup> PIRAS PAOLO, Delitto Tentato, Il Diritto, Cit., 698

querido en ciertos casos, castigar ciertas conductas de forma anticipada a la verificación del evento.

## CAPÍTULO III

### EL INICIO DE LA ACTIVIDAD PUNIBLE

#### 1. Límites a la tentativa punible:

Conforme a la definición del artículo 56 del Código Penal Italiano, la punibilidad de la tentativa sólo está referida a los delitos, razón por la cual no es aplicable a las contravenciones, y sólo es predicable de los delitos dolosos<sup>297</sup>.

Uno de los problemas más debatidos a lo largo de los tiempos en el derecho italiano, es precisamente el que tiene que ver con el momento a partir del cual la conducta desplegada por el agente deviene como punible<sup>298</sup>, esto es, cuándo los actos desplegados pueden ser castigables, bien porque han dejado la esfera preparatoria y han entrado en la ejecutiva y por ende son punibles conforme a la visión clásica que distingue entre éstas dos clases de actos por efecto del *principio de ejecución* (Código Napoleónico y de Zanardelli)<sup>299</sup>, o bien, porque conforme a una visión más contemporánea, los actos resultan idóneos y unívocamente dirigidos hacia la comisión del delito (Código Rocco)<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> FIORE CARLO, Diritto Penale, Parte Generale. Volume secondo, *Le forme de manifestazione dell reato, concorso di reati, e concorso di norme, le sanzioni*. UTET, P. 45.

<sup>298</sup> Fue precisamente el acabar las discusiones existentes en su momento sobre el inicio de ejecución, lo que motivó al legislador a suprimir en el Código de Rocco, el principio de ejecución de la estructura de la tentativa, sin embargo, pese a ello, el resultado no fue el esperado, pues la redacción del actual artículo 56 tampoco permite establecer de forma precisa cuando se inician los actos ejecutivos, por lo que se ha tenido que recurrir de nuevo al criterio del principio de ejecución, el cual tampoco deja de generar inconvenientes, por lo que se ha sugerido que deberá realizarse un examen profundo de los actos idóneos e inequívocamente dirigidos, para que pueda establecerse el inicio de la actividad punible. Ver: SINISCALCO, Tentativo, Ob. Cit., P. 2

<sup>299</sup> “*Lo spirito liberale sotteso alle codificazioni del XIX secolo utilizzava la formula del commencement d'exécution, attraverso la quale la maggior parte dei codici dell'epoca esigeva, per la punibilità del delitto tentato, l'inizio dell'esecuzione del delitto* (4). *Sulla stessa scia si poneva il codice Zanardelli, così introducendo quella distinzione tra atti esecutivi punibili e atti preparatori non punibili dalla quale le elaborazioni dottrinali successive non sono più riuscite sostanzialmente a discostarsi. Ancora oggi, a più di ottant'anni dalla promulgazione del codice Rocco e nonostante l'adozione della diversa formula degli «atti idonei, e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto»*”. MENCARELLI ANNAELENA, La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante: Riflessioni sul criterio della direzione non equivoca degli atti e superamento della formula dell'inizio di esecuzione, Cassazione Penale, Fasc.11, 2013, P.3955.

<sup>300</sup> FERRARA CHIARA, Tentativo dei Reati: Idoneità e univocità degli atti, Osservazioni alla Cassazione Penale, (Sez. II, 20 marzo 2007 N.18747), en Revista Cassazione Penale, Faasc.2, 2008, P.608. GIACONA

Pero debe precisarse que no siempre se usaron las expresiones *actos preparatorios* y *actos ejecutivos*, expresiones usadas de forma esporádica, pues hasta finales del año 1700 se hablaba de *actos remotos* y *actos próximos*, lo que se puede constatar en autores como BALDO DEGLI UBALDI, que señalaba *est enim in delictis, sicut in aliis factis, duplex principium, quoddam “remotum et praeparatorium”, quodam “propinquum” et “substantiale”*<sup>301</sup>, y otros como FARINACCI quien refería: “*In fine voluit **actus proximum**, tunc demum esse quando est multum principaliter propinquus delicto, et quasi eius esse, et quasi delicta intrínseca pars*”<sup>302</sup>.

Ya en el periodo del 1800, se comienza a construir en mejor forma una doctrina alrededor de los actos preparatorios y ejecutivos, sin que pueda decirse que era una construcción dogmática propiamente dicha, que termina por expresarse en forma de norma en el Código Napoleónico, y luego en el de Zanardelli al consagrarse la tentativa punible bajo la fórmula del principio de ejecución que tuvo como justificación, por una parte, evitar que se castigaran actos diferentes a la realización del delito y, por otra, introducir el criterio de idoneidad de los actos, en términos de peligrosidad, para evitar la punibilidad de conductas o actos que no revistieran peligro para el bien jurídico<sup>303</sup>.

Por ello es que la respuesta respecto al límite de la tentativa punible dependerá del modelo de Estado que se tenga, (Estado de derecho o régimen autoritario), pues son las concepciones políticas que lo fundan las que vienen a determinar la importancia o relevancia de los derechos, principios, valores y por ende los bienes jurídicos que se quieran proteger, incorporados a las Constituciones Políticas, y a los Códigos por ser los pilares sobre los cuáles se cimenta el Estado<sup>304</sup>, que en el caso concreto de Italia, sufrió una

---

IGNAZIO, Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti *ex* Art.56 con particolare riferimento a un Caso di Tentativo di Congiunzione Carnale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal., Anno XLI, 1998, P.908

<sup>301</sup> CONSILIA, III, Venetiis, 1609, III, cons, 443, Citado por GIACONA IGNAZIO Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti...,Ob. Cit. P.910

<sup>302</sup> FARINACCI, Theoricae et praxis criminalis libri, Lugduni, 1631, q, CXXIII, n.106, Citado por GIACONA IGNAZIO Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti...,Ob. Cit. P.910.

<sup>303</sup> GIACONA IGNAZIO Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti, Ob. Cit. P.916

<sup>304</sup> FERRAJOLI LUIGUI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal, Prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, 9ª Edición, 2009, P.93

trascendental modificación, con ocasión de la expedición en 1948 de una nueva Constitución Política, como consecuencia del referendo del 2 de junio de 1946 mediante el cual el pueblo eligió la forma de gobierno Republicana, y declaró terminada la Monarquía de la dinastía de los Savoia<sup>305</sup>.

Así entonces, asumiéndose que es una decisión de naturaleza política el determinar cuáles son los bienes que deben ser protegidos por cuanto son necesarios para la convivencia de la sociedad, así también es de naturaleza política la fijación de la sanción cuando los bienes jurídicos son lesionados, estableciendo a través de la ley penal, qué conductas son punibles (si sólo aquéllas en donde hay una efectiva lesión del bien jurídico, ó también su efectiva puesta en peligro), cuál es la forma de enjuiciamiento (sistema procesal), y el fundamento de la punibilidad (límites de la punibilidad), pues tales criterios responden a una *política criminal*<sup>306</sup> del Estado.

Como es sabido, existen dos grandes teorías históricamente hablando, a partir de la cuales se ha tratado de dar una solución a éste eterno dilema. Una *teoría objetiva* que cimentada principalmente sobre el principio de ofensividad, centrará el inicio de la actividad punible a partir de aquéllos actos externos que pusieron en peligro o riesgo el bien jurídico protegido, descartando aquéllos que objetivamente no representaron un riesgo o peligro para el bien jurídico; y una *teoría subjetiva* que tiene en cuenta todos los actos que denotan la peligrosidad del sujeto por su manifiesta actitud de rebeldía con la norma penal, extendiendo entonces la punibilidad hasta los más *remotos* actos preparatorios, como la consecución de un arma, o veneno, por vía de ejemplo<sup>307</sup>.

Ahora bien, CARINGELLA afirma que, en la búsqueda de una respuesta a este asunto, varias legislaciones para punir la tentativa han fijado dos posibles formas de resolverlo, una es, a través de la *teoría del inicio de ejecución*, y la otra, a través de la *teoría de la*

---

<sup>305</sup> VASSALI GIULIANO, Diritto Penale e Giurisprudenza Costituzionale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008.

<sup>306</sup> FERRAJOLI LUIGUI, Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal, Prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, 9ª Edición, 2009, P.472

<sup>307</sup> CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, IV Edizione, DIKE, 2013, P.1097.



*idoneidad y univocidad de los actos*<sup>308</sup>, lo cual nos lleva indiscutiblemente a tener que hacer referencia a ellas.

## **2. La teoría del inicio de ejecución:**

ANTOLISEI refiere que los criminalistas, en su intento por establecer el límite o frontera a partir del cual existe riesgo o peligro para el bien protegido, diferenciaban entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pero tras la Revolución Francesa, el Código Napoleónico - para tratar de acabar con dichas discusiones respecto al momento en el cual debía punirse la acción- introdujo el criterio del “*inicio de ejecución del delito*”, lo cual planteó en el derecho italiano otro interrogante sobre cuándo se daba comienzo o inicio a la ejecución del delito<sup>309</sup>.

En el mismo sentido, MANTOVANI indica que como consecuencia de la Revolución Francesa fue consagrado, tanto en el Código Napoleónico como en el de Zanardelli en Italia, el *principio de ejecución* como una garantía para la libertad del ciudadano contra la arbitrariedad y autoritarismo del Estado de querer castigar los actos meramente preparatorios, pues por la incertidumbre jurídica que reviste poder establecer dicha categoría, se consideró que la mejor forma de evitar la arbitrariedad del juez de castigar las simples sospechas, fue colocando el inicio de la ejecución como el límite de punibilidad cuando se habla de tentativa<sup>310</sup>.

### **2.1 Criterio de la puesta en marcha de la acción:**

En esta teoría se identifica la tentativa punible con base en el criterio que según indica la doctrina, desde ROMAGNOSI, se identificó el tentar con la *puesta en marcha*<sup>311</sup>, esto es,

---

<sup>308</sup>CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, IV Edizione, DIKE, 2013, P.

<sup>309</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, CONTI LUIGI, Istituzioni di Diritto Penale, Giuffrè Editore, 2000, P.261.

<sup>310</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, Nona Edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, P. 434

<sup>311</sup> Según Petrocelli tanto Romagnosi en su obra *Genesis del diritto penale*, como Haus en su obra *Principes de droit penal*, utilizaron los criterios de *porre un opera* el primero, y *mette in opera* el segundo, así como también refiere a Impallomeni para quien la nota esencial de la ejecución viene del *impulso dato dal*

en el *grado de desarrollo de la acción criminal*<sup>312</sup>, constituyendo tentativa punible, solamente los actos ejecutivos, no los preparatorios, pues sólo resulta penalmente relevante el propósito criminal, cuando el mismo pasa de la preparación a la fase de ejecución, por lo tanto, se dice que sólo son punibles los actos ejecutivos y no los preparatorios<sup>313</sup>.

De suerte entonces, que si para la comisión de un delito se hace necesario de medios propicios para alcanzar el fin, un sector de la doctrina, entre los que se encuentra FIORE, considera que el principio de ejecución que se requiere para que exista tentativa, se encuentra en “*la puesta en marcha*” de los medios idóneos destinados a cometer el delito<sup>314</sup>.

Pero, si bien es cierto que conforme a la definición de la tentativa, para que los actos sean punibles, deben ser idóneos, la idoneidad no es un criterio que permita determinar si un acto es ejecutivo o preparatorio, y mucho menos establecer el inicio de ejecución, pues según PETROCELLI la idoneidad es un *carácter natural* del acto, de suerte que pueden ser idóneos desde el más lejano o *remoto* acto preparatorio hasta el más próximo al propio tipo penal, los actos preparatorios como los que ponen en marcha el medio. Por tanto, la idoneidad no funciona como un criterio de determinación de la naturaleza del acto, porque su naturaleza se determina de otra forma<sup>315</sup>.

En igual sentido, DE PALMA considera que esta teoría no es sólida desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues no permite distinguir qué actos son preparatorios y qué actos son ejecutivos, reduciendo la tentativa a límites mucho más restringidos en detrimento de una

---

*colpevoles alla causalità criminosa*, así como también Manzini al interior de la comisión redactora del Código de Rocco, indicó que era necesario que el agente no sólo procurara el medio para cometer el delito, sino que el medio fuera puesta en obra, en uso. PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.130.

<sup>312</sup> MENCARELLI ANNAELENA, *La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante*, Ob. Cit., P.3955.

<sup>313</sup> MANTOVANI FERRANDO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Nona Edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, P.434.

<sup>314</sup> FIORE CARLO, *Diritto Penale, Parte Generale. Volume secondo, Le forme de manifestazione del reato, concorso di reati, e concorso di norme, le sanzioni*. UTET, P.50

<sup>315</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.126

debida defensa de la sociedad<sup>316</sup>, y de igual manera, este criterio permite confundir la naturaleza del acto con la prueba de la intención.

Se ha dicho entonces, que la idoneidad es más bien un elemento posterior que sirve solamente para poder establecer la eficacia jurídica con relación a la punibilidad, por lo que la idoneidad no revela la ejecución, pero no por ello debe dejarse de incluir como otro elemento esencial para que exista punibilidad. Y se funda lo anterior, en lo insuficiente que resulta la definición del artículo 56 para precisar el inicio de la acción, por lo que es necesario interpretar dicha disposición de forma integral con el artículo 115 del C.P.<sup>317</sup> (acuerdo para cometer un delito, instigación)., ya que conforme con este canon, todos aquéllos actos que sólo tengan como propósito el acuerdo o la instigación para cometer un

---

<sup>316</sup> CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, P.1097

<sup>317</sup> Sobre este aspecto resulta oportuno traer a colación los comentarios hechos por MENCARELLI quien refirió: “Nella ricerca di una soluzione alla complessa questione che qui si affronta non compare, nella motivazione della sentenza in esame, alcun accenno alle statuizioni contenute nell'art. 115 c.p. La disposizione è stata nondimeno più volte richiamata quale elemento fondamentale per dimostrare come l'individuazione del tentativo punibile continui a basarsi sul criterio dell'inizio dell'esecuzione. Massimo assertore di questa teoria è il Petrocelli, che nella sua opera *Il delitto tentato* osserva come i due criteri dell'idoneità e della direzione non equivoca non siano di per sé sufficienti a stabilire la soglia del penalmente rilevante, dovendosi piuttosto spingere l'indagine verso un'interpretazione del sistema del diritto penale nel suo complesso. Ed è appunto in quest'ottica che viene in considerazione l'art. 115 c.p., ritenuto decisivo per quanto ci interessa, poiché presenterebbe una «funzione di completamento dell'istituto del tentativo, ad esso ontologicamente riannodandosi». Le due tipologie di comportamento ivi previste dell'accordo e dell'istigazione, di per sé non punibili se non seguite dalla commissione di un reato, costituiscono ben più che un mero incontro di volontà, ma ricomprendono logicamente anche tutti quegli atti intermedi che dal primo manifestarsi esterno del proposito criminoso giungono all'incontro finale della volontà. Atti intermedi, quali il procacciamento dei mezzi o lo studio dei luoghi, che hanno carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, del delitto avuto di mira e che altro non sono se non i c.d. atti preparatori (40). Se di essi è sancita l'irrelevanza qualora siano posti in essere da più individui, diviene allora evidente la forza di espansione logica dell'art. 115 c.p., da rinvenirsi, per l'appunto, nell'affermazione del principio della non punibilità degli atti preparatori, anche nell'ipotesi, senz'altro di minore gravità sociale e morale, in cui vengano compiuti da un solo individuo (41).

La validità della teoria cade del resto proprio sulla scia di tali ultime considerazioni. L'art. 115 c.p. potrebbe funzionare quale limite esterno del delitto tentato solo nel caso in cui si dimostrasse che, senza di esso, gli atti preliminari ricadrebbero sotto la disciplina del delitto tentato, non essendo più prevista la formula dell'inizio di esecuzione. Gli atti di cui l'art. 56 c.p. sancisce la punibilità devono infatti essere idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto da parte di un soggetto quale autore immediato, mentre «eventualmente l'accordo e sempre l'istigazione sono indirizzati a far commettere da taluno un delitto - non a commetterlo di mano propria» (42). Lungi dunque dal sancire la non punibilità degli atti preparatori, la disposizione non avrebbe solamente la funzione di ribadire il principio oramai pacifico dell'irrelevanza penale dei puri pensieri, non estrinsecatisi in atti esterni o materiali (43), ma andrebbe a ricordare come anche comportamenti materiali o esteriori diretti a uno scopo siano penalmente irrilevanti se non dotati di quei requisiti minimi richiesti dall'art. 56 c.p. ai fini della punibilità del delitto tentato. E questo a riconferma di un sistema che fonda la punibilità dei consociati sulla necessaria offesa dei beni giuridicamente tutelati, quantomeno nei limiti della loro concreta messa in pericolo (44)”. MENCARELLI ANNAELENA, *La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante*, Ob. Cit., P.3955.

delito, sin que el mismo sea cometido, pese a ser en principio una manifestación externa del propósito criminal, no son punibles, y por ende no pertenecen a la acción delictiva propiamente dicha, aún no hacen parte de dicha acción<sup>318</sup>.

Para explicar lo anterior, resulta indispensable entender que no es posible imaginar una acción que, según DE MARISCO, no esté dirigida hacia un fin determinado<sup>319</sup>, así como tampoco una acción que no se explique por los medios, por lo que no resulta viable hablar de acción, sin la existencia del medio sin un fin, y un fin sin el uso de un medio, debiéndose entender la expresión medio, no sólo el acto externo del agente, sino cualquier energía bien del individuo, bien del ambiente externo que se ha utilizado hacia la realización de un fin.

Quiere decir esto, entonces, que conforme las previsiones del artículo 115, a pesar de haber actos que revistiendo una manifestación con un propósito criminal, no resultan punibles, por cuanto no hacen parte del inicio de la acción criminal propiamente dicha, pero debiendo aclarar que no hacen parte de la acción no por una deficiencia del fin criminal, sino del medio. Pero esta deficiencia del medio no puede entenderse como una inexistencia de este, sino en su funcionalidad, es decir, que, existiendo el medio, el mismo no está en función, no está en marcha, no está en uso<sup>320</sup>.

Por tanto, si los actos que no hacen parte del acto criminal, ya que el acto adolece aún de la puesta en marcha de los medios, puede decirse que dichos actos tienen la categoría de no ejecutivos por no hacer parte del inicio de la puesta en acción, y por tanto se les puede catalogar como *actos preparatorios*. De tal suerte entonces, que, si los actos hacen parte ya del inicio de la puesta en marcha de la acción, serán entonces *actos ejecutivos*<sup>321</sup>. Debe decirse entonces, que el *inicio de la ejecución* está constituido por todo acto que, presentándose como parte integral de la acción, entra en el tipo que ella misma expresa<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup>PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit., P.127

<sup>319</sup> DE MARISCO ALFREDO, *Nuovi Studi di Diritto Penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1951, P.230

<sup>320</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.129

<sup>321</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.132

<sup>322</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.137

Basta con que se haya *puesto en movimiento* un acto, y que el posterior desarrollo de la serie de causas, también ajenas al agente, se vinculen con su acto, en una relación de inmediata y actual secuencia. El acto entonces también asume el carácter de ejecutivo cuando, imprimiéndole movimiento a las energías causales, el sujeto no pueda o no quiera dirigirlas sino hasta los límites de la operación. Por tanto, cuando el agente no puede controlar hasta el final de la acción desplegada, los factores que son la causa del desenlace del evento, el carácter ejecutivo de los actos se adquiere justamente por haber dado inicio a las fuerzas causales ajenas a él, poniendo el hecho fuera de las propias manos, pero, unidas, entregándolo por así decirlo, a la acción de esas fuerzas<sup>323</sup>.

La discusión se centra entonces en poder establecer cuáles actos de los comprendidos entre las primeras manifestaciones del querer criminal y el momento efectivo de la acción son punibles. En razón a ello, PETROCELLI afirma que existen una serie de actos entre los preparatorios y los ejecutivos que denominó, *iniciales*, los cuales se encuentran en una especie de zona intermedia<sup>324</sup>, categoría que se convierte en trascendente por la naturaleza de los actos que la componen, pues ellos derivan su condición de actos punibles en grado de tentativa, por sus especiales actitudes, objetivas como subjetivas<sup>325</sup>.

Los *actos iniciales*, no son más que actos ejecutivos, actos que marcan el *inicio de la ejecución* de la conducta *in itinere*<sup>326</sup>, y no están por lo tanto en la fase terminal, pero son importantes porque son punibles a título de tentativa, como sucede con un previo escalamiento, o el abrir una puerta con una llave falsa, o cargar con munición el arma, pues dichos actos siendo indispensables, no necesariamente tienen como fin aún, la comisión de la conducta, sino solamente realizar un ensayo, una prueba de lo que se quiere realizar con finalidad criminal<sup>327</sup>. Por tanto, la calidad del acto y su relevancia jurídica dependerá del fin al cual el acto estaba dirigido, y de la relación actual del acto mismo con dicho fin.

---

<sup>323</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.139,140.

<sup>324</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.140.

<sup>325</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.142

<sup>326</sup> FIORE CARLO, Diritto Penale, Parte Generale. Volume secondo, *Le forme de manifestazione dell reato, concorso di reati, e concorso di norme, le sanzioni*. UTET, P.50

<sup>327</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.143.

Ahora, como todo acto, el acto inicial también tiene dos características, una objetiva y una subjetiva, siendo la *subjetiva* la referida a la inmediatez en el plano particular del agente<sup>328</sup>, entendida como *la proximidad temporal y espacial de la acción*, es decir, el paso a la fase terminal de la acción, y, la *objetiva*, referida al estrecho vínculo que debe existir entre todos los actos de una forma *lógica-causal*<sup>329</sup>, pues la sumatoria de todos ellos forman un solo cuerpo, como es la acción<sup>330</sup>.

No se puede hablar de delito tentado sin hacer referencia a la intención como uno de los elementos esenciales del mismo pues, como se ha insistido, los actos deben tener una connotación especial y es que deben estar dirigidos a cometer un determinado delito, deben ser cumplidos con la intención de producir la ofensa que es propia de ese delito, pues, se trata de un factor psíquico general que revestido de todos los actos externos, no excluye los preparatorios, de forma que la valoración y distinción de los actos del “*iter criminis*” es factible sólo con fundamento en la comprobada existencia para cada uno de ellos, de la intención de cometer el delito, al que la tentativa se refiere<sup>331</sup>.

El juicio debe recaer, entonces, sobre el acto considerado como síntesis de los elementos objetivos y subjetivos, es decir, que debe ser valorado no por lo que parece, sino por lo que es. La intención del agente debe considerarse desde el punto de vista general y particular, es decir, debe analizarse la finalidad a la cual todos los actos del “*iter criminis*” están dirigidos, con la intención de cometer uno u otro delito (punto de vista general); y también debe valorarse, la intención que mueve individualmente un determinado acto, dentro de la serie de actos (punto de vista particular).

Otra solución que se propuso está fundada sobre el concepto de agresión, según el cual son actos preparatorios los actos que quedan en la esfera del sujeto activo y son ejecutivos aquéllos que invaden la esfera del sujeto pasivo del delito. Sin embargo, esta tesis no tuvo mayor acogida, pues la misma no permitía resolver los problemas inherentes a los delitos

---

<sup>328</sup> FIORE CARLO, Diritto Penale, Parte Generale, Ob. Cit., P.50

<sup>329</sup> FIORE CARLO, Diritto Penale, Parte Generale, Ob. Cit., P.50

<sup>330</sup> PETROCELLI, Il Delitto Tentato, cit. P.150

<sup>331</sup> PETROCELLI, Il Delitto Tentato, cit, P.145.

con un sujeto pasivo de naturaleza pública o indeterminada, además porque el concepto de la esfera del sujeto pasivo se muestra más vaga<sup>332</sup>.

Bien, por ser este principio uno de los más aceptados en los ordenamientos jurídicos del mundo, como límite a partir del cual los actos son punibles, o si se quiere mejor decir, la tentativa ya es punible, es pertinente hacer una pequeña referencia a su manejo en algunos países europeos.

### ***2.1.1 El Principio de ejecución en Francia:***

Como quiera que el principio de ejecución tuvo como origen el sistema penal francés, a través del Código Napoleónico, es pertinente una breve referencia al manejo que del mismo se realiza en el país galo, el cual es considerado como el ordenamiento con la concepción *objetiva* más rigurosa. En principio una de las críticas que se hace al principio de ejecución consiste fundamentalmente en que deja en la impunidad una serie de actos muy cercanos a la fase de consumación, que, bajo otras circunstancias u ordenamientos, para ser más exactos, resultarían castigables. Sin embargo, la postura dominante es la denominada *mixta*, según la cual debe ser reconocida como trascendente a título de inicio de ejecución el acto tendiente directamente e inmediatamente a la perpetración del delito, es decir, el último o uno de los últimos antes de la ejecución propiamente dicha, o como lo refiere la jurisprudencia francesa, *el acto que no deja ninguna duda sobre la intención*<sup>333</sup>.

Teniendo como punto de partida, que conforme con la teoría del principio de ejecución y del concepto de *iter criminis*, el desarrollo de la acción criminal comprende varias fases que suelen diferenciarse en dos grandes grupos, actos preparatorios y actos ejecutivos<sup>334</sup>, es menester referirnos al concepto que unos y otros encarnan, como a continuación se desarrollará.

---

<sup>332</sup> CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, P.1097

<sup>333</sup> Texto de referencia: MERLE E VITU, Traité di Droit Criminale, tome I, 7 Ed.,1997, P.627 y ss, Citado por ANGIONI FRANCESCO, Un Modelo di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit. P.1102.

<sup>334</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit.P.453.

### 2.1.2 *El principio de ejecución en España:*

La opinión dominante en España respecto al principio de ejecución es la *proximidad objetiva* a la lesión del bien jurídicamente tutelado, es decir, se ha adoptado la teoría objetiva-material, según la cual son ejecutivos los actos que están unidos suficientemente a la acción típica, para lo cual se tiene en cuenta *el plan del autor* valorado sobre los criterios de la *inmediata puesta en peligro*<sup>335</sup> y la *inmediatez temporal*, siendo utilizado el primero (inmediata puesta en peligro) para delimitar el inicio de ejecución cuando hay un actual peligro para el bien jurídico, y principalmente para los delitos de *comisión por omisión*<sup>336</sup>, en tanto que en el segundo caso, y utilizado el segundo sobre la realización de un *hecho inmediateamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo*<sup>337</sup>.

### 2.1.3 *El principio de ejecución en Alemania:*

Conforme a la definición del artículo 22 del Código Penal Alemán, el principio de ejecución es decir, el límite de punibilidad de los actos del país germano está adscrita a la teoría objetiva-individual, por lo que para descifrar tal límite se recurre a dos criterios, i) el plan del autor sobre el hecho que pretende cometer, y ii) el emprender directamente hacia la realización de la tipicidad, luego aquí también la frontera de los actos preparatorios con los ejecutivos está dado sobre el criterio de inmediatez, pues ello exige que esté inmediata y directamente ligado a la realización de la tipicidad, esto es, un criterio de *inmediata proximidad temporal*<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> GRASSO considera que la lesión o daño y la puesta en peligro son conceptos de naturaleza *relativa*, vinculados a la identificación del bien asumido, es decir, que un hecho puede ser catalogado como lesivo o de peligro de acuerdo al bien objeto de protección. GRASSO GIOVANI, L'Anticipazione della Tutela Penale: I Reati di Pericolo e i Reati di Attentato, Anno XXIX, 1986, P.691.

<sup>336</sup> Frente a este aspecto de la tentativa sobre los delitos de omisión, GIULIANI trae a colación la tesis de CARACCIOLI que considera original, pues plantea que el acto típico en los delitos omisivos propios no está en el omitir la acción ordenada donde y cuando habría debido cumplirse, sino en ponerse en la imposibilidad de cumplir. BALESTRINO UBALDO GIULIANI, Aspetti del Tentativo nei Delitti di Omissione, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XX, 1977, P.428.

<sup>337</sup> Texto de referencia: MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, 1998, P. 326 y ss, Citado por ANGIONI FRANCESCO, Un Modelo di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit. P.1103.

<sup>338</sup> Texto de referencia: JESCHECK e WEIGEND, Lehrbuch, AT, 5.Aufl., 1996, P.518 ss, Citado por ANGIONI FRANCESCO, Un Modelo di Tentativo per il Codice Penale, Ob. Cit. P.1103.



## 2.2 Los actos preparatorios:

El apotegma acuñado por ULPIANO “*cogitationis poenam nemo patitur*” significa, en palabras de CARNELUTTI, que cuando la acción no se manifiesta en algún acto exterior, no lesiona ningún interés<sup>339</sup>, pero cuando ello sucede, es decir, se exterioriza la intención criminal, aún cuando el evento no se verifique o la acción no se cumpla, no significa que no exista lesión, lo que ocurre es que el daño existe de una forma diferente a como el agente lo esperaba<sup>340</sup>.

Indica el autor frente a tal cuestionamiento, que fueron dadas múltiples respuestas que tan sólo se limitaban a replantear el problema de diferentes maneras sin ninguna solución, siendo precisamente ésa la razón por la que, dentro del Código Rocco, se propuso la fórmula “*actos idóneos dirigidos de modo no equívoco*”<sup>341</sup>.

Sin embargo, el referido autor ilustra que esto sugeriría un nuevo interrogante, y es cómo poder establecer que los actos están dirigidos de forma unívoca a cometer el delito, dando como respuesta que, es con la univocidad de los actos como puede reconocerse dicha intención, pues los actos idóneos dirigidos de modo no equívoco, conllevan un carácter objetivo de la acción, por lo que precisa que la univocidad no puede ser entendida de otro modo sino como “*l’azione in sè, per quello che è, e per il modo per il quale é realizzata, deve rivelare l’intenzione dell’agente*”<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*. P.22. Sobre este principio basilar de la tentativa, también se puede consultar el interesante artículo realizado por TRINCHERA respecto al así denominado *aberratio ictus*. Ver TRINCHERA TOMMASO, *Questioni in Tema di Aberratio Ictus*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 2015, pag. 141

<sup>340</sup> CARNELUTTI FRANCESCO, *Il Danno e il Reato*. P.25

<sup>341</sup>Entre las respuestas que ANTOLISEI refiere fueron dadas a este respecto señaló: “*quando la direzione degli atti diventa univoca; quando viene invasa la sfera del soggetto pasivo; quando comincia l’attuazione della azione típica, quando l’energia volta a produrre l’offesa é messa in opera secondo la sua natura e destinazione; e ancora quando se verifica l’agresione diretta e immediata del bene protetto.*” ANTOLISEI FRANCESCO, CONTI LUIGI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Giuffrè Editore, 2000, P. 261.

<sup>342</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, CONTI LUIGI, *Ob. Cit.* P.262.

RANIERI considera que a pesar de la nueva redacción de la norma del artículo 56 del Código Penal que buscaba acabar con la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios, la misma no es posible erradicarla, pues para que los actos sean típicos, es decir, punibles, se requiere que revistan el carácter de idóneos y unívocamente dirigidos a cometer un delito, lo que significa que tengan el carácter de *ejecutivos*, y cualquier otro acto que no revista estas propiedades deberá ser excluido de sanción, pues los mismos no serían típicos y por ende revestirían la calidad de meros actos *preparatorios*<sup>343</sup>. Y tanto es así, que aun cuando la discusión terminara siendo simplemente terminológica, RANIERI señala que de todas formas siempre deberán identificarse en la acción realizada, cuales actos además de ser idóneos resultaban inequívocamente dirigidos hacia la realización del delito<sup>344</sup>.

Debe ser entonces, la valoración objetiva de la acción la que denote la intención criminal del agente, claro está, analizada en relación con todas las circunstancias que rodearon el hecho, como el lugar, modo, el tiempo, etc., de manera tal que no resulte haciéndose un estudio de un hecho aislado, que termine llevando a conclusiones totalmente opuestas a lo realmente acontecido.

Para VANNINI<sup>345</sup>, los actos preparatorios o la acción preparatoria como así la denomina, es aquélla que *no pone en riesgo el bien jurídico* que la ley protege, no lesiona la norma, razón por la cual, a diferencia de la acción preparativa, la acción ejecutiva sí es trascendente en el ámbito de la tentativa, ya que dicha acción sí lesiona el bien jurídico protegido, es decir, lesiona la ley, luego aquello que no lesione la ley no es delito.

BARTONE manifiesta que son actos preparatorios, aquellos actos que tienden a favorecer, a preparar la ejecución del delito, y por tanto quedan por fuera del límite de la punibilidad<sup>346</sup>, en tanto que para PULITANO el acto preparatorio se puede identificar como

---

<sup>343</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., P.58.

<sup>344</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., P.58.

<sup>345</sup> VANNINI OTTORINO, Il problema giuridico del tentativo, (Art.56 del Codice Penale) **Nuova edizione** riveduta e accresciuta, Giuffrè Editore, Milano,1952, P.16

<sup>346</sup> BARTONE NICOLA, Diritto Penale Italiano: Sistema e valori, Giurisprudenza e Ottica Europea, Attuale e nuova codificazione, Seconda Edizione, CEDAM, 2007. P. 225.

una manifestación externa del propósito criminal que tenga un carácter instrumental respecto a la realización aún no iniciada de un delito<sup>347</sup>, es decir, que son actos no punibles, que a pesar de haber sido finalizados para un futuro delito, preceden el paso a la acción en curso de la cual se entiende cometer el delito.

Sin embargo, según CADOPPI, para la doctrina dominante, la idoneidad y univocidad de los actos equivalen a los ejecutivos, pero la distinción entre *actos preparatorios* y *actos ejecutivos* no desapareció debido a la existencia de normas como el artículo 115 del Código Penal según la cual, no son punibles el acuerdo y la instigación para cometer un delito, si dicho delito no se cometió. Por lo cual, esta disposición permite inferir dos cosas, 1) que los actos preparatorios de dos o más personas para la consumación de un delito no son punibles, y 2) que si no son punibles los actos preparatorios cuando concurren varias personas para la comisión de un delito, tampoco lo son cuando los realizada una sola persona<sup>348</sup>.

Ahora bien, también hay quienes afirman como MAZZON que los actos preparatorios sí pueden ser punibles sobre la base de un juicio *ex ante* en relación con la suficiencia causal de la secuencia de los actos que conducen hacia la consumación, independientemente de la frustración del evento por factores externos, trayendo como fundamento de su afirmación, apartes de la jurisprudencia de la Corte de Casación sobre el tema, que considero prudente también señalar:

*“Sulla idoneità degli atti, questa Corte ha ripetutamente affermato che anche **atti preparatori, possono dare luogo alla figura del tentativo**, quando, con valutazione ex ante, essi rivelano l’adeguatezza causale e l’attitudine para creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto indipendentemente dall’insuccesso determinato da fattori estranei (Cas. Sez.VI, n.23706, dep.21.5.2004), ovvero in altri termini, quando gli atti abbiano l’oggettiva attitudine ad inserirsi, quale condizione necessaria nella sequenza causale e operativa che conduce a la consumazione del delitto (Cas. sez.III, n.40343, dep. 23.10.2003). (Cass.pen.,sez.VI, 20.5.2008, n.27323, CED Cass. Pen. 2008, 240736)”<sup>349</sup>. (Negrillas, fuera del original).*

---

<sup>347</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P. 456.

<sup>348</sup> CADOPPI ALBERTO, CANESTRARI STEFFANO, MANNA ADELMO, PAPA MICHELE, Trattado di Diritto Penale, Parte Generale II, Il Reato, UTET Giuridica, P.893

<sup>349</sup> MAZZON RICCARDO, Il concorso di reati, e il concorso di persone nel reato, CEDAM, 2011, P.55

En el entendido, entonces, que conforme esta teoría la actividad punible inicia con un inicio o principio de ejecución, todos los actos que no estén contenidos con ese inicio o principio, no resultan relevantes para el derecho penal, lo que tampoco puede ser tenido como un criterio absoluto, pues, los tiempos modernos han traído nuevas formas delictivas como el terrorismo internacional, que han forzado a la creación de delitos denominados de *atentado* en donde la línea de la punibilidad se ha extendido hasta la fase preparatoria, es decir, la incriminación de actos que bajo otras circunstancias serían meramente preparatorios, como sucede con los tipos penales creados en la ley 155 de 2005, el así llamado Decreto Pisanu, esto es el delito de *enrolamiento* y de *adiestramiento* en la organización terrorista<sup>350</sup>.

Sin embargo, surge el cuestionamiento de ¿cuáles son las razones para no punir los actos preparatorios? ANGIONI responde que una razón para tal decisión, corresponde a lo lejano que se encuentra el estadio preparatorio de la fase consumativa, pues ellos tienen menor grado de peligrosidad que los ejecutivos, y también mayor grado de desistimiento del autor, por lo que indica que se puede tener en consideración el criterio de proporcionalidad usado en las matemáticas, para significar que *el acto preparatorio está al acto ejecutivo como el peligro remoto está al peligro actual*<sup>351</sup>; pero también indica que existe otra razón para no punir los actos preparatorios, y es, una que podríamos decir de carácter probatorio, pues resultaría muy complejo el poder probar su consistencia o naturaleza criminal por lo equívocos que aún resultan ser<sup>352</sup>.

### **2.3 Los actos ejecutivos:**

Entendiendo que la tentativa, desde esta teoría, resulta ser un delito perfecto por cuanto a pesar de la no consumación existió un principio de ejecución que puso en riesgo el bien jurídico y permite de esta manera imponer la pena como consecuencia de la conducta

---

<sup>350</sup> MANNA ADELMO, La Strategia del Terrore e i Delitti di Attentato, L'Indice Penale, Nuova Serie, Anno XVI – N.1, Gennaio – Giugno 2013, P.51-64. En el mismo sentido puede leer: ZUCCALA GIUSEPE, Profili del Delitto di Attentato, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XX, 1977, P.1225-1255.

<sup>351</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, P.1098.

<sup>352</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Ibídem, P. 1098.

desplegada, no puede olvidarse que los actos que se castigan son únicamente los ejecutivos, al menos desde esta perspectiva.

A lo largo del tiempo no ha sido un tema fácil en la doctrina italiana, así como tampoco en la extranjera<sup>353</sup>, poder abordar el tema con la precisión que se quisiera. En la doctrina clásica italiana por ejemplo se cita a BALDO quien distinguía entre *acto próximo* y *acto remoto*<sup>354</sup>, GANDINO que distinguía perfectamente el delito consumado del conato<sup>355</sup>, FILANGIERI que estableció que el acto que se debe punir es el acto que manifiesta la voluntad de violar la ley<sup>356</sup>, y muchos otros como LETO quienes para hablar de actos ejecutivos, consideraron en su momento aceptar la postura de CARRARA para quien existía diferencia entre *actos consumativos*, *ejecutivos* y *preparatorios*, siendo los *consumativos* aquéllos que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, es decir, los que se desenvuelven frente a una persona o una cosa sobre la que se presenta la violación del derecho, los *actos ejecutivos*, los que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado, como sucede con el hurto, en donde el bien objeto de la apropiación es en quien recae la acción como tal, pero no la lesión del derecho, y *los preparatorios*, los que recaen en el sujeto activo de la conducta<sup>357</sup>.

Cuando se habla de tentar, según PETROCELLI se habla necesariamente de *ejecutar*, de iniciar la *ejecución*, pues tentar expresa el vínculo existente entre el fin que se persigue, con un evento por realizar, es decir, mover de forma efectiva la fuerza humana hacia aquel

---

<sup>353</sup> La doctrina alemana, ha tenido todo un desarrollo respecto a la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios. Por ejemplo FEUERBACH para diferenciar tales actos, hacía referencia a la tentativa próxima y a la tentativa remota, para señalar que la tentativa próxima se presentaba cuando ya había comenzado la acción principal, y la misma tenía la capacidad de generar el daño, la lesión, el evento, en tanto que en la tentativa remota, los actos cumplidos para la consumación del evento o la lesión, debían ser preparados; MITTERMAIER consideraba que la diferencia radicaba en las diferencias de las fuerzas de querer, pues en la acción preparativa tal fuerza o intención no es aún segura, es vacilante, en tanto que en la acción ejecutiva dicha intención es firme y determinada; VON BAR consideraba que la diferencia residía en que los actos preparatorios faltan aun *el nexo de continuación* con la acción principal, mientras que en los ejecutivos ya aparece preparado, con la existencia de la determinación, el nexo entre medio y fin. (LETO GAETANO Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit. P.44)

<sup>354</sup> LETO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit., P.20

<sup>355</sup> LETO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit., P.20

<sup>356</sup> LETO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit., P.27

<sup>357</sup> LETO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit., P.33. En el mismo sentido el ilustre CARRARA para referirse a esta clasificación de actos consumativo, ejecutivos y preparatorios, lo hacía desde la óptica del sujeto pasivo Confrontar con lo señalado en el Capítulo I de éste trabajo, sobre los antecedentes de la tentativa,(CARRARA, Corso di Diritto Criminale, Ob.Cit., P.315).

fin<sup>358</sup>, luego tentar significa poner en ejecución. Otros como ALIMENA según indica LETO<sup>359</sup>, consideran que son actos ejecutivos aquéllos, que salen de la actividad o esfera individual para entrar a la esfera del derecho ajeno. Para ANGIONI un acto ejecutivo desde el *punto de vista formal* es *cualquier acto que integra al menos un elemento o fragmento* del tipo penal principal o incriminador de la parte especial de la legislación penal, incluidos los actos constitutivos de circunstancias especiales de la tipicidad, y desde el *punto de vista material* es cualquier acto que supere la fase de predisposición y preparación y quiera actuar de forma decisiva hacia la consumación final<sup>360</sup>.

Los criterios de la idoneidad y no equivocidad son límites de la relevancia penal del acto ejecutivo, pero no son factores que permitan su determinación como actos ejecutivos. Sin desconocer, pues, que el acto debe ser idóneo y dirigido de modo inequívoco a cometer un delito, para que sea punible, se requiere que dicho acto sea al mismo tiempo un acto ejecutivo de un determinado delito. Si bien es cierto, resulta necesario poder diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, para PETROCELLI no existe una fórmula que permita precisar tal delimitación y por tanto, es imposible, debido a que los criterios de idoneidad y univocidad, sólo son una fórmula que le permite al intérprete dar una solución frente al caso concreto<sup>361</sup>.

PEDRAZZI, por su parte, dice que el acto ejecutivo se presenta cuando en un determinado momento del *iter criminis* la amenaza comienza a tomar forma, a ser consistente, pues pasa de la indeterminación a la determinación subjetiva, es decir, que la acción pasa de la fase preparatoria a la ejecutiva. Así como en la consumación hay una *mayor cantidad antijurídica* que en la tentativa, entre el acto preparatorio y el ejecutivo debe existir una distancia ya no cuantitativa sino cualitativa, lo cual no debe entenderse en el sentido de que únicamente los actos ejecutivos pueden ser criminosos, sino que los únicos actos que tienen un contenido criminal, son los actos ejecutivos<sup>362</sup>. Estima entonces, que el requisito

---

<sup>358</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P.98

<sup>359</sup> LETO, *Di Esecuzione nel Tentativo*, Ob. Cit., P.34

<sup>360</sup> ANGIONI FRANCESCO, *Un Modello di Tentativo per il Codice Penale*, *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, Ob. Cit., P.1101.

<sup>361</sup> PETROCELLI BIAGIO, *Il Delitto Tentato*, cit, P. 98

<sup>362</sup> PEDRAZZI CESARE, *Diritto Penale I*, P.35.

“clave” para tener como ejecutivo un acto, es su actualidad, su *inmediatez de operación*, la proximidad con el objetivo que se quiere, luego el actuar ejecutivo debe ser idóneo para ocasionar de forma directa el resultado<sup>363</sup>.

Se ha dicho que el delito tentado está sometido al principio de tipicidad, esto es, la conformidad de los actos a la tipicidad o al modelo legal existente. La tipicidad de la tentativa es una tipicidad compleja, pues, tanto sus componentes como límites se obtienen del artículo 56 del Código Penal y de la norma del delito individual, las que a su vez se complementan con otras normas del Código.

La tipicidad del delito tentado se realiza de dos formas: i) mediante la acción propia del delito, esto es, la intención propia del delito, la intención del agente que se cumple completamente pero sin que se verifique el evento; y ii) cuando la acción misma se inicia, pero permanece incompleta, es decir, la acción propiamente dicha no se cumple.

En el ámbito de la acción que no se cumple, sólo entran los actos que constituyen la ejecución de la acción misma, pero no los demás que la preceden, en consecuencia, la tipicidad, la ejecución, la acción, son entidades estrictamente conexas entre ellas<sup>364</sup>.

Sin embargo, sigue estando palpable el problema de cuándo comienza la acción, cuándo se está frente a los actos de ejecución, pues resulta claro, que el límite de la punibilidad no puede hallarse solamente en la idoneidad ni en la univocidad de los actos, pues tales criterios no logran precisar cuándo se pasa de los actos preparatorios a los actos ejecutivos.

BETTIOL<sup>365</sup> considera que *la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos tiene un mero carácter formal*, en tanto que lo que hace que un acto pueda considerarse ejecutivo, es la capacidad de propiciar el evento lesivo, es decir de crear el daño o afectación del bien jurídico, acto que ya salió de la esfera del agente. Aduce pues el ilustre profesor, que para que un acto idóneo pueda incriminarse a título de tentativa, dicho acto con la capacidad de

---

<sup>363</sup> PEDRAZZI CESARE, Ob. Cit. P. 62,63.

<sup>364</sup> PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, cit, P.119

<sup>365</sup> BETTIOL GIUSEPPE, Ob.Cit. P.449

producir el evento debe cumplir con los siguientes parámetros: 1) que del acto se pueda deducir la intención criminal, 2) que excluya toda duda de que no es un acto lícito, y 3) que se pueda inferir la intención de cometer un determinado delito<sup>366</sup>.

Así, entonces autores como ANGIONI consideran que encontrar una *fórmula omnicomprendensiva* que pueda usarse para todos los tipos penales de forma abstracta debe dejarse de lado, lo cual exige abandonar el concepto *formal* de ejecución para tomar el concepto *material* que por otro lado preserva el principio de la proximidad espacio-temporal a la consumación, y desde esa perspectiva para ANGIONI serán *actos ejecutivos*, aquellos que ya no son más preparatorios sino directamente próximos o cercanos a la consumación, es decir, actos que han alcanzado la fase del *peligro actual* para el bien tutelado, o cualquier acto en presencia de los cuales es alcanzada una situación de *peligro actual de consumación del hecho*<sup>367</sup>.

Ahora bien, aclara que no todos los delitos admiten la tentativa, como sucede con los delitos que se consuman en un solo acto, es decir, los que él denomina como *unisubsistentes*, pues tanto la acción o ejecución como la consumación no pueden fraccionarse, en tanto que existen otros delitos en los cuales la acción puede fraccionarse, es decir, que la conducta puede dividirse tanto en el momento de la ejecución como en el de la consumación, y por tanto son *plurisubsistentes*<sup>368</sup>.

### **3. La teoría de la idoneidad y univocidad de los actos:**

CADOPPI estima que, con la estructura del nuevo Código Rocco respecto a la tentativa, no es posible seguir haciendo una distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, por cuanto la nueva estructura ya no tiene como elementos ni el “*principio de ejecución*”, ni tampoco los “*medios*” idóneos, pues se dio paso al criterio de los “*actos*”, una expresión

---

<sup>366</sup> BETTIOL GIUSEPE, *Ibidem*.

<sup>367</sup> ANGIONI FRANCESCO, *Un Modelo di Tentativo per il Codice Penale*, Ob. Cit. P.1107.

<sup>368</sup> BETTIOL, GIUSEPE, Ob. Cit. P.449



mucho más amplia, y a los criterios de “*idoneidad*”<sup>369</sup> y “*univocidad*”<sup>370</sup>. Lo anterior permite avizorar que, para este autor prevalece el criterio objetivo en cuanto a la punibilidad de la tentativa, ya que, de los actos objetivamente vistos, se debe poder deducir su dirección a hacia la consumación<sup>371</sup>.

BELTRANI<sup>372</sup> señala que la nueva estructura de la tentativa, en la cual se incluyeron los criterios de idoneidad y univocidad de los actos, debió acabar con la vieja discusión existente entre actos ejecutivos y actos preparativos, pues, al fin y al cabo, lo que viene a determinar la punibilidad de la acción, es por un lado la idoneidad tanto del acto empleado, y por otro, la intención inequívoca de cometer un determinado delito, resultando inútil tal discusión.

MAGGIORE consideró que la nueva estructura de la tentativa *no buscaba acabar con la distinción* entre actos preparatorios y ejecutivos, sino enseñar que, en el desarrollo de la acción, esto es, entre unos actos y otros, no tiene porqué buscarse su naturaleza de ejecutivos o preparatorios, ya que, si el delito es fundamentalmente una acción, es en esencia *ejecución*. Lo que ocurre es que no todos los actos ejecutivos son relevantes para el derecho penal, pues sólo lo son los actos que sean idóneos y unívocamente dirigidos a la comisión del delito, por lo que considera en vano buscar en el código actual, tratar de hallar una tal diferencia entre preparatorios y ejecutivos.<sup>373</sup>

---

<sup>369</sup> La doctrina también ha dicho que la idoneidad de los actos califica la tentativa como una *peligrosidad objetiva*, es decir, como una ofensa al bien jurídico tutelado, por lo que se deben excluir en principio los actos inofensivos, aquéllos que no tienen la potencialidad de poner en riesgo el bien jurídico. ROMANO MARIO, Commentario Sistematico del Codice Penale I, Ob. Cit. P.591.

<sup>370</sup> CADOPPI ALBERTO – VENEZIANI PAOLO, Ob. Cit. P. 369. PULITANO, Diritto Penale, Ob.Cit. P.453. Frente a este aspecto también se pronuncia ROMANO, quien señala que el nuevo Código abandonó el principio de ejecución par adoptar el criterio de la idoneidad y univocidad de los actos, aduciendo que la finalidad de este cambio fue acabar con la incertidumbre que generaba la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, por lo que el legislador quiso con la nueva estructura de la tentativa, fijar el límite de la punibilidad en los actos idóneos e inequívocos dirigidos hacia la consumación, ROMANO MARIO, Commentario Sistematico del Codice Penale I, Art.1-84, Terza Edizione, Rinnovata e Ampliata, Giuffrè Editore, Milano, 2004, P.589.

<sup>371</sup> CADOPPI ALBERTO – VENEZIANI PAOLO, Ob. Cit. P. 369.

<sup>372</sup> BELTRANI SERGIO, Ob. Cit., P.50

<sup>373</sup> MAGGIORE GIUSEPE, Ob. Cit. P.446

Conforme a la descripción del artículo 56 del estatuto penal, existe un consenso mayoritario entonces, respecto a que la tentativa ya no tiene en su estructura, al menos descriptiva, el principio de ejecución, pues según los trabajos preparatorios del Código Rocco, el legislador italiano buscando acabar con el enorme debate que generaba la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, estableció como nuevo criterio los *actos idóneos dirigidos de modo no equívoco*<sup>374</sup> lo cual implica necesariamente la existencia de un criterio diferente para poder establecer qué actos son punibles y que actos no, en el desarrollo de la acción criminal tentada.

Para PISAPIA<sup>375</sup>, si bien es cierto la nueva fórmula descriptiva de la tentativa, no es perfecta por cuanto no pudo acabar con el debate de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, en la práctica si resultaba mucho más eficaz, si se tiene que conforme a la nueva fórmula de la tentativa, son siempre excluidos los actos meramente preparatorios, ya que con la expresión “*actos idóneos dirigidos de forma no equívoca*” se elimina toda posibilidad de castigar actos que siendo ejecutivos de forma abstracta, no lo son en concreto.

Sin embargo pareciera ser que la noble intención del legislador de acabar con una larga y vieja discusión no se logró, pues a pesar de la gran aceptación y respaldo que tiene el criterio del *acto idóneo e inequívoco o unívoco*, en ciertos casos como lo refiere PISAPIA es imposible no tener que hacer la diferencia entre unos y otros, ya que de omitirlo, se puede generar la punibilidad de actos que tengan la categoría de preparatorios, extendiéndose el límite de la punibilidad sin control alguno, (por vía de ejemplo se puede pensar en una persona que se encuentra escondida con un arma de fuego en un arbusto esperando a que pase su enemigo, puede estarlo haciendo simplemente para amenazarlo o intimidarlo pero no para asesinarlo, o quien es sorprendido cerca de un establecimiento bancario con elementos para escalar, podría estar simplemente verificando la utilidad de dichos instrumentos para la comisión de un hurto), a circunstancias que no tendrían la

---

<sup>374</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Studi di Diritto Penale, CEDAM, Padova, 1956, P.139

<sup>375</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Studi di Diritto Penale, CEDAM, Padova, 1956, P.139

naturaleza de actos ejecutivos propiamente dichos, sino de actos preparatorios, pero que podrían ser de todas formas castigados<sup>376</sup>.

Son los actos con el carácter de idóneos y unívocos los que permiten fijar el nuevo límite de los actos penalmente relevantes y diferenciarlos de los que no lo son como lo afirma SERIANNI, pues sólo así es posible tener la tentativa como un tipo autónomo respecto al tipo penal consumado y desligado del principio de ejecución, pues con la nueva estructura del artículo 56, la tentativa no puede seguirse viendo como un fragmento o una parte del delito consumado<sup>377</sup>. Surge entonces el interrogante de ¿qué criterio debe seguirse entonces con la nueva estructura del artículo 56 para poder establecer a partir de qué momento son punibles los actos? Según la doctrina dominante como lo indica PAGLIARO, el criterio a seguirse se funda en un juicio de “*pronóstico posterior*” o “*prognosi postuma*”, el cual se desarrollará a continuación<sup>378</sup>.

### 3.1 Criterio del pronóstico posterior:

MANTOVANI considera que al analizarse la idoneidad de los actos, el juicio debe hacerse en relación con dos situaciones: 1) *el momento del juicio*; es decir, determinar en qué momento de la acción se tomará el punto de partida, *ex ante* o *ex post*, momento que conforme con la actual doctrina se inclina por el juicio *ex ante*<sup>379</sup>, esto es, un juicio *pronóstico-hipotético*<sup>380</sup> porque debe observarse el momento en el cual el sujeto pone en marcha el último acto de su conducta; y 2) *el objeto*<sup>381</sup>; que es un juicio sobre los “*actos en concreto*”, debiendo considerarse todos los actos en el contexto de la situación, de ahí que el juicio sobre la idoneidad de los actos no puede ser *ex post*<sup>382</sup>, ya que si el evento no se cumple o no se verifica, significaría que los actos no eran idóneos.

---

<sup>376</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, OB. Cit. P.140.

<sup>377</sup> SERIANNI VINCENZO, La Desistenza volontaria, e il ravvedimento attivo, Giuffré Editore P.42

<sup>378</sup> PAGLIARO ANTONIO, Ob. Cit. P.347. En igual sentido MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte generale, Seconda Edizione, CEDAM, 2012, P. 431

<sup>379</sup> ROMANO, Commentario Sistemático del Codice Penale, P.591. En el mismo sentido BENIGNI ALESSANDRO, Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio de necessaria offensività del reato, (Sentencia 21 novembre de 2000 N. 519) en Revista Cassazione Penale, 2001, P. 2015-2020.

<sup>380</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte generale, P.442

<sup>381</sup> MANTOVANI FERRANDO, *Ibidem*

<sup>382</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale, Cit.485

### 3.2 En relación con el momento:

Es así como en la doctrina dominante, entre quienes está MARINUCCI, se ha considerado que el criterio para establecer la punibilidad de los actos idóneos y dirigidos de forma no equívoca, es el del *pronóstico posterior*, pues el juicio no debe hacerse con posterioridad a los hechos realizados y si no con anterioridad, es decir, que se debe hacer un juicio *ex ante* y *en concreto*, esto es, que el juez debe ponerse en el mismo lugar del agente al inicio de la actividad criminal desplegada, y valorar conforme al conocimiento de un hombre medio, si conforme a las circunstancias concretas del caso, los actos estaban en posibilidad de desencadenar la comisión del delito, pues de hacerse dicho juicio al final de la actividad criminal, obviamente jamás sería punible<sup>383</sup>.

Que el juicio de los actos idóneos se haga conforme a un criterio de pronóstico posterior, también significa para SEMINARA que el análisis debe hacerse *ex ante*, es decir, *en concreto* frente a cada uno de los actos desplegados y no de forma abstracta, debiéndose colocar en el mismo lugar del agente al momento de cometer la conducta criminal, y de esa manera analizar la totalidad de la acción desplegada, y poder concluir si los actos resultaban idóneos y unívocos para lograr la verificación del evento<sup>384</sup>. Esto significa que el análisis no debe hacerse de forma posterior, sin relación alguna a las circunstancias concretas del hecho, pues lógicamente si el juicio se realiza de esta manera, jamás existirá posibilidad de punir la tentativa, por cuanto siempre se llegará a la conclusión de que el bien jamás fue lesionado. Frente a esta doctrina del pronóstico posterior, hablaremos más ampliamente en el capítulo tres, referido a los límites de la actividad punible.

Otro sector de la doctrina considera que el juicio del *pronóstico posterior* no se justifica en relación con el momento posterior en el que se deba hacer, así como tampoco en la circunstancia que se quiera pronosticar desde los desarrollos posteriores, sino en valorar la

---

<sup>383</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Ob. Cit. P. 341. Confrontar también con CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, P.1099.

<sup>384</sup> SEMINARA SERGIO, Delitto Tentato e Reato Impossibile: i confini dell'azione punibile. Spazio Filosofico No.16, 2016, Pag. 4,5. en: [www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara](http://www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara)

adecuación de la conducta no como un evento abstracto, sino como un evento analizado en su situación concreta, en su forma irrepetible, desde lo que realmente acaeció, descartando la eventualidad no realizada<sup>385</sup>.

Pero otro elemento no menos importante que exige el juicio del *pronóstico posterior* es lo referente al *nivel de conocimiento* que debe exigirse en quien debe realizar el juicio, esto es al juez, pues finalmente es quien debe juzgar si un tal comportamiento es o no punible a título de tentativa.

CADOPPI y VENEZIANI han considerado frente a este aspecto, que el juez debe colocarse en la posición en la cual se encontraba el agente al momento de cometer la conducta, valorar el caso, no desde la propia percepción subjetiva del agente, sino en la valoración o percepción que hubiera hecho un hombre medio, puesto en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar del agente, para establecer objetivamente la idoneidad y univocidad de los actos<sup>386</sup>.

DE FRANCESCO considera que frente al parámetro de valoración que debe seguir el juez, al momento de realizar el juicio de idoneidad, está dado por *las reglas de la experiencia* y *las leyes científicas* disponibles en el contexto social en el que se haga el juicio, estando llamadas las *leyes científicas* a servir como parámetro para establecer la aptitud de los actos que definen la llamada tentativa completa, mientras que las *leyes de la experiencia* a servir como criterio para los actos de la tentativa incompleta, cuando el objeto del juicio se refiere a la verificabilidad de comportamientos humanos posteriores<sup>387</sup>.

En este mismo sentido, BARTONE afirma que, como lo ha dicho la Corte de Casación, la idoneidad del acto debe ser analizada con un juicio a) *ex ante*, b) con referencia al *acto*

---

<sup>385</sup> PEDRAZZI CESARE, Ob. Cit. P.94

<sup>386</sup> CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Terza Edizione, CEDAM, P.405

<sup>387</sup> DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Trattato teorico-prattico di Diritto Penale: *Le forme di manifestazione del reato*, Diretto da FRANCESCO PALAZZO e CARLO ENRICO PALIERO, Giapichelli Editore, P. 96

*individual, y, c) en concreto*, por lo que, si el juicio se realiza *a posteriori*, la tentativa resultaría siempre inadecuada, inidónea<sup>388</sup>.

### 3.3 La base del juicio:

Ahora bien, si el juicio debe hacerse *ex ante*, y *en concreto*, la base sobre la cual debe hacerse esa valoración, es mucho más compleja, puesto que surge el cuestionamiento, de si debe hacerse sobre la *base total* o sobre la *base parcial* de las circunstancias conocibles por el agente, punto en el que de nuevo las opiniones están divididas, pues como lo refiere GROSSO, existen dos posturas al respecto, una que considera debe hacerse sobre la base parcial, y otra que considera debe hacerse sobre la base total de las circunstancias<sup>389</sup>.

De manera que la preponderancia de una u otra, dependerá de lo que quiera hacerse prevalecer, la prevención general o el respeto por el principio de ofensividad<sup>390</sup>. La posición dominante de la doctrina<sup>391</sup>, entre quienes está FLORA, consideran que el juicio debe hacerse *sobre la base parcial* de las circunstancias, es decir, que deben tenerse en cuenta las circunstancias conocidas por el agente al momento de la conducta, o conocibles, o al menos debía conocer un hombre normal, puesto en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar del agente<sup>392</sup>.

Mientras que otros como MARINUCCI<sup>393</sup> y PADOVANI<sup>394</sup> consideran que debe hacerse sobre *la base total* de las circunstancias, es decir, que deben tenerse en cuenta la totalidad de las circunstancias no sólo existentes y conocidas al momento de la conducta, sino

---

<sup>388</sup> BARTONE NICOLA, Ob. cit. P.230

<sup>389</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Clicca e sfoglia, P.481

<sup>390</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Ob.Cit., P.481

<sup>391</sup> Según también lo refiere el propio MARINUCCI, la posición mayoritaria respecto a la base del juicio que debe hacerse, se inclina por la de realizar un juicio sobre la *base parcial*

<sup>392</sup> FLORA GIOVANNI, Appunti di Diritto Penale, Parte Generale, II Edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, P.69. MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte generale, Seconda Edizione, CEDAM, 2012, P.433.

<sup>393</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Manuale di Diritto Penale, P.342

<sup>394</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012, P.278

también las conocidas posteriormente<sup>395</sup>, pues ello se acompaña más con un derecho penal de acto, que se funda sobre los principios constitucionales de ofensividad y materialidad<sup>396</sup>.

Sin embargo, la teoría del pronóstico posterior tiene algunos críticos como SEMINARA que deben ser tenidas en cuenta: i) *frente al juicio de idoneidad*: se dice que tiene un carácter parcial, si se tiene en cuenta que la valoración la realiza un observador ubicado en el tiempo y lugar de la acción, y quien deberá expresarse sobre la base de la comprensión que tenga en su posición, motivo por el cual la noción de peligro, se torna eminentemente subjetiva, puesto que es realizada desde la perspectiva del observador; y ii) *frente al peligro*: se afirma que el peligro del que se habla se funda sobre la mera posibilidad de verificación del hecho, lo cual no tiene nada que ver con la probabilidad<sup>397</sup>.

### **3.4 En relación con el objeto:**

El juicio de idoneidad en relación con el objeto, esto es, con los actos, implica en primer lugar que ellos tengan o estén revestidos de la necesaria capacidad ofensiva de la conducta, de la acción desplegada<sup>398</sup>. Los *actos idóneos* deben analizarse en concreto y no en abstracto, es decir, en relación con las circunstancias propias que rodearon el caso objeto de estudio, ya que como lo advierte PADOVANI, a diferencia del código de Zanardelli, al hablar de “medios idóneos” permitía que al valorar los medios en abstracto los mismos resultaran idóneos para la comisión del delito, pero en concreto ya no, en tanto que con la nueva redacción del artículo 56, cuando se habla de la idoneidad de los actos, ellos sólo *serán idóneos en concreto*, por cuanto demuestran objetiva y efectivamente su peligrosidad en ese específico caso<sup>399</sup>.

Como se dijo en precedencia, MANTOVANI coincide con esta postura, ya que, si la idoneidad depende del acto y no del medio, en últimas la idoneidad dependería no sólo del

---

<sup>395</sup> MANTOVANI FERRANDO, Ob. Cit. P.205

<sup>396</sup> GIACONA IGNAZIO, El Concetto d'idonietà nella struttura del delitto tentato. P.60-61

<sup>397</sup> SEMINARA SERGIO, Delitto Tentato e Reato Impossibile: *i confini dell'azione punibile*. Spazio. Cit. Pag. 6

<sup>398</sup> DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Ob. Cit. P. 102.

<sup>399</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012, P.278.

medio usado, sino además de toda la actividad desplegada por el agente en su conjunto y todas las circunstancias concretas juntas, lo que llevó también a que se abandonara la distinción entre *inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa*<sup>400</sup>.

#### **4. Una tercera teoría mixta: Idoneidad y univocidad de los actos son los mismos actos ejecutivos.**

Existe una tercer postura que viene siendo acogida en la doctrina, entre quienes están GROSSO, PELISERO, PETRINI y PISA, según la cual *el principio de ejecución* no ha desaparecido en el nuevo Código penal, pues los actos que se denominan idóneos e inequívocos, no son más que actos ejecutivos, pues conforme con una sentencia de la Corte Constitucional<sup>401</sup>, sólo los actos ejecutivos pueden ser inequívocos, en tanto que sólo del inicio de ejecución de una conducta, puede predicarse la dirección unívoca del acto<sup>402</sup>.

Esta teoría señala que un segundo argumento para sostener dicha postura, y que la confirmaría, es el hecho de que conforme con el artículo 115 del Código Penal, no es punible el acuerdo para cometer un delito de instigación, si el delito no es cometido, motivo por el cual el canon la referido se convierte en un límite de la punibilidad, pues impediría que fueran punibles todos los actos precedentes al inicio de la ejecución<sup>403</sup>.

Considera, entonces, que una solución razonable que puede armonizar la prevención general (teoría subjetiva) y la protección de los bienes jurídicos de la sociedad en respeto del principio de ofensividad (teoría objetiva), es la de integrar el criterio de la no equivocidad de los actos, todas las veces que para el inicio de la ejecución del delito o próxima a esa ejecución, haya una concreta exposición al peligro del bien jurídicamente tutelado. Es decir, tal como lo refiere PISAPIA, del contenido del artículo 56 no puede afirmarse sin más que la connotación de actos ejecutivos haya desaparecido para efectos de la punibilidad de la conducta, pues cuando el legislador incluyó el criterio de actos

---

<sup>400</sup> MANTOVANI FERRANDO, Ob. Cit. P.442.

<sup>401</sup> Sentencia del 22 de diciembre de 1988, n. 177 en GROSSO CARLO FEDERICO, Ob. Cit. P.486

<sup>402</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, Ob. Cit. P.486. En el mismo sentido PIOLETTI UGO, Ob. Cit. P.113.

<sup>403</sup> GROSSO CARLO FEDERICO, Ob. Cit. P.486



“dirigidos en modo no equívoco a cometer un delito” no se distanció de la definición de actos ejecutivos, más bien la perfeccionó<sup>404</sup>.

MANNA también coincide en este punto, pues considera que el inicio de ejecución, o mejor, la exigencia de los actos ejecutivos como límite de punibilidad, no fue suprimida por el artículo 56, y no tanto por la consagración del criterio de la no equivocidad de los actos, sino de que, cuando la norma consagra la expresión “*la acción no se cumple o el evento no se verifica*”, la norma habla de una acción iniciada, es decir ejecutada para que pueda hablarse de tentativa<sup>405</sup>.

De esta misma postura parece ser MARINUCCI, quien indica que el inicio de ejecución es al mismo tiempo el inicio de la actividad punible. La no equivocidad o *univocidad de los actos* expresa una característica objetiva de la conducta<sup>406</sup>, esto es, que tienen el carácter de actos ejecutivos solo aquéllos con los cuales se inicia la ejecución del delito, por lo que únicamente ellos son los actos unívocos, en tanto que ya no son equívocos, por cuanto están encaminados a la realización de un determinado delito, lo que descarta cualquier tipo de duda en relación con la irrelevancia que puedan tener otro tipo de actos<sup>407</sup>.

Precisa entonces que el legislador para diferenciar e identificar el delito tentado del consumado, usó la fórmula, *si la acción no se cumple*, lo que indica que la acción típica no debe ser culminada, completada, pero si iniciada, y tomando como referencia el artículo 115, que refiere que no es punible el acuerdo y la instigación para cometer un delito, si éste no resulta cometido, deduce que a pesar de que en otras disposiciones del mismo código haya querido acabar dicha distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, no fue

---

<sup>404</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Istituzioni di Diritto Penale, P.139

<sup>405</sup> MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte generale, P.424

<sup>406</sup> Frente a éste aspecto, no se debe olvidar que el carácter de *la univocidad* de los actos tiene su origen en CARMIGNANI y CARRARA, quienes consideraron que éste es el primer carácter que deben tener los actos externos que se quieren imputar a título de tentativa, pues la *univocidad* es la fórmula que fija el límite entre los actos preparatorios y la tentativa. (LETO GAETANO, Di Esecuzione nel Tentativo, Ob. Cit., P. 31.) Cfr. también (CARRARA, Corso di Diritto Criminale, Ob.Cit., P.315). De igual forma CARRARA indicaba que la idoneidad era el segundo carácter del acto externo en el cual se debe advertir el elemento físico de la tentativa. (CARRARA, Corso di Diritto Criminale, Ob.Cit., P.318).

<sup>407</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Manuale di Diritto Penale, P.337

eliminada tal diferencia, pues resulta evidente que en dicha disposición no son castigables los actos previos a la ejecución, es decir los actos preparatorios<sup>408</sup>.

RANIERI a su vez también estima que, al haber el legislador fundamentado la punibilidad en el criterio objetivo, indiscutiblemente la tentativa quedó relacionada a la ejecución pese a que la intención del legislador fue la de suprimir tal criterio, pues los artículos 49 y 115 del Código Penal así lo confirman, pues la idoneidad y la univocidad de los actos no son más que los caracteres de los actos ejecutivos<sup>409</sup>.

Sin embargo, algunos autores como PEDRAZZI estiman que en la tentativa el principio de ejecución, se define ante todo como idoneidad, por lo que cuando se establezcan qué actos son idóneos dentro de la acción, serán ellos los actos ejecutivos<sup>410</sup>, argumento que resulta ser contradictorio, por cuanto la idoneidad del acto no es más que una característica del mismo en relación tanto con el medio empleado, como con la potencialidad de causar el evento, que en nada permite deducir el inicio de comisión de la conducta.

## **5. La inexistente desaparición del principio de ejecución:**

Conforme con todo lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que en Italia el criterio dominante es que, a partir del Código de 1930, con la nueva estructura de la figura de la tentativa, el legislador eliminó el principio o inicio de ejecución como fundamento de su punibilidad, considerando que resultaba menos traumático para efectos de poder establecer de forma clara y diáfana la frontera entre actos preparativos y actos ejecutivos, el tener como nuevo parámetro de punibilidad, los actos idóneos y unívocos dirigidos hacia la comisión del delito.

Ello conlleva entonces hacernos el siguiente interrogante ¿realmente el Código Rocco acabó con la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios? Nuestro criterio es que no, por las siguientes razones.

---

<sup>408</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, *Manuale di Diritto Penale*, P.337

<sup>409</sup> RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. P.46

<sup>410</sup> PEDRAZZI CESARE, Ob. Cit. P.58.

La dificultad práctica gira en torno a poder diferenciar cuando un acto dentro del *iter criminis* dejó de ser preparatorio y se convirtió en ejecutivo, pues finalmente lo que busca el legislador es el poder castigar aquellos actos que, desde el modelo de Estado, afectan los derechos, valores o principios, que para efectos de su verdadera protección jurídica les dio la categoría de bienes.

Si se dice entonces que el modelo de Estado Italiano es un Estado Social de Derecho conforme con el artículo 1º de su Constitución Política<sup>411</sup>, significa que su sistema penal se construye sobre el *acto*, lo que quiere decir que sólo se es responsable penalmente por la acción cometida siempre y cuando ella lesione o ponga en riesgo de forma efectiva el bien jurídico protegido.

Lo anterior se traduce en que sólo es penalmente relevante para el legislador aquel acto que haya lesionado un bien jurídico, o que tenga la capacidad de ponerlo en riesgo, por lo que todos aquellos actos que no revistan esa especial condición no serán castigables, aun cuando puedan ser importantes dentro de la acción desplegada.

Ahora bien, como hemos también visto, la doctrina es pacífica en aceptar que el *iter criminis* se estructura en varias fases, como la ideación, la preparación, la ejecución y la consumación, lo que indica que, en el punto en donde no hay discusión, es en que toda acción tiene un proceso de ejecución, incluso los actos preparatorios propiamente dichos, pues basta con leer el significado de ella para corroborarlo.

La *acción* en su significado lingüístico es definida como el ejercicio de la posibilidad de hacer<sup>412</sup>, aquello que una persona está haciendo; a su vez *hacer* significa *ejecutar*, poner

---

<sup>411</sup> En este sentido lo manifiesta Federico del Giudice, al comentar el artículo 1º de la Constitución Política, el cual reza: Art.1 L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. COSTITUZIONE ESPLICATA MINOR, con commento essenziale a prospettive di riforma articolo per articolo, a cura di FEDERICO DEL GIUDICE, IV Edizione, Edizione Giuridica Simone, 2014, P.7.

<sup>412</sup> <http://dle.rae.es>

por obra una acción o resultado<sup>413</sup>; y *ejecutar* es poner por obra algo<sup>414</sup>, luego acción, hacer y ejecutar significan lo mismo, poner en obra algo, por lo que un acto preparatorio también es un acto ejecutivo, conforme con la definición de ejecutar.

Ahora bien, *preparar* significa disponer o hacer algo con alguna finalidad, prevenirse, aparejarse para ejecutar algo o con algún otro fin determinado<sup>415</sup>, luego de esta definición, resulta evidente que la diferencia entre un acto preparatorio y uno ejecutivo, es que aun cuando los dos pueden ser ejecutivos en sí mismos, en tanto que ponen en obra, el acto preparatorio se hace con el fin de *ejecutar otro*, en tanto que el ejecutivo no es más que la materialización del acto preparatorio, y no tiene ninguna otra finalidad en términos de acción, pues la consumación sólo será la consecuencia de la ejecución y ya no dependerá de quien la realizó.

Conforme con la teoría del *principio de ejecución*, que distingue entre actos preparatorios y ejecutivos, en el caso de un homicidio que pretende cometer un sicario, serán actos preparatorios, todos los actos que tengan como finalidad otro acto, que sirvan de base para el que sigue, como lo sería el comprar un arma (para usarla como medio idóneo), alistarla (para que sirva al momento del hecho), conseguir una moto (para usarla como medio de transporte), arreglarla (para poder huir luego de la comisión del hecho), desplazarse hasta el lugar del hecho (para reconocer el lugar) esperar a la víctima (para identificarla): Y serán ejecutivos los que materialicen toda esa preparación: apuntarle (para no fallar), y disparar contra la humanidad de la víctima.

Ahora bien, conforme con la teoría de los actos idóneos y unívocos, el comprar el arma (medio de ejecución), funcionando perfectamente (idónea), conseguir la motocicleta en perfecto estado (medio idóneo, para llegar y huir del sitio), desplazarse a su lugar de trabajo donde se cometería el hecho, esperar la víctima (idoneidad temporo-espacial), no serían punibles en tanto que todos ellos tienen una finalidad, lograr la materialización de lo que se preparaba, luego siendo idóneos, adolecen aún de la *no equivocidad*, pero ya los actos en

---

<sup>413</sup> <http://dle.rae.es>

<sup>414</sup> <http://dle.rae.es>

<sup>415</sup> <http://dle.rae.es>

los cuales se dispara varias veces contra la humanidad de la víctima por ser inequívocamente dirigidos a quitar la vida, serán punibles.

Qué diferencia hay, entonces, entre una teoría u otra, si en últimas lo único que se puede castigar es el acto en el que hay ejecución, realización, es decir, el acto que se ajusta a lo exigido por la norma, el acto que agrede de forma concreta el bien jurídico protegido<sup>416</sup>, que, en el caso propuesto, será el verbo o la acción de “*matar*” esto es, quitar la vida. Por tanto, en el ejemplo propuesto, ¿cuál será el acto de *matar*? La respuesta no puede ser otra sino el acto de *apuntar y disparar* contra la humanidad de la víctima, pues ni estar en el lugar del hecho, ni comprar el arma, ni conseguir el vehículo para huir constituyen el acto concreto de *matar*, aún cuando todos ellos se analicen en conjunto como una sola acción ya que, siendo idóneos, no permiten decir que son inequívocos, y por tanto no tienen la capacidad de producir la muerte, si la acción de disparar no se llevó a cabo<sup>417</sup>.

Y tan cierto es lo anterior, que incluso puede dispararse varias veces un arma contra una persona para matarla, y estar inmerso en la conducta típica de tentativa de homicidio, sin haber ideado o preparado el mismo, pues, si la acción de disparar fue para repeler al secuestrador que trató de raptar en un vehículo a un miembro de la familia, o a un ladrón que siendo sorprendido al interior de la casa, hirió con un arma blanca al dueño de la casa para evitar ser reconocido y atrapado, la única acción que puede analizarse como realizadora del delito, es la de los disparos, pues sólo ésta fue la que se ejecutó, por cuanto estuvo ausente del proceso de ideación y preparación.

La conducta de las personas está definida por lo que hacen o dejan de hacer, es decir, por lo que realiza o no realiza, entendiéndose por realizar como sinónimo de ejecutar, pues la idoneidad o univocidad tan sólo es una forma de calificar la acción en relación con algo.

De suerte entonces que, decir que con la nueva estructura de la tentativa del artículo 56 ya no es relevante en punto de la punibilidad si el acto es o no ejecutivo, es un falacia

---

<sup>416</sup> PANNAIN REMO, Ob. Cit. P.444.

<sup>417</sup> PANNAIN REMO, Ob. Cit. P.445.

argumentativa, ya que de todas formas, aún cuando se diga que para que la conducta sea punible en la tentativa, los actos sean idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, siempre se requerirá establecer con qué acto se inicia la realización, la ejecución, la no equivocidad de los actos dirigidos hacia su consumación, debiendo necesariamente hacer una distinción entre los actos no ejecutivos, es decir preparatorios y los ejecutivos<sup>418</sup>.

Otra cosa es que, junto con los actos ejecutivos, se quiera castigar también los actos preparatorios por su relación con el inicio de ejecución, lo que tornaría en inútil una discusión o un estudio de los actos penalmente relevantes en la tentativa, pues si la base de la punibilidad ya no es la acción que se ejecuta, sino también la que se prepara, lo que se estaría castigando ya no es la puesta en peligro del bien jurídicamente relevante, sino el riesgo de poner en riesgo el bien jurídicamente protegido, es decir, el peligro del actuar del agente, o sea, su peligrosidad.

Luego, resultaría a todas luces inútil hacer toda una discusión alrededor de algo que no existe, pues si el inicio de ejecución ya no es relevante para el derecho penal, sobran todas las discusiones que a lo largo de tanto años se han venido dando, ya que la punibilidad está fundada en últimas en el peligro del actuar criminal y no en el riesgo de lesión del bien jurídico protegido, dando al traste con el propio sistema penal, que se basa en el principio de acto, para dar paso al principio penal del autor.

---

<sup>418</sup> Dice PANNAIN al respecto, que sólo los actos ejecutivos son los penalmente relevantes se desprende del mismo artículo 56 del Código, pues la palabra actos idóneos, significa actos dotados de eficiencia causal. Si se toma en consideración un delito consumado de aquéllos de forma vinculada, en la relación causa-efecto con el evento solamente son actos ejecutivos los que se puedan subsumir en la descripción del tipo, por lo que los anteriores al acto, no son relevantes. Ahora si se examina el mismo delito en forma vinculada bajo el prisma de la tentativa, que es una entidad menor que el delito consumado, se pregunta este autor, porqué tendría que dársele importancia a los actos preparatorios, cuando en el delito consumado no tienen ninguna importancia. Otro argumento que expone como relevante para defender esta tesis, es que el propio texto del artículo 56 describe “*si la acción no se cumple*”, por lo que los actos que sirven para constituirlos son aquéllos que sirven para constituir la acción incumplida. Además, el término acción tiene en el actual Código un valor que él denomina *técnico*, preciso, y no como se le trata de dar de forma vulgar, *una acción cualquiera*”, pues en los artículos 40 y 41 del Código de habla de acción y omisión en relación causa y efecto con el evento, luego la acción tiene eficiencia causal, o como se explica después el artículo 42 “*la acción u omisión prevista por la ley como delito*”, es decir que corresponde al esquema legal, lo que equivale tanto como decir *acción típica, acción ejecutiva*, es decir, la que realiza el hecho quebrantador del precepto legal. PANNAIN REMO, *Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parrrte Generale* Unione Tipografico, Editrice Torinese, P.443,444.

## CAPITULO V

### FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA PUNIBLE:

#### 1. Introducción:

En su concepción y formación, un sistema jurídico dependerá del sistema político que se tenga, pues éste último estará inspirado en concepciones políticas, filosóficas y religiosas que lo marcan, por lo que sus normas expresarán en su contenido tal ideología política, siendo las normas penales las que con mayor preponderancia respondan a tales postulados<sup>419</sup>, como sucedió con la influencia del pensamiento *iluminista* según el cual el derecho penal tiene un carácter de *ultima ratio* para significar que es la respuesta más extrema de las que dispone el Estado<sup>420</sup>, lo que justifica entonces que se encuentren leyes criminales suaves en las cuales la tentativa de un delito no es castigable, o leyes severas en las que tanto el delito consumado como el tentado se castigan igual, o leyes intermedias, en las que si bien la tentativa es punible, la pena a imponer es menor que la del delito consumado<sup>421</sup>.

Ahora bien en el ámbito europeo no puede olvidarse que por efecto de la configuración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa, se ve fuertemente disminuida su soberanía en términos políticos, económicos y de justicia, pues una consecuencia de la existencia de este conglomerado, es la lógica homogenización de las legislaciones internas a los nuevos

---

<sup>419</sup> Bajo esta perspectiva, pareciera entonces existir en la actualidad o al menos estar ad portas de una transición hacia una nueva concepción del Estado, pues sólo así puede entenderse la nueva tendencia *político criminal* del así llamado *derecho penal del enemigo*, como respuesta contra la lucha al terrorismo y las nuevas formas de criminalidad organizada transnacional, que ha llevado a un creciente expansionismo del derecho penal y una sustancial reducción de las libertades individuales, pues el criminal ya no debe ser tratado como una persona sino como un enemigo del Estado. Se dice pues, que conforme a las tendencias actuales del derecho penal, el derecho penal del enemigo tiene su fuente en otra teoría o concepción como lo es el derecho penal del riesgo. Para mayor ilustración sobre el derecho penal del enemigo ver: PRITTWITZ CORNELIUS, Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionalmente Europeo, Diritto Penale del Nemico, un dibattito internazionale, cura di Massimo Donnini e Michele Papa, Giuffrè Editore 2007, P. 142, 143.

<sup>420</sup> DEMURO GIAN PAOLO, Alla Ricerca di Limiti All'Espansione del Diritto Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.4, 2013, Pag. 1654

<sup>421</sup> CARACCIOLI IVO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Edizione, CEDAM, 2005, P.438,439.

estándares políticos, lo que se le ha denominado la  *europeización del derecho*, lo cual obviamente también cobija al derecho penal, pues aspectos como el fundamento de la punibilidad de una conducta tentada, se deben ajustar al modelo europeo y ya no sólo su singular modelo de Estado, o a su Constitución<sup>422</sup>.

Luego de estas consideraciones, CARACCIOLI ilustra como el cambio de pensamiento en Italia a finales del ochocientos (1889) y comienzos del novecientos (1930), se vio reflejado en el cambio de la legislación penal, ya que el Código Zanardelli inspirado en principios de corte liberal que devenían del derecho francés, establecía como requisito de la tentativa que hubiese un comienzo de ejecución, en tanto que el Código de Rocco con una cierta influencia conservadora y autoritaria, castiga no sólo los actos ejecutivos sino también los preparatorios, siempre y cuando éstos sean “idóneos” y “no equívocos”<sup>423</sup>.

De igual forma éste mismo autor explica, que de acuerdo con la fórmula “*quien comience con actos idóneos la ejecución*” que contenía el Código Zanardelli<sup>424</sup>, resultaba problemático poder establecer a partir de cuándo en el desarrollo de la acción, los actos se tornaban en ejecutivos, ya que pueden existir actos más próximos a la ejecución que otros, asumiendo por tanto el riesgo de terminar castigando actos meramente preparatorios como ejecutivos, razón por la cual se hablaba de *actos preparatorios* con la finalidad de poder distinguirlos de los *actos de ejecución*, siendo los primeros los actos anteriores al principio de ejecución, pero que el nuevo Código de Rocco, con la intención de acabar con dicha discusión tan problemática, decidió hablar mejor de “*actos idóneos*” y dirigidos *en modo no equívoco a cometer un delito*”<sup>425</sup>.

Teniendo como base los diferentes modelos de derecho penal que existen en la actualidad, puede decirse que el fundamento de la punibilidad girará en torno a lo que finalmente el Estado quiera castigar, es decir, si castiga a la persona por lo que *hace*, o porque tiene la

---

<sup>422</sup> TIEDEMAN KLUAS, L'Europeizzazione del Diritto Penale, Traducción a cura di ANA VALENTINA BERNARDI, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XLI, 1998, P.3-21.

<sup>423</sup> CARACCIOLI IVO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Edizione, CEDAM, 2005, P.440

<sup>424</sup> Consagraba el Código Penal de Zanardelli en su artículo 61 la tentativa en los siguientes términos: “*Aquél que, con el fin de cometer un delito, comience con medios indóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad, no cumple todo lo que es necesario para la consumación de éste...*”

<sup>425</sup> CARACCIOLI IVO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Edizione, CEDAM, 2005, P.440



*intención de hacer*, o por lo que *és*, es decir, por ser una *persona peligrosa* o ser un *enemigo de la sociedad*<sup>426</sup>, usando para ello dos grandes criterios, el *peligro* (acción peligrosa para el bien jurídico) y la *voluntad* (intención criminal)<sup>427</sup>.

Por esto, MANTOVANI ha dicho que el fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá entonces del sistema penal que se tenga, pues si es un *i) sistema objetivo*, esto es, centrado sobre la lesión del interés o bien jurídico tutelado<sup>428</sup>, la tentativa no encuentra reconocimiento alguno; si es un *ii) sistema subjetivo*, no se diferencia entre delito tentado y delito consumado, pues en un derecho penal de la peligrosidad criminal<sup>429</sup> es indiferente si el delito se consumó o no, pues sólo importa la intención criminal par que se justifique la sanción; y si es un *iii) sistema mixto*, se castiga la tentativa en menor grado que el delito perfecto o consumado<sup>430</sup>, por cuanto si bien existió la intención de lesionar un bien jurídico, *disvalor de acción*, y no se alcanzó su consumación, si se puso en riesgo el bien jurídico protegido<sup>431</sup>, *disvalor de resultado*<sup>432</sup>.

MARINUCCI por su parte considera que el fundamento de la punibilidad estará cimentado sobre un derecho penal *objetivístico* o un derecho penal *subjetivístico*. El primero pone especial relevancia al hecho como tal realizado, es decir al factor objetivo de la acción, en cuanto manifestación exterior, visible, fundamentando entonces la punibilidad en la lesión u ofensa a los bienes jurídicamente protegidos, de ahí que el principio de ofensividad y culpabilidad se conviertan en límites de la punibilidad; en el segundo, *subjetivístico*, es un

---

<sup>426</sup> MARINUCCI GIORGIO, Suggestivismo e Oggettivismo nel Diritto Penale Uno Schizzo Dogmatico e Politico-Criminal, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 2011, P.1.

<sup>427</sup> ANGIONI FRANCESCO, Un Modelo di Tentativo per il Codice Penale, Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, P. 1089 -1125

<sup>428</sup> El bien jurídico, es un concepto de no fácil definición, sin embargo para MANTOVANI el bien jurídico es el soporte y la ofensa es la esencia, del principio de ofensividad. La ofensa al bien jurídico puede consistir 1) en una *lesión*, como *daño efectivo* consistente en la destrucción, disminución o en la pérdida del bien jurídico; 2) en una puesta en peligro del bien como *daño potencial*, o se habla de evento dañoso o peligroso. MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Ob. Cit.P.203.

<sup>429</sup> Con el desarrollo de la llamada escuela positivista, la cual centró principalmente su doctrina sobre la peligrosidad criminal para justificar la pena, se amplió mucho más el ámbito de protección de los intereses de la sociedad afectados con el delito. GRANATA LUIGI, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Edizioni Dell'Ateneo – Roma, P.108

<sup>430</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.432.

<sup>431</sup> BARTOLOMEO ROMANO, Ob.cit. P.406

<sup>432</sup> MENCARELLI ANNAELENA, La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante: Riflessioni sul criterio della direzione non equivoca degli atti e superamento della formula dell'inizio di esecuzione, Cassazione Penale, Fasc.11, 2013, pag. 3955,

fórmula empleada modernamente que pone especial relevancia al “*interior*” entendido como *representación y volición* del hecho, en el sentido de lo “*personal*” como *derecho penal de autor*, es decir, con relación a la forma de ser del sujeto, como sujeto peligroso o como *enemigo de la sociedad o del Estado*<sup>433</sup>.

Frente al respeto por el principio de legalidad<sup>434</sup>, este postulado plantea la dicotomía de la defensa social vs. la libertad del ciudadano<sup>435</sup>, pues en un sistema de legalidad sustancial, la tentativa se castiga sobre la base de la peligrosidad social del comportamiento, pero en un sistema de legalidad formal, la tentativa se erige sobre el principio “*nullum crimen sine lege*”<sup>436</sup>, que es a su vez el fundamento del principio de taxatividad y reserva legal, lo cual significa que en materia de tentativa también le corresponde al legislador estipular qué delitos son tentados.

Para poder delimitar a partir de cuándo son punibles los actos que constituyen la tentativa, se han considerado dos posibles soluciones, la primera referida al principio de ejecución, y la segunda referida a la idoneidad y univocidad de los actos como expresión del peligro de realización del delito perfecto.

---

<sup>433</sup> MARINUCCI GIORGIO, Suggestivismo e Oggettivismo nel Diritto Penale, Ob. Cit. P.1. Frente a estas dos grandes posturas de fundamento de la punibilidad que PALAZZO denomina contradictorias, indica que también conviene tener en cuenta una segunda categoría de contradicciones como la existente entre *normativismo y naturalismo* en la tentativa. PALAZZO FRANCESCO, Il Tentativo, un problema ancora aperto? (Tipicità ed Offesa tra Passato e Futuro), Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LIV, 2011, P.46.

<sup>434</sup> El *principio de legalidad* acogido por la Constitución Italiana no debe ser entendido solamente como el principio de “reserva de ley”, es decir en un sentido meramente formal, sino que debe ser entendido también en un sentido sustancial, por lo que el contenido de las normas penales sólo debe ser elegido y decidido por el legislador. Confrontar: CONTENTO GAETANO, Principio di Legalità e Diritto Penale Giurisprudenziale, Il Foro Italiano, 1988, P.484 – 491.

También se ha dicho respecto al *principio de legalidad* que en la función judicial, tal principio no puede entenderse hoy día como la simple vinculación del juez a la ley abstracta, sino que está vinculado también a valores como la “*accesabilidad*” de la norma violada, y a la “*previsibilidad*” de la sanción, es decir, que el principio de legalidad implica, la relación del juez no con la norma fría y abstracta, sino con la norma “*viviente*” que resulta de la interpretación y aplicación de ley por el juez, y por ello la jurisprudencia viene a ocupar un rol decisivo en la precisión del contenido y el ámbito de aplicación del precepto penal. Cfr. BARTOLI ROBERTO, Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all’impunità: tra legalismo, teleología e costituzione, (Sez. Uni. 19 Aprile 2012 N. 34952), en Cassazione Penale, No.01, Gennaio, Giuffrè Editore, 2013, P.81.

<sup>435</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.433.

<sup>436</sup> BECCARIA CESARE, Ob.cit. P.84

El *principio de ejecución*, según MANTOVANI, identifica la tentativa punible con base en el *desarrollo de la acción criminal*, por tanto, sólo constituyen conducta punible los actos ejecutivos y no los actos preparatorios, pues, este principio tuvo su origen en la revolución francesa<sup>437</sup>, y por ende fue consagrado en el código napoleónico, donde se exigía para la punibilidad, la existencia de un “comienzo de ejecución”<sup>438</sup>.

Si la esencia de la tentativa está en el actuar con la intención de cometer un delito, pero sin que se cumpla el propósito criminal, ello plantea según MANTOVANI varios problemas<sup>439</sup>, como, por ejemplo, sancionarla y cómo sancionarla, cuándo comienza el actuar punible, y el respeto por el principio de legalidad, cuestionamientos que dependerán de la visión que se tenga del sistema penal, esto es, objetivo, subjetivo o mixto.

Analizaremos entonces las diferentes visiones con las que se ha querido dar fundamento a la necesidad de castigar la tentativa, las cuáles se han catalogado en tres grandes teorías o concepciones<sup>440</sup>, la teoría *objetiva* que centra la necesidad de la punibilidad en la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma principal, la teoría *subjetiva* que fundamenta la pena en la necesidad de castigar la intención criminal con la que se actuó<sup>441</sup>, y la teoría *mixta* o *intermedia*<sup>442</sup>, sin embargo, en algunos autores como PIOLETTI<sup>443</sup>, la clasificación es de alguna manera diferente.

---

<sup>437</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.434

<sup>438</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.434

<sup>439</sup> MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, P.431

<sup>440</sup> PULITANO DOMENICO, Diritto Penale, Terza Edizione, Giappichelli Editore, Torino, P.451

<sup>441</sup> PERDONÒ GIOVANI LUCA, Il Momento Consumativo nel Delitto di Favoreggiamento Personale: problematiche connesse alla difficoltà di accertamento del confine tra pericolo e tentativo (Cass. Sez.VI Penale, 21 marzo 2000, N.584), L'Indice Penale, Nuova Serie Anno VI N.1, Gennaio – Aprile 2003, P. 207-227

<sup>442</sup> RIZ ROLAND, Lineamenti di Diritto Penale, Terza Edizione, CEDAM, 2001, P.341. Confrontar también con ROMANO MARIO, Commentario Sistematico del Codice Penale I, Art.1-84, Terza Edizione, Rinnovata e Ampliata, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

<sup>443</sup> Las teorías sobre las que explica por qué se castiga la tentativa, las clasifica: 1) Según la *razón para punir*: a) *Teoría subjetiva*, se castiga la mala o perversa intención, manifestada en actos externos, luego es indiferente si los actos son idóneos o inidóneos, indicando que von Buri, Hertz, son sus exponentes.; b) *Teoría sintomática* en donde lo que se castiga es la peligrosidad subjetiva manifestada, cuyos exponentes son Garofoli, Ferri; c) *Teoría realística*, puesto que el delito es daño o peligro de daño, por lo que en la tentativa se castiga la conducta objetivamente idónea, para realizar el evento querido por el agente, señalando como exponentes a Feuerbach, Geyer, Romagnosi; y 2) Según el *fundamento de la punibilidad*: a) *Teoría del peligro posible*, como una abstracción subjetiva – Salleilles-; b) *Teoría de la alarma social* no se adhiere a la realidad ya que la alarma social no surge a menudo y cuando surge no es punible – Kohler-; c) *Teoría de la violación voluntaria de un precepto penal*, que no explica porqué la violación de un precepto penal lo hace

## 2. Teorías objetivas:

Para hablar de la tentativa debe hacerse referencia, necesariamente, a cuáles son los motivos para castigar o punir una conducta en la que el proceso de consumación no se cumplió. Existe pues, una tesis denominada por la doctrina como *teoría objetiva*<sup>444</sup>, en tanto que fija el criterio de punibilidad en la *puesta en peligro del bien jurídico*, es decir, tal como lo refiriera PADOVANI la tentativa sólo es punible cuando los actos son idóneos y dirigidos de una forma no equívoca a cometer el delito<sup>445</sup>, y se puso en riesgo el bien jurídico, pues el sistema penal italiano gira en torno al principio del acto, por lo que no son punibles ni las ideas ni las intenciones<sup>446</sup>.

De ahí entonces que junto con el principio del acto, como lo señala RICCARDI, surge como necesario el *principio de ofensividad*<sup>447</sup> o *lesividad*, como clara garantía dentro de un estado democrático, respetuoso de las libertades, pues se convierte en límite al poder punitivo del Estado, en tanto que la sanción exige como requisito para su imposición la verdadera existencia de un daño, de una lesión, entendida esta no sólo en el cambio del mundo exterior (realidad), sino también en la efectiva puesta en riesgo o peligro del bien jurídico ofendido<sup>448</sup>.

---

punible por un precepto no violado – Manzini-; d) *Teoría del peligro de consumación*, la cual sostiene que la tentativa es punible, porque realiza un peligro concreto de verificación del evento o del daño – Vannini- (PIOLETTI UGO Diritto Penale, Parte Generale (Corso di Lezioni), Anno Accademico 1954-1955, Librería Editrice Ricerche, Roma, 1955, P.112.

<sup>444</sup> PISAPIA GIAN DOMENICO, Ob. Cit. P.135. En el mismo sentido RANIERI, Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975, P. 49.

<sup>445</sup> PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012, P.276. Frente a esto, PALAZZO también estima que el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en lo que él denomina *objetividad peligrosa*, pues la conducta es la muestra objetiva de la intención criminal del agente. PALAZZO FRANCESCO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale, Quarta Edizione, Giappichelli Editore, Torino, P.484

<sup>446</sup> GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Nel Diritto Editore, 2011, P.1117. En el sistema penal alemán, el fundamento de la punibilidad está en la voluntad antijurídica manifestada en un comportamiento exterior, el dolo del delito que se manifiesta, VOLK Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Ob. Cit. P.110

<sup>447</sup> Desde el punto de vista de su existencia temporal, el principio de ofensividad se ubica en la segunda mitad de los años sesenta cuando se hacen los esfuerzos por hacer una aproximación Constitucional de del derecho penal, por lo que se indica que nace la fundación de dos principios constitucionales más importantes que definen el contenido de las normas penales, la *ofensividad* y la *culpabilidad*. DONINI MASSIMO, Selettività e Paradigmi Della Teoria Del Reato, Riv. it. dir. e proc. pen., fasc.2, 1997, pag. 338.

<sup>448</sup> Dice textualmente el autor: “Il secondo profilo del principio di necessaria lesività, invece, appare mostrare, maggiore profili di attualità e di concretezza: lungi, infatti, dal rappresentare una garanzia di tipo meramente

MARINUCCI tomando las palabras de DELITALA, refiere que la simple acción, aún cuando sea dolosa, sin un daño u ofensa al bien protegido no es suficiente para dar vida al delito, luego no es punible, por ello afirma que, cuando se habla de bien jurídico se dice que su nota más característica es la capacidad de ser violado u ofendido, o de ser expuesto al peligro<sup>449</sup>.

Considera la tentativa como un *banco de prueba* del modelo de derecho penal, en tanto que, si es de corte subjetivista, castigará la intención, la voluntad de querer quebrantar la ley sin importar por tanto si la conducta fue tentada o consumada, pues se castigará igual, o si es de *corte objetivista* como lo es el sistema penal italiano, permite como lo dice PULITANO una “*anticipada intervención penal*”<sup>450</sup> que castigará la puesta en peligro del bien jurídico a pesar de que no haya el mismo grado de lesión que en la consumación, y por tanto la pena será inferior al delito consumado<sup>451</sup>, pues el sistema penal moderno<sup>452</sup> está cimentado también, como ya se anotó, sobre el principio de ofensividad, ya que la ofensa es el elemento esencial que le atribuye al hecho la trascendencia penal<sup>453</sup>.

---

negativo, quale principio volto soltanto ad impedire l'arbitrio prevaricatore del potere punitivo (6), il canone in esame assume, ormai, il ruolo più significativo di stimolo ad un controllo contenutistico delle norme penali: ciò, del resto, rappresenta la “maturazione” di un principio che si adegua al mutato atteggiarsi di una legislazione penale ideologicamente democratica, spesso, tuttavia, non in grado di tradurre tecnicamente le intenzioni “liberali”, anche a causa di un fenomeno ipertrofico che tende sempre più a restringere gli spazi di libertà (7).” RICCARDI GIUSEPPE, I Confini Mobili del Principio di Offensività, L'Indice Penale, Nuova Serie – Anno II, N.1, Gennaio – Aprile, 1999, P. 711-739.

<sup>449</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Corso di Diritto Penale 1, Le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica, Seconda Edizione, Giuffé Editore, P. 382

<sup>450</sup> PULITANO, Diritto Penale, Ob. Cit. P.451

<sup>451</sup> MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, Ob. Cit. P. 385. En este mismo sentido RIZ refiere que conforme con esta visión no es punible la tentativa inidónea; por efecto de la no consumación del delito, la pena debe ser sustancialmente menor; el bien jurídicamente protegido ha sido efectivamente puesto en peligro conforme con el principio de ofensividad compatible con la Constitución Política; y la expresión “que la acción no se cumpla o no se verifique el evento” se debe entender respecto a los delitos de resultado, no frente a los delitos de peligro, pues lo que se castiga no es que la acción sea peligrosa, sino que haya puesto en marcha actos idóneos que se adecúan a la conducta típica. (RIZ ROLANDO, Lineamenti di Diritto Penale, Terza Edizione, CEDAM, 2001, P.342.)

<sup>452</sup> AZZALI GIANPIERO, Idoneità e Univocità degli Atti. Offesa di Pericolo, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1958, P.1168.

<sup>453</sup> CASAROLI GUIDO, Attentato, Pericolo, Offesa. Le Costanti nel pensiero di Ettore Gallo, L'Indice Penale, Nuova Serie Anno VI – N.1, Gennaio – Aprile, CEDAM, 2003, P.905-924.

MAGGIORE reconoce que la razón de ser punible la tentativa, estriba no tanto en que sea una expresión de la voluntad, una intención, sino que es una intencionalidad expresada, exteriorizada, una propuesta que se tradujo en acción, y por tanto es un *hecho objetivamente antijurídico* e inculpa, es decir, la tentativa es punible, porque viola el ordenamiento jurídico penal<sup>454</sup>

Otros, como PETROCELLI, manifiestan que la intención y el peligro son los elementos de la tentativa<sup>455</sup>, razón por la cual al concepto de peligro en la tentativa le atribuye las funciones de daño, siendo precisamente el daño que se deriva de ella la razón de castigar la tentativa, , motivo por el cual el “peligro” es de la esencia de la tentativa, como manifestación particular del principio general en el cual se inspiran las legislaciones de erigir la inculpa sobre la concurrencia del elemento objetivo y el elemento subjetivo<sup>456</sup>.

Así, indica que un acto que no produce peligro no tienta efectivamente nada, razón por la cual para que una conducta o acto pueda constituir un peligro apreciable, debe ser un delito iniciado, que se haya comenzado a ejecutar, existiendo entonces una inescindible relación entre el *peligro apreciable* y el *principio de ejecución*, debiéndose incluir entonces el peligro como un elemento propio de la tentativa<sup>457</sup>.

PETROCELLI reafirma que el peligro es exactamente lo que ha sido, no lo que debió ser, motivo por el cual aceptar que el peligro se encuentra inherente en la tentativa, significa “*incriminare il pericolo*” así como sucede con los delitos de daño, pues lo que se castiga no es el daño en sí mismo, sino la acción por su naturaleza dañosa, la acción en sí misma, la acción como expresión de la voluntad contraria al orden social a la ley<sup>458</sup>. Define el peligro como aquella situación por la cual la ofensa tuvo la posibilidad de verificarse y no se verificó, por el fallido realizarse y verificarse de la relación causal, de donde se sigue que el peligro no se encuentra supeditado a la perfección de la relación de causalidad, pues el

---

<sup>454</sup> MAGGIORE GIUSEPPE, Ob. Cit. P.441

<sup>455</sup> PETROCELLI BIAGIO, Ob. Cit. P. 1955, P.24

<sup>456</sup> PETROCELLI, Ob. Cit. P.25

<sup>457</sup> PETROCELLI, Ob. Cit. P.26

<sup>458</sup> PETROCELLI, Ob. Cit. P.26

peligro se debe establecer con fundamento en el valor potencial de los medios y de la acción, y no sólo con aquella relación, debiéndose excluir un criterio diferente, para no confundir la existencia del peligro, con el efectivo decurso de la serie causal<sup>459</sup>.

Ahora, si bien el peligro para este mismo autor es un elemento inherente a la naturaleza misma de la tentativa, no puede considerarse que sólo aquél es el elemento objetivo del delito tentado, sino que éste se compone tanto del peligro, como de la acción peligrosa, lo que equipara el fundamento de la punibilidad del delito tentado, con el delito consumado.

Dice PETROCELLI:

*“Il pericolo nel tentativo non è un quid staccato dall'azione, un evento autonomo di pericolo, del quale il giudice debba separatamente ricercare la prova, come nei reati con evento di pericolo; ma è un carattere dell'azione, che si esprime nell'idoneità di questa a produrre l'evento del delitto perfetto cui il tentativo si riferisce. Nell'idoneità degli atti è insito il pericolo, compiere gli atti adatti mezzi per compiere gli atti nei quali è la probabilità, o la rilevante possibilità, e quindi, il pericolo, dell'evento.”*<sup>460</sup>

Así, afirma que el factor de idoneidad exigida explícitamente por la ley, representa la más desmentida de las tesis que pretende refutar, según la cual, si no se produce el evento, falta la relación de causalidad, y por tanto, también el peligro, y así la idoneidad no tendría razón de ser. Por el contrario, si la ley exige la idoneidad de los actos, es porque la existencia del peligro se considera independiente de la no ocurrencia del evento y la no conclusión de la relación de causalidad, y que por tanto la idoneidad de los actos tiene por objeto la causalidad en potencia, es decir, la potencial aptitud de los actos para producir el evento<sup>461</sup>.

Esto significa, como lo enseña RUSSO, que para que un acto sea peligroso, no resultaría suficiente que su relación con la lesión jurídica, sea *inminente*, sino que exista una *causalidad eficiente* del daño o la lesión, pues no puede hablarse de peligro para el bien jurídico protegido, en donde no exista la posibilidad de que el acto realizado pueda desencadenar indefectiblemente el daño o la lesión, pues no puede perderse de vista que lo que impide la consumación del delito, no es la inidoneidad del acto, ni del medio, ni de la

---

<sup>459</sup> PETROCELLI, Ob. Cit. P.27

<sup>460</sup> PETROCELLI BIAGIO, Ob. Cit.P. 29

<sup>461</sup> PETROCELLI, Il Delitto Tentato, cit, P.29

equivoca dirección del actuar hacia la comisión de un determinado delito, sino una *causa externa* ajena al agente<sup>462</sup>.

Sin embargo, considera el ilustre profesor que ni los actos idóneos ni los unívocos son suficientes para establecer los límites de la tentativa punible, puesto que, para encontrar dichos límites, es necesario hacerlo en concordancia con las demás disposiciones existentes en el código (como sucede con el artículo 115 del Código Penal). Así, conforme a la definición del artículo 56 del Código Penal, puede decirse que la tentativa está cimentada sobre la idoneidad y univocidad de los actos dirigidos a cometer el delito, es decir, sobre el peligro de lesión del bien jurídico, y que por tanto *se abandonó el principio de ejecución*, pues este principio no aparece en la redacción de este<sup>463</sup>.

BETTIOL por su parte considera, al igual que Petrocelli, que en un Estado donde prime el orden, el fundamento de la punibilidad de una conducta, no es solamente la efectiva lesión de un bien jurídico, sino también como sucede con la tentativa, la puesta en peligro del bien jurídico, la *potencialidad del riesgo* para de los bienes jurídicos que resultan necesarios para la vida social, resultando esencial entonces el castigar la acción humana cuando con ella se pone en riesgo un bien jurídico protegido.<sup>464</sup> Pero aclara el mismo autor que lo que es punible, censurable, castigable es la acción humana peligrosa, dicha *peligrosidad puesta en marcha*, no la persona, pues una tal precisión resulta del todo relevante, ya que el castigar la acción propiamente dicha o la persona, responde a modelos penales totalmente diferentes, finalista o teleológica, ó, un modelo penal etiológico<sup>465</sup>.

Por tanto, explica BETTIOL, si la acción es síntoma de una peligrosidad, debe ser objeto de un sistema de defensa preventivo, criterio propio de la escuela positivista, por lo que resulta

---

<sup>462</sup> Refiere entonces el aludido autor, que un acto inminente pero sin eficiencia respecto a la lesión del bien al que el acto tiende, no hace sufrir peligro alguno al bien protegido, es decir, no produce daño inmediato, por lo que incriminar un acto así, es tener en cuenta sólo el daño mediato del acto, y no la aptitud de lesionar el derecho o bien jurídico protegido, como debe ser. RUSSO PEREZ, A proposito di una nuova formola per distinguere gli atti esecutivi dai preparatorii – note critiche, Palermo, Litografía A. Amoroso, Corso V.E.367, 1909, P.18.

<sup>463</sup> PETROCELLI, Il Delito Tentato, cit, P

<sup>464</sup> BETTIOL, Diritto Penale, P. 439. PULITANO DOMENICO, Diritto Penale, Terza Edizione, Giappichelli Editore, Torino, P.451.

<sup>465</sup> BETTIOL GIUSSEPE, Diritto Penale, P. 440



inútil diferenciar entre un delito tentado con medios idóneos, y un delito tentado con medios inidóneos, pues lo realmente relevante es la peligrosidad que reviste el delincuente<sup>466</sup>.

Otros autores como FIANDACA, con un argumento fundado en la existencia de un criterio de política criminal, consideran que la tentativa punible encuentra su fundamento en la necesidad de prevenir la puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos, lo cual denota una preferencia por la teoría objetiva desde este punto de vista, pues se ajusta en mejor manera a un derecho penal de acto como el que se ostenta actualmente<sup>467</sup>.

ANTOLISEI también considera que el fundamento de incriminación del delito tentado está dado en la puesta en peligro del bien y en la voluntad criminal entendida como síntoma de peligrosidad del agente, en tanto que su comportamiento es una clara afrenta contra la ley que no puede ser permitida por el Estado, por su naturaleza desordenada, antisocial. Con este entendimiento, es que se justifica dar el mismo trato tanto al delito consumado como al delito tentado,<sup>468</sup> pues, además de que en la tentativa hay una clara expresión o exteriorización de la intención delictiva, la misma conlleva un doble prejuicio, pues, por una parte, afecta, molesta al sujeto pasivo de la conducta, y por otra, produce una alarma social en el medio en el cual se produce la conducta criminal.<sup>469</sup>

Por tal razón, tanto en el delito consumado como el delito tentado tienen una incidencia directa en los bienes jurídicos que se quieren proteger, y en ese orden de ideas los dos logran afectarlos, bien en mayor o menor medida, cuando su afectación es mayor, su punibilidad responde en igual proporción, y cuando es menor como sucede con la tentativa, su punibilidad también lo es.

---

<sup>466</sup> BETTIOL GIUSSEPE, *Diritto Penale*, P. 440

<sup>467</sup> FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, *Diritto Penale*, Cit. P.478. En el mismo sentido autores como CADOPPI también consideran que el fundamento de la punibilidad es la de prevenir la exposición al peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley, siendo esta entonces la razón de que los actos sean idóneos y dirigidos unívocamente hacia la consumación del delito. CADOPPI Alberto, VENEZIANI Paolo, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale*, Terza Edizione, CEDAM, P.404

<sup>468</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, CONTI LUIGI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Guffré Editore, 2.000, P.261

<sup>469</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, CONTI LUIGI, *Istituzioni di Diritto Penale*, P. 261

### 3. Teorías subjetivas:

Con esta denominación se cataloga las diferentes tesis que centran el fundamento de la punibilidad de la conducta tentada en la manifestación clara de una *intención criminal* a través de diferentes actos exteriores<sup>470</sup>; por tanto, no es relevante si existió o no un riesgo efectivo para el bien jurídico, esto es, no resulta relevante penalmente hablando si la tentativa es idónea o inidónea<sup>471</sup>, pues lo que resulta relevante es la clara manifestación de querer actuar en contra de la ley, y por ende lo que se debe castigar es la conducta rebelde<sup>472</sup>, que pone en riesgo a la sociedad.

Conforme lo ilustra CARRARA, esta teoría parece tener su génesis en la *escuela francesa*<sup>473</sup>, la cual castigaba la malvada o perversa intención, manifestada en actos exteriores, y que se mostraba perseverante hasta el inicio de ejecución, por lo tanto, el acto no es lo que se debía castigar, pues el acto no era más que la prueba de la mala intención que es en últimas lo que se quiere castigar<sup>474</sup>.

---

<sup>470</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., P. 48

<sup>471</sup> RANIERI, Manual de Derecho Penal, Ob. Cit., P. 48

<sup>472</sup> GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Nel Diritto Editore, 2011, P.1117

<sup>473</sup> ALIMENA se cuestionaba si era lícito en el derecho penal, hablar de escuelas, y de la existencia de diferentes escuelas, pues PRUDHOMME, en su criterio uno de los criminalistas más importantes de la época, negaba no sólo la posibilidad de la existencia de diferentes escuelas, sino que resultaba absurdo además hablar de escuelas en el derecho penal, indicando para ello, que sería tanto como hablar de dos lógicas o dos aritméticas. Sin embargo, para el autor italiano, sí es válido hacer referencia a la existencia de escuelas, y de diferentes escuelas, pues las doctrinas pueden existir como si fueran círculos que teniendo presente su personalidad y su relación, son concéntricas, y a su vez excéntricas, y así sucesivamente interrelacionadas las unas de las otras, pero todas contenidas en un gran círculo máximo. Por tanto, existiendo una gran escuela, que viene siendo el círculo máximo, es posible que existan en su interior diferentes escuelas, que pueden tener un centro diferente, pero varias cosas en común, siendo excéntricas. Por ello considera acertado la afirmación de LUCCHINI cuando dice que no puede existir más que una escuela, la “escuela jurídica”, puesto que si el límite de la escuela es el mismo círculo del derecho, éste será el círculo máximo dentro del cual se desarrollarán otras escuelas. Dice entonces ALIMENA, que no existe en su criterio, sino una sola escuela, la *escuela jurídica*, dentro de las cuales no hay posibilidad sino para dos esferas más, la esfera que se hace llamar *escuela clásica*, y la esfera que se hace llamar *escuela crítica o positivista*. Si bien tal clasificación de la escuelas pudiera ser más amplia, en tanto que pueden existir tantas escuelas en cuantas soluciones existan, la misma está hecha según los problemas jurídicos centrales. ALIMENA BERNARDINO, Lo Studio del Diritto Penale nelle condizioni presenti del sapere, Prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale nella R. Università di Modena, 8 de marzo de 1900, Estratto dalla Rivista di Diritto Penale e Sociologia Criminale, Anno I, 1900, Fasc. 5-6, Pisa, Tipografi Editrice del Cav. F. Mariotti, 1900, P.8.

<sup>474</sup> CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, P.311.

La así llamada “*Scuola Positiva*” fue quien construyó el fundamento de la punibilidad sobre la intención criminal o *peligrosidad social*, siendo sus más ilustres representantes LOMBROSSO, FERRI y GAROFALO, quienes propugnaban por decir que el *delito era un fenómeno social* que debía estudiarse desde todas sus manifestaciones, negando el libre albedrío, por lo que el delincuente era un enfermo, pues ya venía predeterminado a delinquir por diferentes factores que concurrían, lo que le quitaba a la culpa el elemento moral y todo concepto de retribución a la pena, debiendo ser aplicadas medidas de seguridad. Por esta razón ante la agresión o peligro que significa el delito para la sociedad, se debe responder en defensa de la sociedad, pues lo que justifica la sanción penal es su falta de capacidad de adaptarse a vivir en sociedad<sup>475</sup>, su *peligrosidad criminal*<sup>476</sup>.

GAROFALO, uno de los más eximios representantes de esta teoría, en sus obras “*Il delitto come fenomeno sociale*” y “*La Criminologia*” expone su pensamiento, motivo por el cual resulta importante hacer una reseña y análisis de las ideas de este autor, no con el ánimo de hacer extenso el tema, sino de que se pueda entender mejor el enfoque de esta doctrina.

Comienza por decir que todos los grupos de personas o de sociedades, tienen la necesidad de establecer unas reglas que les permitan vivir en sociedad, existiendo dos reglas principalmente: 1) el respeto mutuo entre las personas, y 2) la libertad de cada uno en tanto no lesione la libertad de los demás, es decir, que nadie debe ser molestado en su vida pacífica y en el uso de las cosas obtenidas con su esfuerzo, siendo ésta la idea de justicia de una sociedad civilizada.<sup>477</sup>

Por tanto, el hecho que trastorna este fundamento, estos principios de la sociedad, es lo que él denomina como “*delito*”, por lo que la vulneración de cualquier otra regla de la sociedad será un acto deshonesto o desleal, o si es contra el Estado, será una contravención o delito

---

<sup>475</sup> GAROFALO considera que así como lo han hecho los naturalistas de la época, de comparar la sociedad con los organismos vivos como los animales o las plantas, la sociedad también es un organismo, dentro del cual el delito debe entenderse entonces como un fenómeno patológico de ella. Ver: GAROFALO RAFAELE, *Il delitto come Fenomeno Sociale*, Lucca Tipografia Editrice Alberto Marchi, 1899, P.323

<sup>476</sup> PAOLI GIULIO, Ob. Cit. P.224,227.

<sup>477</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Il delitto come Fenomeno Sociale*, Cit. P.325.

político<sup>478</sup>. Por tanto, considera que lo que es verdaderamente un delito, es la vulneración de los elementales sentimientos de benevolencia y justicia de una sociedad humana que ha salido del estado salvaje, es un acto que lesiona los pilares fundamentales del convivir social, por lo que considera la criminalidad como un “fenómeno patológico” de la sociedad<sup>479</sup>.

Por esta razón, considera que el delincuente en relación con los demás, tiene un sentido moral deficiente, su desarrollo moral es menor que el de los demás miembros de la sociedad, en una palabra son “*anormales*”<sup>480</sup>, condición esta que puede ser la consecuencia de una enfermedad tal como la locura, o estar neurótico, pues aceptando que puede estar físicamente bien, tal estado de anormalidad puede ser fruto de un mal funcionamiento de su cerebro, el cual hasta tanto no pueda ser sanado, no le permitirá al delincuente tener o comprender el sentido moral, y, si lo adquiriera, tal patología se lo sofocaría<sup>481</sup>.

GAROFALO responde a los postulados comunistas que señalaban como causa de la criminalidad, especialmente la de los delitos cometidos contra la propiedad (como el hurto) a las desigualdades económicas existentes, rechazando tal planteamiento, pues, la condición económica no era un factor que determinara la criminalidad por cuanto al hurto cometido por el pobre, le igualan los delitos cometidos por las otras clases sociales como el fraude, la falsedad y la bancarrota, siendo entonces tal realidad, prueba de que la criminalidad se debe a una **condición moral especial**, la “ausencia del instinto de probidad”<sup>482</sup> y la “indiferencia a tener una buena reputación”. Por tanto, considera que el delincuente al ser anormal, no tener el instinto de probidad, se convierte en un peligro social, pues al delinquir atenta contra los pilares elementales de una sociedad civilizada y, en consecuencia, esa la razón de ser de castigado<sup>483</sup>.

---

<sup>478</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Il delitto come Fenomeno Sociale*, P.325

<sup>479</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Ob. Cit.* P. 325

<sup>480</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Ob. Cit.* P. 326

<sup>481</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Ob. Cit.* P.326

<sup>482</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Ob. Cit.* P.328

<sup>483</sup> GAROFALO RAFFAELE, *Ob. Cit.* P.328

Ahora bien, refiere este mismo autor, que surge un problema en esta discusión, y es la relativa a la cantidad de pena frente a la cantidad de delito, pues ello tiene la mayor importancia, si se tiene en cuenta que para algún sector de la doctrina la cantidad de pena está relacionada con la gravedad de la conducta la cual está determinada por el daño, y por la alarma social, como sucede con la escuela italiana, y otros por la importancia del deber violado como la escuela francesa abanderada por Rossi<sup>484</sup>.

Frente a la gravedad del delito, considera que no es posible su determinación con el criterio del daño directo, pues dicho criterio se torna insuficiente cuando se trata de tentativa, ya que no existiendo un daño como tal, se ven forzados a olvidarlo, pues deben hacer uso de otro elemento como es el riesgo o peligro generado con el delito, daño indirecto, sin que tampoco expliquen, quienes usan éste último, porqué razón ya habiendo desaparecido el peligro, sea el fundamento para establecer la gravedad del delito. Pero si se revisara la alarma social para establecer la gravedad del delito, tampoco sería suficiente, pues ello dependería de diferentes circunstancias de tiempo y lugar, y por tanto la gravedad del delito dependería de la consideración social o popular de lo que es peligro, es decir por la alarma social y no por el verdadero importe de peligro que revista el delito como tal, razón por la cual el peligro pasado no sirve sino en cuanto se convierte en un factor que permite establecer el peligro futuro<sup>485</sup>.

Ahora bien, siguiendo con esta línea de pensamiento, GAROFALO para defender sus posturas en relación con la tentativa, frente a la que él denomina escuela jurídica dominante<sup>486</sup>, hace un breve análisis de las teorías existentes, señalando que “*doctrina objetiva*” desarrollada en Italia y Alemania, fundamenta la punibilidad de la tentativa en la intención que se ha materializado en parte, es decir un fragmento del delito, el “*aspecto objetivo*”. Luego como sucede en Francia y en Italia, es necesario que exista un principio de ejecución del acto criminal que tenga la capacidad de producir la conducta criminal o

---

<sup>484</sup>GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P. 279

<sup>485</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.279

<sup>486</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.291

delito, lo cual entonces excluye la posibilidad de castigar aquellas conductas inidóneas para la comisión del delito<sup>487</sup>.

No es importante entonces para esta doctrina, según este mismo autor, si el agente es inmoral o peligroso, pues lo realmente importante es la peligrosidad del hecho, que al acto desplegado le sea inherente la peligrosidad, y concomitante con ello también la del agente<sup>488</sup>.

Ahora bien, señala que, como antítesis de esta doctrina de la tentativa, se encuentra la “teoría subjetiva” sostenida por algunos alemanes, que es para GAROFALO la realmente verdadera, pues cuando se habla de tentativa, lo que realmente tiene importancia es la intención, pues cuando con la conducta desplegada no hay daño, sólo queda la intención como factor de punibilidad, de castigo. Refiere que el acto sólo tiene relevancia, en tanto que es la expresión de la voluntad<sup>489</sup>. Indica por tanto, que ningún acto humano se despliega sin una intención, motivo por el cual no tiene sentido dejar impunes los hechos realizados con intención criminal, esto es, de cometer un delito, aún, cuando no se haya logrado el mismo, pues la no realización es un tema referido a la falta de previsión del agente, con relación al propio acto desplegado, o bien, con relación a la inidoneidad del medio<sup>490</sup>.

Por tanto, para la doctrina subjetiva lo que hay que tener en cuenta o realmente importante es si la conducta criminal se ha manifestado de una forma “no dudosa”, y posteriormente si dicha conducta era en sí misma peligrosa, ya que la maldad que no se ejecuta no conlleva el reproche de la social. Así entonces, lo verdaderamente relevante para la punibilidad de la tentativa es la existencia de una determinada resolución criminal, pues esto es suficiente para que se pueda establecer el peligro futuro para la sociedad<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.291

<sup>488</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.292

<sup>489</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.292. Refiere el autor italiano, que defienden esta doctrina los alemanes Herz, Schwarze, Von Buri, Liszt.

<sup>490</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.293

<sup>491</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.295

Critica a la doctrina objetiva, cuando en relación al *iter criminis*, justifica la mayor o menor cantidad de pena sobre la base de la cercanía con el último acto ejecutivo, es decir, sobre la consecución de la última fase del *iter criminis*, esto es, la consumación o grado de aproximación a la consumación del delito, ya que no resulta admisible que la punibilidad esté dada por la ofensa o el grado de ofensa que se generó en la víctima, pues ella debe descansar sobre el peligro que reviste el agente para la sociedad, por lo que ninguna importancia tiene que el delito se haya consumado o se haya frustrado, por lo que resultan inútiles las fases del *iter criminis* en punto de determinar la punibilidad de la tentativa.<sup>492</sup>

Tacha la teoría objetiva de ser un “falso progreso”, al castigar los actos ejecutivos y no los preparatorios en la tentativa, pues ello va en detrimento de la defensa social:

*“Esta teoría no representa otra cosa que un falso progreso , en perjuicio de la defensa social. La doctrina positivista, la cual, en este caso, está más cerca del derecho romano que la moderna escuela de los juristas , debe , por el contrario, afirmar : que la tentativa es punible, a pesar de la insuficiencia de los medios, cuando estos no prueban la falta de aptitud del agente; que los actos preparatorios pueden , en ciertos casos, ser considerados como una verdadera tentativa ; que el delito frustrado por azar debe ser castigado como el delito mismo consumado, y que la tentativa más remota debe ser castigada, en, ciertos casos , como el delito , y en otros casos, no debe ser castigada absolutamente.”*<sup>493</sup>

FLORIAN, a este respecto, también manifestó que el fundamento de la punibilidad de la tentativa es el *perigo*, la peligrosidad, pero no como lo refiere la doctrina objetiva en relación con el riesgo de lesión del bien jurídico, sino el peligro que reviste la personalidad del delincuente al manifestar su voluntad criminal, pero no una peligrosidad abstracta, objetiva como la expuesta por Liszt, sino una *peligrosidad subjetiva en concreto*<sup>494</sup> .

---

<sup>492</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.296

<sup>493</sup> GAROFALO RAFFAELE, La Criminología, P.301

<sup>494</sup> FLORIAN EUGENIO, Trattato di Diritto Penale, , Quarta Edizione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934, P.657.

Ahora bien, GRISPIGNI -otro de los más importantes representantes de esta corriente en Italia- también considera la peligrosidad social como el eje central del sistema penal, por cuanto es el criterio que estableció la ley para el uso de los poderes discrecionales del juez, sino también, sino que también es la base de otras instituciones del derecho penal, como la capacidad para delinquir y la habitualidad, la tendencia a delinquir, la profesionalidad del peligro, etc<sup>495</sup>.

Pero si la peligrosidad criminal es la base del sistema, ella es definida por este autor como “*la capacidad de una persona para transformarse con probabilidad de autora de delitos*” incluso va mas allá al definirla como un “*modo de ser*”, un “*atributo*”, una “*cualidad*” de la persona criminal, una condición psíquica que es la causa probable del delito, por tanto, la peligrosidad criminal es el estado de “*antijuridicidad*” del delincuente, y por ello dicha peligrosidad tiene como naturaleza jurídica la condición de la cual depende la medida y la pena<sup>496</sup>.

Para GRISPIGNI, la palabra “*peligro*” significa la *posibilidad de un acontecimiento temido*”<sup>497</sup>, pero para que dicha posibilidad de un evento que genera temor sea fundada, exige indispensablemente que esa posibilidad lo sea en gran medida, es decir en grado de probabilidad de realización del acontecimiento que se teme, por lo que la peligrosidad criminal consiste precisamente en que el evento que se teme es el delito futuro<sup>498</sup>. Quiere decir esto entonces, que la peligrosidad viene siendo un juicio de valor en grado de probabilidad, en el que se realizan un *diagnóstico* y un *pronóstico*, siendo el *diagnóstico* el análisis que se hace del agente criminal, que por sus condiciones psíquicas puede tildarse como peligroso; y un *pronóstico*, en tanto que tiene que preverse la posibilidad de que el sujeto pueda volver a delinquir, es decir el peligro futuro<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Derecho Penal Italiano, Volumen I, Las normas penales sintéticamente consideradas, Traducido de la 2ª edición original italiana, y anotado con la legislación y doctrina, de los países latinoamericanos, por ISIDORO DE BENEDETTI, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1949, P.88

<sup>496</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Derecho Penal Italiano, Volumen I, Las normas penales sintéticamente consideradas, P.89.

<sup>497</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P.93

<sup>498</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P.94

<sup>499</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P.95



Ahora bien, critica a BETTIOL, PETROCELLI y GEMELLI por defender el criterio del libre albedrío como nuevo fundamento de la pena insertado dentro del nuevo Código de Rocco, ya que no admiten la peligrosidad criminal como sustento de la pena, en tanto que para estos autores, no resulta admisible que la persona sea castigada por el riesgo futuro de volver a cometer un crimen, ya que los seres humanos precisamente por su libertad, por el libre uso de su voluntad en su comportamiento, resultan siendo los más imprevisibles<sup>500</sup>.

Se cuestiona entonces, como conciliar el libre albedrío con la peligrosidad criminal, si aspectos como los antecedentes penales o los factores hereditarios del delincuente, deben ser tenidos en cuenta por el juez, bien para imponer la pena en los imputables o la medida de seguridad de los inimputables, cuando el peligro futuro ya no sigue siendo la base del sistema. Y reafirma su crítica en el hecho de que el mismo Código de Rocco utiliza los criterios de peligrosidad y capacidad para delinquir, como si fueran criterios diferentes, cuando en el fondo tal diferencia no existe, si quien tiene capacidad de quebrantar la ley penal es alguien que constituye un peligro.<sup>501</sup>

GRISPIGNI para comprobar que es la peligrosidad social el sustento del sistema penal, y que ello es el fundamento de la pena, trae a colación en el capítulo treinta de la obra, la postura que tenía la magistratura en aquella época que ratificaba la doctrina subjetivista, basada sobre la alarma o peligro social, referenciando abundantes extractos jurisprudenciales en donde la Corte ponía como fundamento de la pena, la alarma social, como en este extracto citado en su obra: *“Continúa la Sentencia: “El Código conectándose con la tradición de ROMAGNOSI y CARMIGNANI, acogiendo en parte el desarrollo y los criterios de Escuela Positiva a la ciencia del derecho penal, reconoce a la función punitiva, fines de conservación y de defensa social en contra del peligro de nuevos delitos”*<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P.97

<sup>501</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P. 99. Conforme lo reseña en su obra, según estaba regulado en el proyecto del código se incluía que el juez al definir la pena debía tener en cuenta la perversidad y peligrosidad del culpable, y finalmente se substituyó por la capacidad para delinquir.

<sup>502</sup> GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P. 107. Según el autor este extracto es de la Sentencia es de la Sección I, 14 de noviembre de 1933, de la Corte de Casación, presidente Aloisi, Relator Toesca, Recurrente Gagnone, en “Annali” nov.1934, página 1260.

Así pues, este importante representante de la escuela positiva concluye que es el criterio de la *peligrosidad social*, no es sólo base de la imposición de las medidas de seguridad, sino más aún, la base del sistema criminal, pues tanto la ley, como la propia jurisprudencia así lo ratifican<sup>503</sup>.

La tentativa es punible, para un sector de la doctrina dentro de los cuales está el maestro MANZINI, porque constituye una *violación voluntaria de la ley penal*, cualquiera que sea el criterio político penal adoptado al momento de producirse la ley<sup>504</sup>.

MANZINI considera que la transición de los actos no punibles a los actos punibles se presenta cuando el agente comienza efectivamente la violación de una determinada ley penal, es decir, cuando pone en marcha un medio idóneo para producir el evento criminal, es decir, materializando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, se inicia la violación efectiva del precepto principal, o se materializa una circunstancia agravante del delito principal, etc.<sup>505</sup>

#### **4. Teoría mixta:**

BELTRANI afirma que existen diferentes posturas o teorías respecto a cuál es el verdadero fundamento de punir la conducta tentada, señalando que hay quienes consagran dicho fundamento en la necesidad de castigar el riesgo creado con la conducta (teoría objetiva), otros que lo edifican sobre la necesidad de castigar la intención dolosa de violar de la ley penal (teorías subjetivas), y un tercer grupo que estima que tal fundamento está en castigar las dos, es decir tanto el riesgo creado, como la intención criminal de violar la ley penal (teoría mixta), para salvaguardar de esta forma los principios de ofensividad y de culpabilidad<sup>506</sup>, siendo ésta última teoría con la que BELTRANI se identifica, por ser la que

---

<sup>503</sup>GRISPIGNI FILIPPO, Ob. Cit. P. 109.

<sup>504</sup> MANZINI VINCENZO, *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, Quinta Edizione aggiornata da Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, Volume Secondo, UTET, P.474

<sup>505</sup> MANZINI VINCENZO, *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, Quinta Edizione aggiornata da Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, Cit. Pag.484.

<sup>506</sup> GAROFOLI ROBERTO, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, IV Edizione, Giuffré Editore, P.787

se desprende el código penal vigente<sup>507</sup>, la más seguida en el campo internacional según RIZ<sup>508</sup>.

RANIERI coincide con esta apreciación, pues la razón de ser de castigar la tentativa reside en la necesidad de sancionar no sólo el peligro o riesgo al que fue expuesto el bien jurídico protegido, sino también el dolo con el que actuó el agente, su perversa intención delincencial, las cuales evidencian una clara *capacidad de delinquir*, lo que permite entender que la naturaleza jurídica de la tentativa, está definida por un parte en que el hecho objetivamente es incompleto, pero es completo desde el punto de vista subjetivo<sup>509</sup>.

PAGLIARO, por su parte, considera que ninguna de las dos teorías existentes, esto es la objetiva y la subjetiva, pueden admitirse individualmente consideradas como el fundamento de la tentativa punible, pues contrario a quienes defiende una y otra, son tanto la manifestación de la voluntad criminal como la puesta en peligro del bien protegido, los dos fundamentos de la tentativa punible, por lo que no puede excluirse ninguno de los dos, ya que de hacerlo se impediría la correcta comprensión de esta forma de manifestación del delito<sup>510</sup>.

MANTOVANI afirma que el fundamento de la punibilidad se encuentra en el artículo 56 del Código Penal, que armonizó los principios de subjetividad, materialidad – ofensividad,

---

<sup>507</sup> BERLTRANI SERGIO, *Il Delitto Tentato*, Parte generale e parte speciale, CEDAM, 2003. P.5,6. Frente a éste punto indica Beltrani que tanto Petrocelli como Bettiol se identifican con la teoría objetiva, en tanto que Scarano con la subjetiva y el ilustre Mantovani con la teoría mixta.

<sup>508</sup> RIZ, *Lineamenti di Diritto Penale*, Ob. Cit. P.343.

<sup>509</sup> RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit., P. 51. Dice también el referido autor, que frente al fundamento de la punibilidad de la tentativa, esta reside en el *peligro que revela*, pues 1) la tentativa es una figura extensiva de las normas incriminadoras principales, que permite castigar conductas que en principio no quedarían comprendidas por no alcanzar la consumación, pero que si fueron realizadas, 2) porque cuando la normas del artículo 56 hacen referencia a la idoneidad de los actos y que los mismos estén dirigidos de forma no equívoca a cometer un delito, necesariamente apuntan al concepto de *peligro* del bien jurídicamente protegido, 3) porque si no existiera el riesgo de lesión del bien jurídicamente tutelado, no sería punible la tentativa, 4) porque la tentativa debe entenderse como un delito autónomo si se tiene en cuenta que en ella también confluyen los elementos propios del tipo penal principal, y 5) porque si fuera castigada la tentativa sin tener en cuenta el tipo penal principal no podría valorarse ni la capacidad para delinquir ni el peligro que revestiría el agente conforme a lo estipulado en el artículo 133 del C.P. (RANIERI, *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit.P.52,53)

<sup>510</sup> PAGLIARO ANTONIO, *Trattato di Diritto Penale*, Il reato, Giuffrè Editore, 2007, P.345

y legalidad<sup>511</sup>, la necesidad de i) castigar tanto la manifestación de la voluntad criminal, como ii) la puesta en peligro de bien jurídico tutelado, pues como todo delito, el delito tentado, está compuesto por un elemento objetivo y un elemento subjetivo.<sup>512</sup>

Por su parte, CADOPPI también indica que la razón de ser de la punibilidad de la tentativa no es sólo la de castigar aquellos actos que han creado un peligro real, sino aquéllos que a pesar de no haber producido una lesión, mostraban intención del agente conforme al juicio de una persona normal<sup>513</sup>.

Ahora bien, si el legislador italiano optó por un sistema mixto desde donde se justifique la figura de la tentativa, surge el problema de qué delitos pueden ser tentados y cuáles no, pues si el principio de legalidad significa la existencia previa del delito en la ley, necesariamente por respeto a tal postulado, también deberían estar consagrados los delitos tentados.

Lo primero que debe advertirse es que el código penal sólo contempla las normas principales, es decir, consagra los tipos penales en su modalidad consumada, por lo que excluye en su redacción, la posibilidad de una circunstancia diferente como lo sería la tentativa, y ello tiene una razón de ser que lo justifica, y es que el principio de taxatividad, impone la descripción clara y precisa de la conducta típica, y por tanto, le da un carácter rígido y no elástico<sup>514</sup> a la norma, que no permite incluir hechos o circunstancias no descritas en el tipo penal.

Por tanto, la forma en que el legislador consideró apropiado contemplar la comisión de una conducta punible con una consecuencia diferente a la consumación, fue con la creación de una norma de carácter complementario, que teniendo sus propios elementos, permitiera la sanción de aquéllos comportamientos que habiendo sido ejecutados no alcanzaron el

---

<sup>511</sup> MANTOVANI FERRANDO, *Diritto Penale*, P.436. Sobre este aspecto refiere que el sistema mixto acogido por el legislador italiano, en nombre de la teoría objetiva, exige el requisito de la idoneidad y univocidad de los actos, y en nombre de la teoría subjetiva se consagra la punibilidad de la tentativa.

<sup>512</sup> MANTOVANI FERRANDO, *Diritto Penale*, P.437.

<sup>513</sup> CADOPPI ALBERTO, CANESTRARI STEFFANO, MANNA ADELMO, PAPA MICHELE, *Trattato di Diritto Penale, Parte Generale II, Il Reato*, UTET Giuridica, P.889.

<sup>514</sup> BETTIOL GIUSEPE, *Ob.Cit.*

umbral de la consumación, pero en el que se desplegaron actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, es decir, sólo alcanzaron el nivel de la tentativa.

Es ésta la razón de ser del artículo 56, cumplir una función integradora, o en términos de ANTOLISEI tener una *efficaccia estensiva*<sup>515</sup>, tanto de la punibilidad como de la norma incriminadora principal, razón por la cual la tentativa sólo puede existir en la medida en que exista una norma incriminadora principal, siendo entonces el resultado de la combinación de dos normas, el tipo penal propiamente dicho o norma principal y la norma extensiva, las cuales dan vida a un nuevo tipo penal<sup>516</sup>.

Podríamos entonces plantear la siguiente fórmula, en donde TN es tipo penal nuevo, N1 norma incriminadora principal, y N2 norma incriminadora secundaria o extensiva (tentativa): **N1 + N2 = TN**

$\begin{array}{ccccccc} \text{Homicidio} & + & \text{Tentativa} & = & \text{Homicidio Tentado} \\ \mathbf{N1} & & + & & \mathbf{N2} & = & \mathbf{TN} \end{array}$
--

Significa lo anterior, que tal y como lo ilustra RAMACCI, para que la tentativa pueda ser aplicada, o mejor, para que pueda decirse que una conducta punible quedó en grado de tentativa, la misma debe ser aplicada con referencia o relación a la conducta principal, de tal suerte que se pueda deducir el tipo penal de la dirección inequívoca de los actos cumplidos o ejecutados, lo que conlleva necesariamente entonces que los actos deben poder ilustrar por sí mismos cuál era la conducta criminal que quería realizar, al punto que de no haberse impedido por una causa extraña o exterior al agente, el cumplimiento de la acción, o la verificación del evento, la conducta se hubiera imputado como consumada<sup>517</sup>.

<sup>515</sup> ANTOLISEI FRANCESCO, Istituzioni di Diritto Penale, Giuffrè Editore, 2000, P.259

<sup>516</sup> BETTIOL GIUSEPE, Ob. Cit.P.442

<sup>517</sup> RAMACCI, Corso di Diritto Penale, Ob. Cit. P. 439.

Por este motivo, es que se afirma que el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política<sup>518</sup>, rige también para la tentativa, pues, la precisa determinación de la conducta que se castiga, debe estar previa, clara y taxativamente señalada en la ley aun cuando no haya alcanzado el grado de consumación, aspecto éste que sólo se logra en la tentativa, con la existencia de una norma incriminadora principal que permita identificar el bien jurídico ofendido con la puesta en peligro<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> “Art.25 Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.”

<sup>519</sup> RAMACCI, Corso di Diritto Penale, Ob. Cit. P. 439.

**PARTE II**  
**LA TENTATIVA EN COLOMBIA**

**CAPITULO I**  
**ANTECEDENTES HISTORICOS**

Cuando se habla del derecho penal en Colombia, debemos decir sin ambages que infortunadamente la existencia del mismo, no es producto de una construcción propia, sino que por el contrario, como con atinada razón el ilustre Profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ dijera en una conferencia en 1987<sup>520</sup>, *no tenemos un derecho penal nuestro, sino un derecho penal colonizado*<sup>521</sup> que haya sido el fruto de nuestra propia investigación, de nuestro propio desarrollo científico como lo hicieran los alemanes o los italianos, razón por la cual, el derecho penal que tenemos ha sido trasplantado a nuestro país, nos ha sido “impuesto” por “una cultura llamada occidental” para utilizar la expresión del ilustre Maestro<sup>522</sup>.

Por ello se dice que en latinoamérica y más concretamente en Colombia hay *un derecho penal colonizado*<sup>523</sup> así como también la existencia de un concepto de *bien jurídico colonizado*<sup>524</sup>, fruto en parte, precisamente del fenómeno de la Conquista por parte de uno

---

<sup>520</sup> Conferencia realizada en la conmemoración del primer sesquicentenario del Código Penal de 1837 en la Biblioteca Luis Angel Arango de Bogotá, el 26 de junio de 1987. VELÁSQUEZ V. Fernando, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. Revista Foro Penal No.38, 1987, P.427. De la misma opinión es HURTADO POZO respecto al derecho penal del Perú, pues el mismo también ha sido traído fruto de la conquista española, y de futuras influencias extranjeras que obligan su estudio. HURTADO POZO JOSÉ, Manual de Derecho Penal, EDDILI, 2ª Edición, Lima, 1987, Prólogo a la Primera Edición.

<sup>521</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un “Diritto Penale Colonizzato”: Il Caso Colombiano, L’Indice Penale, Nuova Serie Anno XIV – N.1, Gennaio – Giugno 2011, P.383-443.

<sup>522</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. Ob. Cit. P.427

<sup>523</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano, Rivista L’Indice Penale, Anno XIV, N.1, Gennaio – Giugno 2011, P.383-443.

<sup>524</sup> Si bien la expresión colonización es utilizada como un sinónimo de “conquista”, como el sometimiento por efecto de la *colonización*, RESTREPO RODRÍGUEZ, señala que el derecho penal colonizado debe entenderse como el intento de desarrollar un derecho penal *poscolonial*, basado en criterios metodológicos y

de los países europeos adscritos al *civil law*, como lo fue España, por otra por el auge del pensamiento liberal que irradió la revolución francesa a todo el continente europeo, así como también una posición de subordinación y de desigualdad económica de los países de América Latina frente a Europa y Estados Unidos.

Es así como en 1882 ante la necesidad de proferir una legislación penal por efecto del aumento en los desórdenes en el nacimiento de la nueva República, fruto de la gesta independentista que conllevó innumerables cambios políticos, y ante la falta de tiempo para el Congreso de poder preparar un proyecto de Código, se autorizó realizar uno con fundamento en los Códigos Penales Europeos, atendiendo incluso los criterios de la legislación Española, que infortunadamente por la Conquista, aún seguía teniendo influencia<sup>525</sup>.

Para apreciar mejor la evolución que ha tenido el derecho penal, y dentro de éste, la figura de la tentativa en Colombia, no puede pasarse por alto el contexto en el que tanto Europa como América estaban imbuidos para el siglo XIX en que se produjo nuestra independencia de la Corona Española, que como lo reseñara VON LISZT, la nueva concepción del mundo tuvo sus primeros pasos con la revolución científica de Copérnico, Kepler y Galileo (1543 - 1642), pues se empezó a tener una visión independiente de la teología, siendo el resurgimiento de la ciencia y la razón el segundo paso en la nueva visión del mundo<sup>526</sup>, que fue conocida como la época de *la ilustración*<sup>527</sup>, pues como bien lo dice FOUCAULT era la transición de la “*economía de castigo*”<sup>528</sup>, de grandes escándalos para la justicia de dicho tiempo, a *la época de grandes proyectos de reforma; una nueva teoría de la ley y del delito; nueva justificación moral o política del derecho de castigar; abolición de las viejas*

---

filosóficos. RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano, Ob. Cit., P.384

<sup>525</sup> GALVEZ ARGOTE CARLOS AUGUSTO, Siglo y medio de Codificación penal. Las motivaciones reales de los Códigos Penales Colombianos, Revista Foro Penal, No.38, 1987. P.452.

<sup>526</sup> VON LISZT FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Cit. P. 355

<sup>527</sup> BERNATE OCHOA FRANCISCO, El Código Penal Colombiano de 1980, Revista Estudio socio-jurídico, Julio – Diciembre de 2004, Bogotá, P.537.

<sup>528</sup> FOUCAULT MICHEL, Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión, Siglo Veintiuno Editores, Traducción de Aurelio Garzón del Camino, 2015.



*ordenanzas, atenuación de las costumbres; redacción de los códigos “modernos”*<sup>529</sup>, es decir, dentro de una nueva era para el derecho penal<sup>530</sup>, fuertemente influenciada por el auge del pensamiento liberal que cobró todo su vigor con la Revolución Francesa en 1789, de la cual se originó el primer catálogo de derechos humanos, la “*Declaración de los derechos del Hombre*”, que se convirtió en uno de los fundamentos del así llamado *derecho penal liberal*<sup>531</sup>, lo que también surtió sus efectos en la forma de concebir al Estado Colombiano como una República.

Así entonces se tiene que en la época de 1800, se dio la mayoría de las luchas de independencia de los países de América Latina, lo que en el establecimiento de las nuevas repúblicas, se tomaron en gran medida las legislaciones y normas existentes en el viejo continente, principalmente la más importante y desarrollada en ese momento como lo era la de la Escuela Clásica en Italia<sup>532</sup>, por lo que fueron casi que “copiadas” sus legislaciones con el fin de poder brindar de herramientas jurídicas a los nacientes Estados, que por efecto de la necesidad de costear las guerras independentista, sus economías quedaron bastante débiles, lo que forzó en gran medida a tener que trasplantar gran parte de la legislación, para que pudiera funcionar la nueva República como sucedió en Colombia.

Sin embargo una tal decisión terminó por desconocer nuestra realidad, cultural, económica, y social, pues no se tuvo en cuenta la enorme desigualdad que existía en términos no sólo económicos sino de derechos, pues, por efecto del periodo de la Conquista la esclavitud y la explotación del pueblo era que casi la regla general, lo que había dejado una enorme brecha entre un sector minoritariamente pudiente, y un sector mayoritariamente pobre y excluido de derechos como sucedió con los pueblos indígenas y de raza negra<sup>533</sup>.

---

<sup>529</sup> Algunos de los nuevos Códigos Penales expedidos en ese periodo fueron los de Rusia en 1769, Prusia en 1780, Pensilvania y Toscana en 1786, Austria en 1788, Francia en 1791, ver en FOUCAUT MICHEL, *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*, Cit., P.16. En el mismo sentido también se puede confrontar BERNATE OCHOA, *El Código Penal Colombiano de 1980*, Cit., P. 538

<sup>530</sup> FOUCAUT MICHEL, *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*, Cit. P.16

<sup>531</sup> COUSIÑO MAC IVER LUIS, *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, P.65.

<sup>532</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, *Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano*, Ob. Cit., P.402.

<sup>533</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, *Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano*, Ob. Cit., P.402.

Luego en el periodo de 1900, gracias al desarrollo de la Criminología como nueva ciencia a través de la cual se trató de explicar no sólo el crimen como fenómeno social, sino también el fundamento y límite de la punibilidad, se consolidó la así denominada *Escuela Positiva*, que fue de gran influencia en el nuevo Código Penal Italiano de 1930 o Código de Rocco, pero que sufre luego una fuerte decadencia y adquiere relevancia la doctrina alemana por efecto entre otras razones, de grandes obras de derecho penal y las traducciones al español de las obras de los grandes maestros del derecho penal alemán. Pero fue el Código Penal Tipo para América Latina<sup>534</sup> el que marcaría la clara adopción del pensamiento alemán en Latinoamérica.

### **1. El Código Penal de 1837:**

Luego de la independencia de Colombia de la corona española en 1810, en el gobierno del General Francisco de Paula Santander se elaboró el primer Código Penal o llamado también “Código de Santander”, el cual fue sancionado por su sucesor José Ignacio de Márquez en 1837, el cual entró a regir en 1838, codificación compuesta por 919 artículos, influenciada totalmente por el derecho penal español y francés, que tuvo entre sus principales reformas a la legislación española que regía como consecuencia de la conquista, la eliminación de la pena de muerte, codificación ésta que regiría hasta 1936, cuando fue reformado<sup>535</sup>. Sin embargo, no sólo el derecho francés y español tuvieron influencia en el pensamiento e ideología de la época, sino como también lo refieren otros autores<sup>536</sup>, en gran manera la Escuela Clásica Italiana<sup>537</sup>, también el pensamiento inglés de Jeremías Bentham, de quien

---

<sup>534</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, *Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un Diritto Penale Colonizzato: Il Caso Colombiano*, Ob. Cit., P.404.

<sup>535</sup> El Código como se refirió arriba, además de los 919 artículos, estaba compuesto por cuatro libros: 1) De los delitos y de las penas en general, 2) De los delincuentes y del modo de graduar los delitos y aplicar las penas, 3) De los delitos y culpas contra la sociedad y de sus penas, 4) De los delitos y culpas contra los particulares y de sus penas. GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique, *El Código Penal de 1837*, Revista Foro Penal No.38, 1987, P.424 y 425.

<sup>536</sup> MARQUEZ ESTRADA, José Wilson, *Control Social y Construcción del Estado*, *El Código Penal de 1837 y su influencia en la Legislación Criminal del Estado Soberano de Bolívar de 1870-1880*, Revista Historia Caribe, Volumen VI No.18, Enero – Junio de 2011, P.70

<sup>537</sup> La denominación de “Escuela Clásica Italiana”, es atribuida a Enrico Ferri, quien la “utilizó en un sentido despectivo para englobar a todos los autores que, con anterioridad a la aparición del Positivismo criminológico, se habían ocupado de problemas jurídico-penales”. Cfr. BERDUGO GÓMES DE LA TORRE

se dice fue incluso amigo del libertador Simón Bolívar, referido por Nariño, y también por Santander, en tanto que promovieron el estudio del derecho y del filósofo inglés<sup>538</sup>.

El artículo 11 del Código Penal de la época reglaba la figura de la tentativa de la siguiente manera:

“La tentativa de un delito es el designio de cometerlo manifestado por algún acto exterior (sic) que prepare la ejecución (sic) del delito ó dé principio a ella”.

La composición que tenía en aquella primigenia codificación la tentativa se componía de los siguientes elementos: i) el *designio de cometer un delito*, ii) la *manifestación a través de un acto exterior*, iii) *para preparar la ejecución* ó iv) *dar principio a ella*. Esta estructura por una parte dejaba claro que sólo se configuraba la tentativa en los *delitos*, y por otra suponía varios problemas nada fáciles de resolver, pues fijaba la línea de punibilidad no sólo en los actos ejecutivos sino en los actos preparatorios mismos, lo que denotaba el tinte mucho más peligrosista de aquél derecho penal, por cuanto era mucho menos exigente el legislador en términos del carácter mismo de la acción desplegada, pues sólo era necesario la *manifestación de algún acto exterior*, con lo cual, cualquier acto indeterminado podría tenerse como punible, por lo que la valoración terminaba siendo excesivamente subjetivista, pues dependería de la visión del juez el que un acto fuera, o un acto preparatorio de la ejecución de un delito, o un acto ejecutivo de un delito.

De igual forma, tal estructura generaba un problema aún mayor, pues si también eran punibles los actos preparatorios, resultaba casi que inútil la discusión respecto a la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, pues lo que justifica su debate, es precisamente el límite de punibilidad de los actos en el desarrollo de la acción criminal en la tentativa, para poder saber a partir de qué momento un acto deja de ser punible, es decir, cuando ha dejado de ser preparatorio para ser ejecutivo, pues, no existe discusión alguna en que, que la fase de ideación, es decir, las intenciones, los pensamientos no son punibles, de suerte entonces que fijar el principio de ejecución como límite de punibilidad,

---

IGNACIO y otros autores, Curso de Derecho Penal Parte General, Coordinador Cristina Rodríguez Yagüe, Ediciones Experiencia, S.L, Barcelona, 2004, P.106

<sup>538</sup> ROMERO SOTO, Luis Enrique, El Código Penal de 1837: Marco histórico de su vigencia, Revista Foro Penal No.38, 1987, P.414.

para de todas formas también punir los actos preparatorios resulta ser a todas luces contradictorio y peor aún confuso, pues termina equiparándolos, cuando ni siquiera en la realidad pueden identificarse como iguales<sup>539</sup>.

Ahora bien, el artículo 12 consagraba lo referente a la pena consagrada para la tentativa, el artículo 13 consagraba las figuras del *desistimiento voluntario* y *el arrepentimiento activo*, y el artículo 14 la aplicación de la pena para los actos preparatorios para la ejecución o los ejecutivos de un delito, aunque esos actos tuvieran por sí solos otra pena.

Con posterioridad a esta codificación fueron expedidas las Constituciones de 1843 y 1853, última que dio inicio al Estado Federado, permitiendo entonces la creación de varios Estados, dentro de los cuales se destaca el Estado del Cauca que -junto con el Estado Soberano de Antioquia- promulgaron en 1867 su propio Código Penal, seguido del llamado Estado Soberano de Bolívar que expidió en 1872 su propio Código Penal<sup>540</sup>, año en el que también se promulgó la Constitución de Rionegro y que abrió la posibilidad de la expedición de un nuevo Código Penal en 1873, posteriormente derogado por Código de 1890 que restableció entre otras cosas, la pena de muerte<sup>541</sup>.

## **2. El Código Penal de 1890:**

Este Código tuvo como antecedente la propuesta hecha por Demetrio Porras, Consejero de Estado, quien se inspiró en los proyectos de Código Penal italianos de Mancini y

---

<sup>539</sup> A demás, el artículo 11 de la misma codificación consagraba que la proposición hecha pero no aceptada para cometer un delito, no sería castigada, resultando entonces a todas luces contradictoria tal disposición con el artículo 5º de la tentativa, en la que como se anotó en precedencia, castigaba también los actos preparatorios. CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, 3ª Edición, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, Librería Paul Ollendorf, 50 Chaussée D'antin 50, Paris P.64.

<sup>540</sup> MARQUEZ ESTRADA, José Wilson, Control Social y Construcción del Estado, El Código Penal de 1837 y su influencia en la Legislación Criminal del Estado Soberano de Bolívar de 1870-1880, Revista Historia Caribe, Volumen VI No.18, Enero – Junio de 2011, P.77,78.

<sup>541</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. Revista Foro Penal No.38, 1987, P. 433.

Zanardelli, y el proyecto español de Francisco Silvela<sup>542</sup>, logrando sólo redactar la parte general del Código por cuanto sobrevino la muerte de su autor, lo que llevó al gobierno de la época a disponer su continuación, recomendando dicha labor a otro Consejero de Estado, Juan Pablo Restrepo, quien desechó lo realizado por su predecesor y simplemente recopiló la normatividad existente desde 1837, por cuanto estimó la urgencia de revisar lo existente y compilarlo en forma de Código, proyecto que fue aprobado sin discusiones en el Congreso<sup>543</sup>.

Hechas las anteriores precisiones, es menester revisar la definición que el Código de 1890 consagró sobre la tentativa en el artículo 5°:

*“La tentativa de un delito es el designio de cometerlo, manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o dé principio a ella, sin llegar a constituir delito frustrado.”* (Subrayas fuera del original)

De igual manera, definía el delito frustrado en el artículo 4° de la siguiente forma:

*“Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpado con el intento de cometerlo son, por su naturaleza suficientes, para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad.”* (Subrayas fuera del original)

Como se observa, el Código de 1890 conservó las mismas definiciones del primer Código respecto a la tentativa, las figuras de *conspiración o conjuración*<sup>544</sup>, el *delito frustrado*<sup>545</sup> y el *desistimiento voluntario*<sup>546</sup>. También aquella codificación sólo se refería al delito como única conducta criminal, distinguiendo al igual que en el Código Italiano de Zanardelli, el *delito tentado, imposible* y el *delito frustrado*, como formas distintas en las cuales no se perfeccionaba el delito, pero que fueron objeto de críticas por cuanto en la práctica

---

<sup>542</sup> SALAZAR CÁCERES, Carlos, Breve Historia del Derecho Penal Colombiano, en Revista *Principia Iuris*, ISSN Impreso 0124-2067, En Línea 2463-2007 Julio – Diciembre 2016, Vol.13, No.26, P Ob. Cit. P.44.

<sup>543</sup> SALAZAR CÁCERES, Carlos, Breve Historia del Derecho Penal Colombiano, Cit., P.45

<sup>544</sup> Artículo 6. La conjuración o conspiración de un delito consiste, en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo.

<sup>545</sup> Artículo 4. Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpado, con el intento de cometerlo, son por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas, o accidentes independientes de su voluntad.

Artículo 7. El delito frustrado es penado en todo caso, y se le aplicarán las dos terceras partes de la pena que merecería el delito si se hubiera consumado.

<sup>546</sup> Artículo 10. La conjuración o conspiración no se castigará en caso de desistimiento voluntario.

resultaba casi que imposible poderlos distinguir, lo que motivó a que se propusiera por la doctrina de la época, una regla para diferenciarlos: “*no hay delito frustrado o tentativa sino delito imposible cuando no hay manera de cometerlo porque no existe el objeto del delito, ó porque con los medios empleados, ningún individuo, en las mismas condiciones, habría podido consumir el hecho*”<sup>547</sup>.

Así pues, dicha codificación fue objeto de las más fuertes críticas, pues estaba plagado de serias incongruencias y contradicciones, lo que era apenas lógico, si se tiene en cuenta que no fue el producto de un estudio serio, científico como venía desarrollándolo su primigenio autor, sino que lastimosamente para el país fue tan sólo fue una recopilación de normas condensadas en una sola codificación<sup>548</sup>.

Posteriormente, en el año 1910 por efecto de los cambios políticos de la época, se quiso hacer un nuevo proyecto de Código Penal que respondería adecuadamente a las situaciones del momento, por lo que en 1912 fue realizado un nuevo proyecto por JOSÉ VICENTE CONCHA, que se confeccionó sobre el Código de Zanardelli, es decir, el Código Penal Italiano de 1890, el cual por diferentes circunstancias, nunca fue aprobado, pero ya finalmente en 1936 fue expedido un nuevo Código Penal, que entró en vigencia el 1° de julio de 1938, normativa con la cual se esperaba poder colmar las expectativas que traía la así llamada “*revolución en marcha*” del Presidente López Pumarejo<sup>549</sup>.

Pero a pesar de la inexistencia de un derecho penal propio, se encuentra la obra del ilustre JOSE VICENTE CONCHA de 1896 que quizás sea la primera obra que procuró realizar un estudio de la ciencia penal europea con fines académicos para nuestro país, y con quien se dio inicio a la *época clásica* del derecho penal, que dura hasta 1936 cuando fue expedido el nuevo Código Penal altamente influenciado por el positivismo jurídico italiano<sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, Ob. Cit. P.64.

<sup>548</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, Librería Jurídica COMLIBROS, Bogotá D.C., 2009, P.425.

<sup>549</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, Librería Jurídica COMLIBROS, Bogotá D.C., 2009, P.434.

<sup>550</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. P.433

### 3. Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936):

La expedición del nuevo código como se dijo en precedencia, estaba influenciada en su momento por el *positivismo jurídico*<sup>551</sup> de Ferri que se fundamentaba no sólo en la defensa social, sino también en fundamentar la pena sobre el peligro social que revestía el delincuente, lo cual podía constatarse con hechos como la expedición de la Ley 69 de 1928 “ *por la cual se dictan algunas disposiciones sobre defensa social*”, que tipificaba conductas como la del artículo 1º, el “*reunirse o asociarse bajo cualquier denominación*”, lo cual denotaba la gran importancia que tuvo dicha escuela en Colombia, en donde Jorge Eliécer Gaitán, Carlos Lozano y Lozano, Luis Carlos Pérez, y Vicente Arenas fueron algunos de sus principales representantes, debido a que algunos de ellos se formaron jurídicamente en Italia siendo influenciados por el pensamiento positivista, y que al haberse desempeñado como profesores de derecho penal en nuestro país, lograron un notable crecimiento de esta escuela italiana<sup>552</sup>.

Sin embargo el Código de 1936 tuvo un antecedente que fue el proyecto de código presentado en 1912 llamado “proyecto Concha”<sup>553</sup> por su autor, el cual estaba influenciado principalmente por la escuela clásica, proyecto que tan sólo fue aprobado en 1922, pero que se prorrogó su entrada en vigencia hasta 1925, para que fueran tenidas en cuenta las nuevas concepciones italianas del derecho penal, motivando entonces la creación de una nueva comisión redactora denominada la “*misión italiana*”<sup>554</sup> que presentó un nuevo proyecto en 1927, pero que no logró su aprobación en el Congreso, por las innumerables

---

<sup>551</sup> El positivismo jurídico en Colombia se inicia cuando J. Gutiérrez Gómez, quien fue el Secretario de la Comisión Redactora del Código de 1936, y profesor de la Universidad Externado, publica sus comentarios al Código Penal en 1940, y quien fue seguido por el gran Luis Carlos Pérez profesor de la Universidad Libre, con su libro Nuevas Bases del Derecho Criminal. GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano – Perspectiva Histórica del Derecho Penal en Colombia, en Revista Diálogos y Saberes No.24, Enero – Junio de 2006, P.98

<sup>552</sup> GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano – Perspectiva Histórica del Derecho Penal en Colombia, en Revista Diálogos y Saberes No.24, Enero – Junio de 2006, P.98

<sup>553</sup> GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano, *Ibíd*em, P.97

<sup>554</sup> Así se conoció la Comisión técnica conformada por tres funcionarios italianos, que fue contratada por el gobierno de Abadía Gómez, y la cual estaba presidida por Antonio Córdova, Magistrado del Tribunal de Palermo, Della Vechia y Ghedini. VELASQUEZ V. FERNANDO, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P.429.

críticas que tuvo, entre otras la referida por el maestro VELÁSQUEZ citando a Jiménez de Azúa: “*jamás debe encomendarse la reforma legislativa de un país a los extranjeros*”<sup>555</sup>.

Años más tarde, ya en el gobierno del Presidente Olaya Herrera, fue creada nuevamente la *Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios*<sup>556</sup>, la cual estaba integrada entre otros, por quienes redactaron el proyecto de 1925 como Lozano y Lozano, Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón y Carlos V. Rey, quienes presentaron un nuevo proyecto de Código en 1935 y aprobado mediante la Ley 95 de 1936, el cual entró a regir hasta el 1º de julio de 1938.

Consagraba entonces el Código de 1936, la figura de la tentativa, el delito frustrado y el delito imposible en sus artículos 16, 17 y 18 de la siguiente manera:

*“Artículo 16. Al que con el fin de cometer un delito, da principio a su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, se le aplica una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado.”*

*“Artículo 17. Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, no se realiza éste por circunstancias independientes de la voluntad del agente, puede disminuirse la sanción señalada para el delito consumado hasta en una tercera parte.”*

*“Artículo 18. Si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36.”*

Es evidente entonces bajo esta nueva estructura, la marcada influencia del pensamiento italiano en punto de esta figura, pues se quiso implementar como “novedoso” el *principio de ejecución* consagrado en el Código de Zanardelli (1890), pero que ya había sido revaluado para ese momento por los propios italianos con el nuevo Código de Rocco (1930)<sup>557</sup>, al igual que las figuras del delito frustrado, delito desistido y delito imposible<sup>558</sup>.

---

<sup>555</sup> VELASQUEZ V. FERNANDO, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P.429.

<sup>556</sup> Dicha Comisión fue creada mediante la Ley 20 de 1933.

<sup>557</sup> Con la nueva estructura del artículo 56 del Código de Rocco, se abandonó el principio de ejecución, para dar paso a los *actos idóneos e inequívocos* como nuevo criterio de punibilidad de los actos.

<sup>558</sup> SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. Breve Historia del Derecho Penal Colombiano. En Revista Principia Iuiris, ISSN Impreso 0124-2067, En Línea 2463-2007 Julio – Diciembre 2016, Vol.13, No.26, P.47.



Sin embargo, un sector de la doctrina<sup>559</sup>, consideraba el Código de 1936 como ecléctico, pues no podía adscribirse únicamente al *positivismo jurídico*, ni tampoco a la *escuela clásica*, sino más bien a la denominada “*Terza Scuola*” en tanto que tenía normas de la escuela clásica y normas de la escuela positivista.

Frente a la figura de la tentativa, es evidente la nueva estructura que tenía el artículo 16, advirtiéndose un avance importante en la misma pues se suprimieron las expresiones “*prepare la ejecución*” y “*sin llegar a constituir delito frustrado*” que resultaban a todas luces contradictorias y confusas en su aplicación (como se indicó en el análisis de dicha disposición), construyendo una norma mucho más sencilla y coherente, en tanto que dejó los elementos más esenciales de dicha figura, i) la intencionalidad de cometer un delito, ii) el principio de ejecución y iii) la no consumación por hecho ajeno al agente.

Un sector de la doctrina, entre quienes estaba LUIS CARLOS PÉREZ, hizo fuertes críticas a las diferentes clases de tentativa que existían, como lo eran el *delito frustrado*, el cual no era posible diferenciar de la figura de la tentativa; el *delito desistido*, en el que al autor se le sancionaba de todas formas por los hechos cometidos en la medida en que los mismos pueda encuadrarse en tipos penales; el *delito imposible*, en el que los actos no resultaban idóneos para la comisión de la conducta o faltaban elementos propios del tipo, no tenía sentido la sanción de lo que no cumple el criterio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, elementos propios del derecho penal<sup>560</sup>.

Posteriormente, y por efecto de los cambios propios que se dieron en el derecho penal europeo (pues la escuela dogmática alemana se convirtió en los años cincuenta en la nueva tendencia del derecho penal, que revaluó los criterios de la escuela positivista), se intentó la creación de un Código Penal Tipo para Latinoamérica<sup>561</sup>, con claras inspiraciones del derecho penal alemán. Ante esta situación, Colombia nuevamente consideró necesario

---

<sup>559</sup> Dentro de los doctrinantes nacionales que afirmaba la adscripción de tal normativa penal a la Terza Scuola propuesta por Carnevale, Alimena e Impallomeni, se encontraba Jorge Restrepo Fontalvo, y el Maestro Reyes Echandía. SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. Breve Historia del Derecho Penal Colombiano, Ob. Cit. P.48

<sup>560</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob. Cit. P.367

<sup>561</sup> VELASQUEZ V. FERNANDO, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P.432.

hacer una reforma del Código Penal que se ajustara a los nuevos planteamientos de la escuela germana, la *dogmática jurídico penal*, que dio inicio en 1963 y que culminó con la expedición de una nueva normativa en 1980<sup>562</sup>.

#### 4. Código Penal de 1980. (Decreto 100 de 1980):

Ya en 1972, como consecuencia del pacto político llamado “Frente Nacional”<sup>563</sup>, el gobierno de la época -teniendo como base el Código Penal Tipo para Latinoamérica- expidió, no por vía legislativa, sino a través del Decreto 100 de 1980, un nuevo Código Penal, abandonando así en gran parte la doctrina italiana, para acoger preferentemente la doctrina alemana<sup>564</sup>, por lo que constituye una norma casi copiada de dicha legislación.

Uno de los grandes cambios dados con el nuevo Código Penal de la década del 80, fue que se abandonó el concepto de delito, como la única conducta susceptible de ser punible, pues se acogió el concepto de “*hecho punible*” para ilustrar que los hechos castigables, punibles, ahora se dividen en *delitos y contravenciones*<sup>565</sup>. Y concretamente frente a la figura de la tentativa, que es concretamente nuestro tema de interés, la misma se encontraba reglada en el artículo 22 de dicha codificación:

*“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.”*

---

<sup>562</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. P.435

<sup>563</sup> Fue un acuerdo político al que llegaron los partidos Conservador y Liberal para turnarse el poder entre 1958 y 1974, de suerte que un periodo gobernaba el partido conservador y otro el liberal, con el compromiso de nombrar no sólo la mitad del gabinete, sino también de todo el aparato estatal a los miembros del otro partido. MESA GARCÍA, Esteban, El Frente Nacional y su naturaleza antidemocrática, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.39, N.110, P. 159.

<sup>564</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, Librería Jurídica COMLIBROS, Bogotá D.C., 2009, P. 433

<sup>565</sup> Código Penal de 1980, Artículo 18. Los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones.

Se advierte sin lugar a dudas los cambios tan sustanciales que adquirió la nueva estructura de la tentativa, y el avance si se quiere en la “dogmática penal” nacional, pues se precisó de forma clara el *principio de ejecución* como el límite de punibilidad, pero se cambió la expresión *delito* que traían los códigos anteriores, por la expresión *hecho punible*, con lo cual el legislador quiso en esa nueva legislación extender la tentativa también a las contravenciones; se incluyeron también como nuevos criterios los “*actos idóneos*” y *actos inequívocamente dirigidos*”, criterios éstos incluidos por el Código de Rocco en 1930 en Italia, con los cuales se quiso reemplazar el principio de ejecución como límite de la punibilidad de la tentativa; y también fueron suprimidas las figuras de *tentativa imposible* por cuanto sancionar una conducta que adolece de uno de los elementos del tipo penal vulnera el principio de tipicidad, y de imponer una pena se debe imponer con fundamento en la peligrosidad que demostró el agente con su comportamiento, lo cual contraría el mismo derecho penal de acto adoptado desde 1991; y la *tentativa desistida*, por cuanto si no se impone pena alguna no tenía sentido describir conductas y hechos atípicos o impunes, y además porque de castigarse sólo podría por la conducta desplegada hasta el momento en que desistió, siempre y cuando dichos actos constituyeran por sí mismos otro delito, lo cual terminaba siendo inútil tal previsión<sup>566</sup>.

Sin embargo, dicho código fue duramente cuestionado por cuanto no fue una codificación que fuera eficaz desde el punto de vista de la utilidad de sus normas, ya que muchas de ellas no fueron nunca usadas, además de que no combatía en forma debida la realidad criminal existente de la época, que entre otras cosas, fue una de las más difíciles de nuestros tiempos, por fenómenos tan desastrosos como el narcotráfico, el terrorismo y el paramilitarismo, pues simplemente se expedían normas aisladas para contrarrestar cada una de ellas<sup>567</sup>.

## **5. Código Penal de 2000 (Ley 599 de 2000):**

---

<sup>566</sup> PABÓN PARRA PEDRO ALFONSO, Manual de Derecho Penal, Parte General – Parte Especial, Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2003, P.318

<sup>567</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P. 435

Varios factores influyeron en la necesidad de reformar el Código Penal de 1980, además de lo ineficaz que resultaba el mismo, pues en 1991 se expidió una nueva Constitución Política<sup>568</sup>, lo que forzaba necesariamente a revisar la legislación penal en tanto que con el nuevo modelo de Estado Social de Derecho, la legitimidad del derecho represor debía estar en consonancia, no sólo con las realidades sociales, económicas y políticas del país, sino con el nuevo modelo fundamental de corte garantista<sup>569</sup>, es decir, con lo que el derecho penal “*debe ser*” partiendo de la Constitución<sup>570</sup>.

Por tal razón, en 1997 se conformó una nueva comisión interinstitucional encabezada por el Fiscal General de la Nación de la época, ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, para revisar todo el sistema penal, esto es, la ley sustancial, la ley de enjuiciamiento criminal y ley penitenciaria, y propusiera un nuevo modelo que estuviera acorde no sólo con la nueva carta fundamental<sup>571</sup>, sino además con los tratados internacionales de derechos humanos<sup>572</sup> y las decisiones de la Corte Constitucional que desde el 91 ya venía funcionando.

Luego de las discusiones propias de una reforma como ésta en el seno del Congreso, en donde tuvo alguna participación la academia encabezada por los profesores NODIER AGUDELO BETANCUR, y FERNANDO VELÁSQUEZ, fue aprobado el proyecto de

---

<sup>568</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Quinta Edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013, P.270.

<sup>569</sup> “Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG. Llamo garantista, cognitivo, o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresare siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: A1 *Nulla poena sine crimine*. A2. *Nullum crimen sine lege*. A3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. A4. *Nulla necitates sine iniuria*. A5. *Nulla iniuria sine actione*. A6. *Nulla actione sine culpa*. A7. *Nulla culpa sine iudicio*. A8. *Nullum iudicium sine acusatione*. A9. *Nulla acusatio sine probatione*. A10. *Nulla probatio sine defensione*. (...)

Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen – con cierto forzamiento lingüístico- el modelo *garantista* del derecho o de la responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal “absoluto”. Y han sido ulteriormente incorporados a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*.” (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 2009, P.93)

<sup>570</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Ob. Cit., P.470.

<sup>571</sup> GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano. Ob. Cit. P.103

<sup>572</sup> Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Código Penal mediante la Ley 599 de 2000, el cual entró a regir hasta el 25 de julio de 2001, normativa que en criterio de VELÁSQUEZ<sup>573</sup>, está lejos de una verdadera reforma a las instituciones penales, pues considera que no se diferencia mucho del código de 1980, ya que sólo lo viene a complementar, en un esfuerzo por recoger los aportes doctrinarios y jurisprudenciales en ese periodo.

Las principales características del actual Código entre muchas otras que puedan destacarse están dadas por incluir todo un capítulo de normas rectoras, el desarrollo referente ya no al *hecho punible* sino a la *conducta punible*<sup>574</sup>, en el entendido de que la conducta punible puede ser bien por la comisión de un delito o de una contravención<sup>575</sup>, un Código con ciertas características del finalismo, causalismo y funcionalismo<sup>576</sup>, que regula temas como la imputación objetiva, destacándose también por el endurecimiento de las penas, pues realizó un incremento punitivo de muchas conductas en su mínimo<sup>577</sup>.

Frente a la figura de la tentativa, se consagró este instituto en el artículo 27 de dicha codificación de la siguiente manera:

*“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.*

*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*

---

<sup>573</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P. 439.

<sup>574</sup> “...el art. 9 prevé la noción dogmática de la conducta punible coincidente, a grandes líneas, con los desarrollos de la moderna Ciencia Penal alemana, esta vez acompañada de una escueta y genérica referencia a la causalidad. Sin embargo, téngase en cuenta, el texto contiene un inciso 3°26 —que debió ser el segundo—, de muy buena factura, al tenor de la cual es indispensable constatar en los injustos realizados por los sujetos que puedan llegar a ser considerados como inimputables, la existencia de causales de ausencia de responsabilidad, con lo cual se busca evitar odiosas formas de responsabilidad objetiva en este ámbito, y se abren las puertas para interesantes desarrollos teóricos ya insinuados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Naturalmente, esta disposición debería aparecer en el art. 5 una vez enunciados los fines de las sanciones penales. Desde luego, después de la noción dogmática de conducta punible se debió consagrar el principio del acto o del hecho, advirtiendo que no hay comportamiento punible sin conducta humana manifestada exteriormente, y que al hombre se le castiga por lo que hace y no por lo que es, a cuyos efectos se debió destinar el art. 6.” Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, La Teoría de la Conducta Punible en el Nuevo Código Penal, Revista, Nuevo Foro Penal, N.63, 2000, P.15 y ss.

<sup>575</sup> ARBOLEDA VALLEJO MARIO, RUIZ SALAZAR JOSE ARMANDO, Manual de Derecho Penal General, 13ª Edición, UNIACADEMIA LEYER, Bogotá D.C., 2016, P. 161.

<sup>576</sup> GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano. Ob. Cit. P.103

<sup>577</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P. 439.

mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo." (Subrayado fuera del original).

Esta nueva descripción de la tentativa guarda gran similitud con la descripción del Código del 80, pues conserva i) el principio de ejecución, ii) el carácter de *idoneidad* y *univocidad* de los actos, iii) la no consumación de la conducta por causas ajenas a la voluntad del agente, pero también tiene una grandes diferencias, pues, como ya no se habla de *hecho punible*, sino de *conducta punible*, la tentativa también se puede dar en las contravenciones, y se incluyó la figura no del *desistimiento voluntario* sino del *arrepentimiento activo* en el inciso segundo de dicha disposición, aún cuando peca de una indebida redacción o falta de técnica legislativa, pues no puede decirse que *si la conducta no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor*, termine indicándose "*si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo*". Sin embargo, la última expresión no puede entenderse en el sentido de que el autor ha desistido de la acción, sino de que habiéndola ejecutado completamente, realizó todo lo necesario para impedir la consumación, para lo cual puede revisarse lo concerniente al *arrepentimiento activo* en la parte referente a dicha figura en el derecho penal italiano de este trabajo.

Por último, a modo de crítica, se le reprocha al actual Código Penal la falta de una mejor técnica legislativa, pues al hacer referencia a que la conducta punible se divide en delitos y contravenciones, no consagra éstas últimas, razón por la cual el código solo estipula delitos, así como también el hecho de consagrar en muchos delitos la pena accesoria de multa, en cuantías excesivamente elevadas que desconoce la realidad económica del mismo, así como también una de las más importantes críticas que se comparte, es la formulada por el Profesor VELÁSQUEZ en punto de que no fue tramitado como una Ley Estatutaria según las voces de la Constitución Política en su artículo 152.2, quebrantándose el principio de legalidad en su forma de reserva<sup>578</sup>.

---

<sup>578</sup> VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P. 441.

La última reforma de importancia a dicha legislación, fue la Ley 890 de 2004<sup>579</sup>, que como consecuencia del acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116 y 250 de la Constitución para la implementación del sistema penal acusatorio reglado en la Ley 906 de 2004, incrementó las penas de todos los delitos con el fin de promover la figura de los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado, lo que denota nuestra precaria por no decir, inexistente política criminal, pues las reformas no son el resultado de un estudio serio y con rigor científico, sino de la necesidad práctica del momento, que no genere el deber de invertir los recursos necesarios a la Administración de Justicia, aún cuando de forma “poética” la Constitución Política consagre ser un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana.

---

<sup>579</sup> El Dr. Velásquez define esta reforma como el camino *hacia un derecho penal expansionista*, pues dicha legislación aumentó drásticamente las penas, creó nuevos tipos penales, se endurecieron los sustitutos penales. Cfr. VELÁSQUEZ V. Fernando, Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P. 441.

## CAPITULO II

### ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

#### 1. Introducción:

Parece ser que el concepto de tentativa tiene su origen histórico, mucho antes que la descrita en la Constitución Carolina, pues según RODRÍGUEZ DEVESA, fue ODOFREDO, en 1215, quien por primera vez estipuló lo relacionado con el elemento interno y externo, y las concreta en cinco formas diferentes: «*Aut aliquis cogitat delinquere, et agit, et perficit; aut cogitat, et agit, non perficit; aut cogitat, nec agit, nec perficit; aut agit, et perficit' sed non cogitat; aut nec cogitat, nec agit, nec perficit*» que terminaron por ser el fundamento de la figura de la tentativa<sup>580</sup>.

Cuando se estudia el delito, siempre se hace partiendo de la base de delitos que se realizan en su totalidad, es decir completamente<sup>581</sup>; no obstante existen circunstancias del delito que no se pueden explicar con las categorías e institutos básicos que consagra el derecho penal<sup>582</sup>, como sucede con *la tentativa* (no consumación del delito) y *los copartícipes* (intervención de varias personas en la comisión del delito)<sup>583</sup>, pues por lo general la norma incriminadora principal cuando se refiere al sujeto activo de una conducta, lo hace en forma

---

<sup>580</sup> RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ MARÍA, SERRANO GÓMEZ ALFONSO, Derecho Penal Español, Parte General, Cit., P.782.

<sup>581</sup> ARAQUE MORENO DIEGO, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2011, P. 527.

<sup>582</sup> El derecho penal *-Strafrecht-* fue definido por VON LISZT como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, entendido como un hecho, a la pena, que es su legítima consecuencia. VON LISZT FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Traducido de la 18ª Edición Alemana, por Quintiliano Saldaña, TOMO 1º, Madrid, Hijos de Reus Ediotres, 1914, P.1

<sup>583</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Reimpresión de la Undécima Edición, Editorial Temis, P.119.



singular con la expresión “*quien*”, y en la modalidad consumada<sup>584</sup>, “*mate*”, “*apodere*”, “*sustraiga*”<sup>585</sup>.

Por tal razón es que se ha dicho que existen otras formas en las que el delito se manifiesta<sup>586</sup>, siendo una de ellas, aquella en la cual la conducta descrita en el tipo penal no logra su consumación<sup>587</sup>, y que por ello se le ha identificado como *tentativa*, y, que para evitar su impunidad llevan al legislador a tener que regularlas, no con la creación de nuevos tipos penales que contengan esas nuevas formas, sino a través de normas denominadas como *integradoras*, o *dispositivos amplificadores*<sup>588</sup> o *extensivas del tipo penal*<sup>589</sup>, de manera tal que cuando dichas manifestaciones del tipo se presenten, simplemente se tome la norma incriminadora principal - *hurto, homicidio*-, y se conjugue con la norma secundaria o amplificadora del tipo penal -*tentativa*- para punir tal comportamiento.

Ahora bien, al igual que en la península itálica, en Colombia también se suscitó la discusión respecto a si la tentativa es un delito perfecto o imperfecto. Para ESTRADA VÉLEZ la tentativa es un delito imperfecto por cuanto es un “*fragmento de infracción*”, es un defecto respecto al resultado querido por el agente, y el proceso causal se detiene en una fase previa a la consumación<sup>590</sup>. VICENTE ARENAS también entendía la tentativa como un *delito imperfecto*, pues a pesar de que el autor dio inicio a la ejecución de la conducta, ésta no logró la consumación, todo lo contrario del delito perfecto en donde sí se consume, es decir,

---

<sup>584</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA JUAN, Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. II, Dispositivos Amplificadores, Concursos y Pena, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, P.727.

<sup>585</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO, Tratado de Derecho Penal, Parte General, CIVITAS – THOMSON REUTERS, P. 863.

<sup>586</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. II, Cit., P.728.

<sup>587</sup> ONECA JOSÉ ANTON, Derecho Penal, 2ª Edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Moreno, AKAL, 1986, P.452.

<sup>588</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. II, Cit., P.728

<sup>589</sup> VON BELING denominó estas normas como “*figuras delictivas subordinadas*” por cuanto necesitan el apoyo de tipos penales autónomos. (REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, P.119)

<sup>590</sup> ESTRADA VÉLEZ Federico, Derecho Penal, Parte general, Segunda Edición, Editorial TEMIS, 1986, P.127

que la acción descrita por la norma penal sí se realiza, señalando que esa figura tiene cuatro grados en los que se presenta, *desistida, inacabada, acabada, imposible*<sup>591</sup>.

Para REYEZ ECHANDÍA la tentativa será un delito imperfecto si se analiza desde su significado lingüístico, es decir, desde lo que tal palabra quiere decir, ya que ella deriva del latín *perficiere* que quiere decir cumplir, terminar; pero será un delito perfecto si es entendido como un hecho capaz de producir la consecuencia jurídica del delito, la pena, aun cuando necesite de la norma principal para poderla aplicar, pues se requirió crear una norma especial que regule la tentativa, para que ella pudiera producir efectos jurídicos propios<sup>592</sup>.

El más importante penalista de nuestro país, para quien esto escribe, el Profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ ha entendido la tentativa como *la ejecución incompleta de la conducta establecida en la ley penal*, una conducta que se empieza a ejecutar pero que no se consuma, razón por la cual, desde este punto de vista, se considera como un delito imperfecto<sup>593</sup>.

Otros doctrinante nacionales<sup>594</sup> han dicho que se configura la tentativa cuando el agente, con la finalidad de cometer una determinada conducta criminal, sobrepasa la frontera de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos sin que llegue a la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, sin embargo la discusión en punto del dispositivo amplificador, es como lo refiere CERREZO, determinar desde que momento el derecho penal debe intervenir, para delimitar allí la frontera entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos<sup>595</sup>.

## **2. El *iter criminis*:**

---

<sup>591</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, Compendio de Derecho Penal, Tercera Edición Actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1982, P.35

<sup>592</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, P.119

<sup>593</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013 P.612.

<sup>594</sup> CÓRDOBA ANGULO Miguel, La Tentativa, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1993, P.33.

<sup>595</sup> CERREZO MIR JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito 2, Adenda a la primera edición abril de 2005, Editorial Tecnos, P.177.

La figura de la tentativa siempre se ha explicado por la doctrina, con referencia al *iter criminis* o en palabras de HURTADO POZO, al *proceso ejecutivo del delito*<sup>596</sup> y en oposición al delito consumado, pues partiendo de la premisa de que todo delito es consecuencia necesaria de la ejecución de una acción, debe afirmarse sin duda alguna que no siempre la acción desplegada para su consecución logra alcanzar el fin criminal buscado, lo cual no significa, que dicha conducta o acción no resulte relevante para el derecho penal.

Por ello, debe precisarse que el *iter criminis* sólo existe en razón de la tentativa, pues cuando se habla de un delito consumado jamás se hace alusión alguna al *itinerario criminal*; la creación de tal concepto tiene la finalidad de poder explicar desde el punto de vista del derecho penal, si se justifica o no castigar aquellos comportamientos o actos que una vez habiéndose desplegado con la intención de cometer un delito, no lograron su cometido, es decir no se consumaron por la presencia de un “*fracaso del autor*” en su objetivo de alcanzar determinado resultado<sup>597</sup>, por lo que el interrogante respecto a qué hacer con esa especial circunstancia, llevó a la doctrina clásica europea especialmente el sistema francés a explicar el proceso criminal<sup>598</sup>, pues debía resolver dos interrogantes fundamentales, ¿qué se castiga? (límite de punibilidad) y ¿por qué se castiga? (fundamento de la punibilidad).

Se dice entonces que la idea del delito como un camino criminal está arraigada fuertemente al pensamiento causalista, ya que el delito es definido con base en la existencia de una *causa* que avanza hasta lograr el fin, el resultado querido, razón por la que precisamente tal ideología causalista fracasó, pues la teoría del *iter criminis* en criterio de REYES ALVARADO termina manipulando la relación de causalidad al poner *fronteras arbitrarias*, ya que desde una óptica ontológica la “*causa primaria*” del delito no puede

---

<sup>596</sup> HURTADO POZO JOSÉ, Manual de Derecho Penal, EDDILI, 2ª Edición, Lima, 1987, P.236

<sup>597</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit., P.95

<sup>598</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, TomoI, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981. P.365

*verse en la intención contraria a derecho, ni el resultado supone el “efecto último” en la evolución de la conducta*<sup>599</sup>.

Así entonces, en criterio de REYES la existencia o no de la tentativa no estriba desde el punto de vista ontológico, en que sea parte de una *cadena causal*, pues también los delitos consumados forman parte de dicha cadena, por lo que la determinación de un límite en dicha relación, justificaría entonces el reseñar la tentativa como un delito *imperfecto*, así como también reseñar el delito consumado como un delito *excesivo*, pues lo cierto es que una conducta es delictiva o no es delictiva, pero nunca *medio delictiva*<sup>600</sup>.

Debe decirse, sin ambages, que en nuestro país al igual que en Italia la tentativa es considerada como un delito autónomo pese a que siempre esté relacionada con el delito consumado pues la forma en que está diseñada la norma exige necesariamente que se deba comparar con la norma más amplia o “*tipo penal de mayor extensión*”<sup>601</sup>, pues de no existir una norma que castigara la realización de un determinado comportamiento consumado, menos aún podría existir una norma que terminara castigando su intento de realización o tentativa, como sucede con el homicidio, en el cual de no ser castigable el matar a otro, no podría subsistir la conducta de homicidio en la modalidad de tentativa. Por tanto REYES considera que es erróneo creer que la tentativa es un hecho punible imperfecto y que se encuentra sometido a una clase de delito que recibe el nombre de consumado:

*“Argumentaciones como las aquí criticadas derivan de la errónea creencia de que la tentativa es un hecho punible imperfecto y subordinado frente a una clase de delito que recibe el nombre de consumado, y han forzado a la doctrina a reconocer la insuficiencia de las concepciones tradicionales del injusto para encajar dentro de sí la tentativa, y a buscar su armónica ubicación dentro del sistema a través de lo que se ha dado en denominar un dispositivo amplificador del tipo o un dispositivo amplificador de la pena, mecanismos estos que permitirían acoger dentro del sistema a una figura que debido a su “imperfección” no podría ser normalmente comprendida por el injusto, mecanismos éstos que permitirían acoger dentro del sistema a una figura debido a su “imperfección” no podría ser normalmente comprendida por el injusto. Ésta es, como diría Binding, la venganza por querer definir la tentativa no por lo que es, sino por lo que no es: una consumación*<sup>602</sup>”.

---

<sup>599</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit., P.94.

<sup>600</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit., P.94.

<sup>601</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit., P.97

<sup>602</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit., P.99

Así, se considera que la tentativa debe entenderse como la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* que conlleva al quebrantamiento de la vigencia de una norma, y desde ese punto de vista la tentativa no se entenderá como una parte, un mínimo o “*minus*” del delito consumado, sino todo lo contrario, se entenderá como un delito propiamente dicho si se tiene en cuenta que el delito tentado exige la presencia de los mismos elementos que se exigen para el consumado, esto es, la presencia de unos mismos presupuestos de imputación de índole objetivo y subjetivo, sin importar la clasificación que se quiera hacer de delitos consumados o tentados<sup>603</sup>.

Ahora bien, pareciera ser que la respuesta al qué se castiga o límite de la punibilidad es la consecuencia de resolver el porqué se castiga, pues sólo conociendo el fundamento de la punibilidad, puede pasarse a determinar a partir de qué momento en la acción criminal debe castigarse para que encuentre justificación y coherencia el por qué se castiga<sup>604</sup>.

En los albores de nuestro derecho penal, VICENTE ARENAS entendía el *iter criminis*, al igual que el comportamiento o los actos humanos lícitos o ilícitos, pues tienen el mismo desarrollo, inician con una idea y terminan como la ejecución material, ya que el hombre *siente, piensa, quiere y se determina* por medio de los actos que lo van llevando hacia la meta de lo que se propuso<sup>605</sup>. La idea, es la *resolución criminal* y no es punible en primer lugar por cuanto aún no hay una exteriorización de ella, a pesar de que pueda ser reprochable o censurable, y en segundo lugar porque la impunidad de esta primigenia fase según GARCÍA CAVERO, obedece a dos razones: a) la imposibilidad de poder controlar las ideas o pensamientos de las personas -*principio de evitabilidad*-, y b) porque ellos hacen parte del ámbito propio de la persona -*mandato de neutralidad del derecho*-<sup>606</sup>.

---

<sup>603</sup> ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, P. 90, Citado por REYES ALVARADO, *El Delito de Tentativa*, Ob. Cit., P.100.

<sup>604</sup> ARAQUE MORENO DIEGO, *Derecho Penal, Parte General*, P.536

<sup>605</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, *Compendio de Derecho Penal*, Cit. P.35

<sup>606</sup> GARCÍA CAVERO PERCY, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, GRIJLEY, Lima, Perú, 2008, P.606.

Lo mismo sucede con la exteriorización de dicha idea, que se ve reflejada en una serie de *actos de preparación* que le permitan ejecutar la idea criminal, el proyecto delictivo, que a pesar de ser un paso más del camino, no son por sí mismo castigables en tanto que aún no son el inicio de la ejecución del delito, en cambio, sí resultan punibles los actos que hacen efectiva la preparación del delito, es decir, los que *revelan de manera clara la conducta antijurídica*, los así llamados, *actos ejecutivos*, luego de los cuales si hay un agotamiento total de la acción, surgen los *actos consumativos*<sup>607</sup>.

CONCHA indicaba que el delito implicaba la *ejecución de un hecho*, pero que dicha ejecución hacía todo un recorrido que iniciaba con la ideación y culminaba con la realización, pero que dividía en dos grandes grupos: *los interiores* en donde se encontraban el pensamiento, la concepción y la resolución; y, *los exteriores* compuestos por i) los *actos preparatorios*; ii) *la tentativa con un principio de ejecución* pero que se detiene por voluntad del agente o una causa externa; iii) *la ejecución completa* del hecho pero sin que se haya cumplido el resultado; iv) *la tentativa o ejecución completa* del hecho pero *el resultado es absolutamente imposible* aun cuando los hechos demostraran la intención criminal; y v) *la consumación* del delito<sup>608</sup>.

GAITÁN MAHECHA, por su parte y siguiendo las enseñanzas de CARRARA, enseñaba que la conducta criminal hacía un recorrido criminal desde la ideación hasta la consumación, y que dicha conducta o acción criminal está gobernada por dos fuerzas, una objetiva y una subjetiva, la *subjetiva* está compuesta por dos elementos, la *intención* que señala como inteligencia y la *resolución*; y la *objetiva* no es más que la exteriorización o materialización de dicha intención a través de la acción, la cual se divide en tres momentos, la *preparatoria, ejecutiva y consumativa*<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, Compendio de Derecho Penal, Tercera Edición Actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1982, P.35

<sup>608</sup> CONCHA, José Vicente, Tratado de Derecho Penal, y comentarios al Código Penal Colombiano, 3ª Edición, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, Librería Paul Ollendorf, 50 Chausée D'antin 50, Paris, P.57

<sup>609</sup> GAITÁN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Primera Edición, Ediciones Lerner, Bogotá – Colombia, 27 de abril de 1963. P.103

LUIS CARLOS PÉREZ refiere que el *iter criminis* lo componen cuatro fases como son i) *la oral*, ii) la fase de los *actos preparatorios*, iii) la tentativa o *comienzo de ejecución* y iv) *la consumativa*, refiriendo que las dos primeras fases no son del interés del derecho penal, pues tanto lo que él denomina como fase *oral* (ideación), y los *actos preparatorios* no pueden ser punibles, si se tiene en cuenta que desde los tiempos antiguos se estableció como principio del derecho romano el que nadie puede ser castigado por un pensamiento *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>610</sup>. Pero, frente al comienzo de ejecución indica que son precisamente los actos ejecutivos los que develan el designio<sup>611</sup>, la intención criminal, pero el resultado de dicha conducta no se produce por circunstancias ajenas al agente.

Otro sector de la doctrina, como GÓMEZ PRADA, consideraba que el *iter criminis* se desarrolla ya no en tres o cuatro fases, sino en cinco, *la idea criminal*, *la manifestación de la idea*, *los actos preparatorios*, *los actos ejecutivos*, y *los actos consumativos*, no siendo punibles las tres primera fases, pero si los actos ejecutivos por ser un principio de realización de la conducta, así como los consumativos significan la ejecución completa de la acción y que produce la modificación del mundo exterior.

Puede decirse, entonces y sin dubitación alguna, que las fases que estructuran el *iter criminis* pueden agruparse en cuatro: La *fase de ideación*, el agente piensa en el delito, e idea la forma de su realización, la cual por ser de la esfera interna del agente no es punible, la fase de *preparación* por su parte se caracteriza por ser la exteriorización de los actos con el fin de procurar los medios para la comisión del delito y por regla general dichos actos no son punibles; la *fase de ejecución*, es entendida como la fase en la cual se despliegan los actos dirigidos a la realización del hecho delictivo y la *fase de consumación* es la realización completa del tipo objetivo<sup>612</sup>.

### **3. Elementos de la tentativa:**

---

<sup>610</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, TomoI, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981. P.365. Ver también a ESTRADA VÉLEZ Federico, Derecho Penal, Parte general, Segunda Edición, Editorial TEMIS, 1986, P.127

<sup>611</sup> PEREZ LUS CARLOS, ibídem, P. 365.

<sup>612</sup> LÓPEZ BARJA, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Cit. P. 865

El artículo 27 del Código Penal, que regula la figura de la tentativa, consagra lo siguiente:

*“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.*

*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 impedirla”* (Subrayado fuera del texto original).

De la estructura que trae la norma pueden extraerse los siguientes elementos: 1) *principio de ejecución*, 2) *actos idóneos*, 3) *unívocos* dirigidos a su consumación, y 4) *no se realice la consumación* por circunstancias ajenas a la voluntad. Así, entonces, al igual que el delito consumado, el delito tentado también está compuesto por dos elementos, uno objetivo (acción) y otro subjetivo (voluntad), se hará referencia a cada uno de ellos.

### **3.1 Elementos objetivos:**

#### **3.1.1 Principio de ejecución:**

Entendiendo entonces que el delito tentado recorre un camino que se va desarrollando de forma progresiva en varias fases, ideación, preparación, ejecución y consumación, conforme al querer del legislador la línea de punibilidad comienza con la ejecución, pues esto se deduce cuando dice *“iniciare la ejecución”* lo que lleva a resolver el problema jurídico, frente al cuándo se ha dejado la esfera preparatoria para pasar a la ejecutoria, pues ello permitirá determinar qué actos en la acción criminal son punibles y qué actos no.

REYES ECHANDÍA estimaba que hay inicio de ejecución cuando *“se da impulso inicial a la conducta plasmada en el verbo rector”*, es decir, cuando se inicia la acción de matar o de apoderarse<sup>613</sup>, sin embargo debemos decir que una tal definición infortunadamente nada aporta a la discusión, pues precisamente lo que se exige resolver, es precisar cuándo se entiende que ha iniciado la acción de matar, o de apoderarse. Por su parte el maestro LUIS

---

<sup>613</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Ob. Cit. P.127



CARLOS PÉREZ respecto al inicio o *principio de ejecución* indica que son precisamente lo *actos ejecutivos* los que develan el designio<sup>614</sup>, la intención criminal, pero el resultado de dicha conducta no se produce por circunstancias ajenas al agente.

VICENTE ARENAS, tomando como fundamento de su apreciación a BELING, decía que no es posible trazar un criterio único y distintivo entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues una tal diferenciación sólo era posible en concreto y no en abstracto, pues cada tipo penal tiene un *núcleo* que lo conforman un grupo de actos que “*realizan la acción expresada por el verbo activo principal*” los cuales vienen a constituir los *actos ejecutivos*, por lo que los actos que no hagan parte de este núcleo, serán *actos preparatorios*<sup>615</sup>. Así entonces afirmaba que el principio de ejecución cuando los actos desplegados están dirigidos a dar forma concreta a la acción principal del delito, lo que quiere decir, que el principio de ejecución es el *principio típico* de la acción principal<sup>616</sup>.

VELÁSQUEZ considera que el principio de ejecución es el criterio central de la tentativa, pues significa “*el iniciar una actividad que debe conducir al agente, sin necesidad de pasar por ninguna otra fase de carácter intermedio a la realización del tipo penal correspondiente*”, lo que lo debe diferenciar del estadio previo conocido como el *acto preparatorio*, que es anterior a la ejecución<sup>617</sup>, lo que lleva al debate interminable de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos.

Sobre el principio de ejecución, podrá revisarse más ampliamente en el capítulo de éste trabajo referido a los límites de la actividad punible.

### **3.1.2 Actos idóneos:**

GÓMEZ PRADA habla de la relación física y el delito, para explicar que la forma en la que manifiesta el hombre sus intenciones es a través de *acciones* o hechos que ejecuta, por eso es por lo que sólo son punibles *los actos, las acciones*, los comportamientos realizados por

---

<sup>614</sup> PEREZ LUS CARLOS, *ibídem*, P. 365.

<sup>615</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, *Compendio de Derecho Penal*, P.40

<sup>616</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, *Compendio de Derecho Penal*, P.40

<sup>617</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, *Fundamentos de Derecho Penal*, Cit. P.616

el hombre y no sus pensamientos, ya que son los actos los que tienen la capacidad de modificar de cambiar el mundo exterior<sup>618</sup>. Por eso define los hechos como la objetividad materia y jurídica, del delito y que la responsabilidad penal inicia cuando el agente manifiesta su intención criminal con actos que permiten deducir su finalidad delictiva<sup>619</sup>.

Doctrinantes como GAITÁN MAHECHA al precisar la *acción* como elemento del delito, indicaba que desde el punto de vista jurídico, la acción es todo acto humano voluntario, luego cuando comete un delito, actúa y produce un cambio exterior, por ende, desde ese punto de vista la acción es dinámica<sup>620</sup>, por lo que no compartía la definición de LUIS CARLOS PÉREZ cuando decía que la acción es un “*hecho humano*”, ya que en su criterio acto y hecho no son lo mismo, pues desde el punto de vista físico la acción es el proceso causal, en tanto que el hecho es el resultado<sup>621</sup>. De igual forma consideraba que al hablarse de acción ella era comprendida como un acto, es decir, que comprende tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo.

Dice también el propio GAITÁN MAHECHA que la idoneidad de los actos es un criterio que no puede entenderse sin sujeción a los medios, ya que la idoneidad de los actos permite diferenciar la *tentativa* del *delito imposible*, por cuanto este último se presenta precisamente porque los **medios** son inidóneos, en tanto que en la tentativa los medios empleados resultan idóneos para la consumación pero que debido a un factor externo no se produce el resultado querido, idoneidad que debe establecerse por factores como su naturaleza y su empleo<sup>622</sup>.

PÉREZ enseña que no deben confundirse la *idoneidad de los actos* con la *idoneidad del medio*, porque se desconfigura el precepto legal, pues el mismo no hace referencia a medios, sino a actos idóneos, por lo que se debe siempre analizar la totalidad de las circunstancias que rodean el hecho, pues si lo que determina la lesión del bien jurídico es la dirección

---

<sup>618</sup> GÓMEZ PRADA AGUSTÍN, Derecho Penal Colombiano, Parte General, Segunda Edición, Esitorial TEMIS, Bogotá, 1959, P.231.

<sup>619</sup> GÓMEZ PRADA AGUSTÍN, Derecho Penal Colombiano, Cit., P.231

<sup>620</sup> GAITAN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Primera Edición, Ediciones Lerner, Bogotá – Colombia, 27 de abril de 1963. P.99

<sup>621</sup> GAITAN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Ob. Cit. P.99

<sup>622</sup> GAITAN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Ob. Cit. P.222

inequívoca de la intención, la idoneidad del medio se torna en relativo, pues lo que en unos casos puede resultar idóneo en otros no. Por último, señala que cuando la norma hace referencia a la expresión “actos” en plural, no debe entenderse en el sentido de que sólo sea uno el acto idóneo para la consumación, ya que lo plural contiene lo singular<sup>623</sup>.

Cuando se habla de *actos* debe entenderse que dicha expresión hace referencia a toda la actividad desplegada concretamente hablando, y no sólo referida al sujeto, al medio y al objeto como acertadamente enseña VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>624</sup>, pues el legislador quiso eliminar como punible la tentativa inidónea, por lo que para determinar la idoneidad de los mismos, el juez para poder establecer tal carácter de los actos, tendrá que ponerse en la misma posición que el agente y determinar si en la situación concreta, la conducta desplegada fue suficiente para la consumación de la conducta querida por el agente criminal<sup>625</sup>.

Pareciera ser entonces que lo que permite determinar la idoneidad del acto, no es sólo la aptitud del medio, del objeto y del autor para producir el resultado, sino también la peligrosidad que el acto revista en sí mismo<sup>626</sup>, pues aquella tentativa que no reviste peligro, por cuanto hay inidoneidad bien del acto, del medio o del objeto, se le denomina inidónea, y no es relevante penalmente en nuestro sistema,

Ahora bien, la idoneidad de los actos también es explicada desde lo contrario, es decir, desde la inidoneidad<sup>627</sup>, pues todo lo que no tenga la capacidad de generar el evento o el resultado bien porque el medio no es apto para ello, o bien porque el agente carece de aptitud para usar el medio, o bien porque el resultado es imposible, serán actos inidóneos de allí que se hable en la dogmática penal del delito imposible<sup>628</sup>.

---

<sup>623</sup> PEREZ LUS CARLOS, Derecho Penal, Tomo I, Ob.Cit. P.374

<sup>624</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.619

<sup>625</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P. 619

<sup>626</sup> DEMETRIO CRESPO EDUARDO, Derecho Penal, Parte General, La Teoría General del Delito, Consumación y Tentativa, Lección 34, Consumación y Tentativa, P.13

<sup>627</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO, Delito Imposible y Tentativa de Delito en el Código Penal Español, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2785111.pdf>, ADPCP, T. XXIV, Fasc.II, Mayo-Agosto 1971, P.369-390.

<sup>628</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO, Delito Imposible y Tentativa de Delito, Ob. Cit. P.380.

### **3.1.3 La univocidad o inequívocidad de los actos:**

La expresión inequívoco significa lo que no admite duda, o equivocación, irrefutable, evidente, obvio, lo cual indica que ese nivel casi de certeza fue precisamente el carácter que el legislador le quiso dar a los actos, para procurar desterrar en lo posible la indeterminación de los actos a partir de los cuales ya se convierten en punibles. De manera entonces que si los actos además de ser idóneos deben también poder revelar por sí mismos su naturaleza criminal, ejecutiva, es decir, deben ser prueba de la intención delictiva<sup>629</sup>, pues si inequívoco es sinónimo de evidente, claro, irrefutable para que el acto pueda ser punible no puede ser confuso, oscuro, abstruso, engañoso, pues si tienen esta connotación, no serán ejecutivos y sino preparatorios u por ende exentos de pena.

### **3.1.4 La falta involuntaria de consumación:**

VICENTE ARENAS señalaba que un delito imperfecto tenía como causa dos situaciones concretas, la primera porque el agente *no quería* la consumación, constituyendo el “*desistimiento impune*”, y la segunda porque *no podía* por circunstancias ajenas a su voluntad, constituye el *delito imperfecto punible*” que es la necesaria para que la tentativa se presente, no importando cuál fuera la razón por la que se dieron esas circunstancias.

Conforme con la descripción de la norma, para que se configure esta especial manera de manifestarse el delito, es necesario que la no consumación de la conducta tenga como fuente una causa externa al querer del agente, pues de presentarse un comportamiento voluntario que interrumpa la ejecución o que no le dé inicio a la ejecución de la acción típica, se estará en presencia de la figura del desistimiento, no de la tentativa propiamente dicha<sup>630</sup>.

## **3.2 Elemento subjetivo:**

En nuestro país VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ha entendido que si la tentativa exige actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación de la conducta, significa que al igual que los delitos consumados el aspecto subjetivo está compuesto por *el dolo*<sup>631</sup>, es decir,

---

<sup>629</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.620

<sup>630</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P. 620

<sup>631</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.615

conocimiento y voluntad, excluyendo de plano la posibilidad de la culpa y el *dolo eventual*<sup>632</sup> ello por cuanto no es posible que exista una tentativa imprudente<sup>633</sup>, pues en los delitos imprudentes no hay ~~la~~ el elemento de la intención dirigida a la comisión de un delito.

De igual forma, se ha dicho desde los tiempos del Código de 1936 como GOMEZ PARADA y GAITÁN MAHECHA<sup>634</sup> que la tentativa sólo se presenta en los *delitos dolosos*<sup>635</sup>, quedando excluidos los *delitos culposos*, pues en éstos la intención del agente se ve expresada en los actos dirigidos hacia la realización de la conducta, lo cual no se presenta en la culpa, por cuanto en ella no existe la intención criminal, sino que el resultado de su comportamiento puede ser previsto o no, o haber sido previsto y se confía en poder evitarlo.

VICENTE ARENAS con fundamento en CARRARA, expuso que la tentativa se componía de dos elementos, la intención como el elemento moral, y el riesgo como el elemento físico, razón por la cual concluyó que en la tentativa la intención debe ser *directa*, es decir sin ningún tipo de duda o equívoco, lo que debe llevar a la conclusión de que se actúa dolosamente, no siendo posible otra figuras como *la culpa*, ni el *dolo indeterminado*, ni el *dolo de ímpetu*, debiendo ser por tanto, una “*intención perfecta*”, es decir, aquélla en la que no haya duda alguna de que la intención estaba dirigida concretamente hacia un resultado definido<sup>636</sup>.

DAZA LORA al analizar la compatibilidad del *dolo eventual* con el dispositivo amplificador del tipo, ~~ha~~ llegado a la conclusión de su *incompatibilidad*<sup>637</sup>, puesto que el

---

<sup>632</sup> Artículo 22.- La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar. (El subrayado no es del original y corresponde a la descripción que hace la ley *del dolo eventual*) (Código Penal, Editorial Legis, 18ª Edición, 2017).

<sup>633</sup> MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Cit. P.167

<sup>634</sup> GÓMEZ PRADA AGUSTÍN, Derecho Penal Colombiano, P.241.

<sup>635</sup> GAITAN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Primera Edición, Ediciones Lerner, Bogotá – Colombia, 27 de abril de 1963. P.222

<sup>636</sup> ARENAS ANTONIO VICENTE, Compendio de Derecho Penal, Cit., P.38.

<sup>637</sup> El autor aborda este importante tema, al realizar un estudio sobre la Sentencia del 25 de agosto de 2010, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que consideró ajustada la condena impuesta a

*dolo eventual* carece de un elemento subjetivo que sustente una finalidad, que es uno de los requisitos para que se castigue la tentativa, razón por la que considera que no deben ser sancionados los delitos que carezcan de resultado y de una voluntad real delictiva. FRIAS CABALLERO también rechaza una tal posibilidad pues no resulta apropiado decir que quien actúa lo hace con una finalidad indirecta, es decir, no querida o no deseada, pues el hacer algo con una finalidad no querida, *configura una torturada y retorcida imagen que no se compadece con la lógica de los hechos*<sup>638</sup>.

Sin embargo, autores como MEZGER sí consideran posible que se configure en la tentativa no sólo el dolo del delito consumado, sino también el dolo eventual, pues dice respecto a ello lo siguiente:

*“En los casos en que el delito consumado puede ser cometido con “dolos eventualis”, basta el “dolos eventualis” en esta resolución de que habla el párrafo 43 del Código». Pues; la ley ve la diferencia entre tentativa y consumación en la característica objetiva de la no producción del resultado, mientras que en lo que concierne al dolo sobre el acto, ambas coinciden. Este punto de vista corresponde a la opinión dominante. De ello se deduce que en la tentativa no es esencial un error”*<sup>639</sup>.

Por su parte el gran JIMÉNEZ DE ASÚA, considera que no es compatible con la tentativa la posibilidad del dolo eventual, pues el problema no se debe centrar en determinarse sobre el hecho punible, sino en la finalidad, entendiéndose por fin “*el para*” de la realización del acto delictivo, pues a diferencia de lo que sucede en el dolo eventual en donde a pesar de poderse representar el resultado, el hecho de dejarlo librado al azar, no significa que el resultado que se presente era el realmente buscado<sup>640</sup>.

---

Rodolfo Sánchez, como autor penalmente responsable del delito de homicidio a título de dolo eventual, a quien se le impuso una pena de 18 años y 4 meses por parte del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la Sentencia proferida en primera instancia por parte del Juez 22 Penal del Circuito de Bogotá, que lo había condenado a la pena de 2 años y 8 meses por el por homicidio culposo agravado, pero lo había absuelto del delito de homicidio con dolo eventual por el que lo acusó la Fiscalía. Los hechos que suscitaron el proceso penal se contraen a la muerte que causó Rodolfo Sánchez en su vehículo a dos personas, pues se encontraba en estado de alicoramiento y bajo el influjo de sustancias estupefacientes. (DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva? Colección Ciencias Penales, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, P.94,95.)

<sup>638</sup> FRIAS CABALLERO JORGE, CODINO RODRIGO, CODINO DIEGO, Teoría del Delito, Livrosca c.a., Caracas, 1996, P.346,347.

<sup>639</sup> MEZGER EDMUND, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ob. Cit. P.233

<sup>640</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit., P.899.

### CAPITULO III

#### FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

##### 1. Introducción:

Cuando se habla de la tentativa es inevitable no hacer referencia al debate respecto a los fines del derecho penal, esto es, si su finalidad es la protección de bienes jurídicos, o más que eso es la protección de la vigencia de las normas<sup>641</sup>, ya que el límite de lo castigable dependerá en últimas de qué es lo que se quiere proteger, pues la *pena* que es la respuesta que el Estado ha encontrado para sancionar la comisión de una conducta, se cimentará sobre la efectiva lesión de un derecho o bien jurídico que se ha considerado necesario proteger, o sobre el desconocimiento de la vigencia de la norma, razón por la cual a lo largo de la historia siempre se ha reflexionado sobre un aspecto puntual: ¿cuál es el fundamento del derecho penal?

Pareciera ser que una respuesta plausible conforme a las modernas concepciones del derecho penal y que compartimos, es la del *derecho penal mínimo*<sup>642</sup>, de la cual el ilustre FERRAJOLI es su creador, que para evitar distorsionarla prefiero traer textualmente:

*“Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que el fundamento del derecho punitivo, del derecho penal, es que permite reducir, minimizar la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. (...) El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos – cosa que conseguirían hacer igualmente los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje-, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y solo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si en suma, es capaz de realizar, como derecho penal mínimo, un doble objetivo: no solo la*

---

<sup>641</sup> ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, Estudios sobre la Tentativa y el Desistimiento del Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá D.C, 2006, P. 4.

<sup>642</sup> BUSTOS RAMÍREZ JUAN J., Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, P.136

*prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas.*<sup>643</sup>” (Subrayados fuera de texto).

Así, entonces, con mayor preponderancia se le ha entregado al derecho penal no sólo la *sistematización del derecho positivo*<sup>644</sup> vigente, sino la guarda y protección de los derechos fundamentales de los individuos y fundamentales para la sociedad a los que se le ha dado la categoría de *bienes jurídicos*<sup>645</sup>, que son definidos por ROXIN como “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”<sup>646</sup>, siendo esta una de las razones por la que se ha dicho que una de las funciones de la pena es precisamente confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico frente al injusto cometido por el autor<sup>647</sup>.

Ha sido siempre motivo de estudio a lo largo de la historia del derecho penal saber cuál es la razón de ser de *porqué se castiga*, cuál es la motivación para la imposición de una pena, teniendo en cuenta claro está el modelo de Estado que se tiene fijado por la Carta Fundamental<sup>648</sup>, que para el caso Colombiano es Social de Derecho<sup>649</sup>, y en el cual

---

<sup>643</sup> FERRAJOLI Luigi, Garantismo y Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 2006, P.5. Cfr. también, BACIGALUPO ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Reimpresión, Santa Fe de Bogotá D.C., TEMIS, 1996, P.1. Frente a la reducción o minimización de la violencia de la reacción frente a los delitos también se puede leer a FOUCAUT MICHEL, Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión, Cit. P. 17-33.

<sup>644</sup> Según el filósofo italiano DEL VECCHIO el “*derecho positivo* se entiende, “el sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. El derecho positivo está, pues, integrado por aquellas normas jurídicas que son efectivamente impuestas, hechas valer efectivamente” DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1947, pág. 363 P.14. Citado por FONTAN BALESTRA, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

<sup>645</sup> CEREZO MIR JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Adenda a la sexta edición, julio de 2006, Editorial Tecnos, P.13

<sup>646</sup> ROXIN CLAUS Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª Edición Alemana, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, CIVITAS, Madrid, 1997, P.56.

<sup>647</sup> ESER ALBIN, BURKHARDT BJÖRN, Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Editorial COLEX, 1995, P.21.

<sup>648</sup> Algunos hablan actualmente del Programa Penal de la Constitución, el cual se entiende como “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el Legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”. BERDUGO GÓMES DE LA TORRE IGNACIO y otros autores, Curso de Derecho Penal Parte General, Coordinador Cristina Rodríguez Yagüe, Ediciones Experiencia, S.L, Barcelona, 2004, P.45



conforme al artículo 29, se decidió por un sistema penal o derecho penal de *acto*<sup>650</sup> y no de *autor*<sup>651</sup>, es decir, que el objeto de castigo no podrá ser nunca ni la peligrosidad del autor, ni la alarma social, sino la acción efectivamente realizada que ha puesto en riesgo el bien jurídicamente protegido o lo ha lesionado, aun cuando como lo dice ALCÁCER resultaría más apropiado fundamentar la pena no tanto en la lesión o puesta efectiva en peligro del bien jurídico, sino en los efectos lesivos del delito, es decir, en el quebrantamiento de la vigencia de la norma<sup>652</sup>.

Así entonces, se ha elaborado en todas las latitudes, y también en Colombia toda una doctrina o mejor “teoría”, respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa, en donde se han ido desarrollando diferentes posturas, que se han agrupado principalmente en tres, *las objetivas, las subjetivas y las mixtas*.

PEREZ hace un análisis de los diferentes fundamentos que ha tenido la tentativa, como lo son la fundada en el *riesgo creado*, la fundada en la *peligrosidad*, y la fundada en la *alarma social*<sup>653</sup>. La primera, *el riesgo creado*, es desarrollada y acogida entre otros por

---

<sup>649</sup> PÉREZ PINZÓN, Álvaro O. Introducción al Derecho Penal, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, P.73. Frente al modelo de Estado, puede verse cómo por ejemplo en España el Código Penal de 1822, por su marcada tradición y defensa de la religión católica, también se castigaba el intento de cambiar o acabar la fé católica, apostólica y romana, pues el Artículo 227 de dicha codificación señalaba: “*Todo el que conspire directamente y de hecho, á establecer otra religión en las Españas, ó á que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica y romana, es traidor y sufrirá la pena de muerte*”. Confrontar PACHECO JOAQUÍN FRANCISCO, El Código Penal, comentado y concordado, Quinta Edición corregida y aumentada, Tomo II, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Impresor de Cámara de su Majestad Isabel la Católica, 23, 1881, P.11.

<sup>650</sup> ROXIN define el **derecho penal del hecho** como “una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo”, en tanto que **el derecho penal de autor** vincula la pena a la personalidad del autor, es decir, en términos un poco más amplios “Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal” ; “allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal” Ver en ROXIN CLAUS Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Cit. P.177. Ver también a PÉREZ PINZÓN, Álvaro O. Introducción al Derecho Penal, Ob. Cit. P.264.

<sup>651</sup> BACIGALUPO los define sobre la base del “principio del hecho” y el “principio del autor”, BACIGALUPO ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, Cit., P.7

<sup>652</sup> ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, Estudios sobre la Tentativa y el Desistimiento en Derecho Penal, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, 2006, P.25

<sup>653</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981. P

FEUERBACH, CARRARA, BETTIOL, MEZGER, para quienes la razón de ser de castigar la tentativa es el peligro al que se expuso el bien jurídico, quebrantando la norma penal, luego la razón de ser de punir tal conducta es el riesgo creado<sup>654</sup>. La segunda, *la peligrosidad*<sup>655</sup>, propia del *positivismo*, pues cuando se ejecuta la acción, lo que se pone de relieve es el peligro que esta persona representa, pues nada podría impedir que más adelante vuelva a actuar de forma criminal, lo cual significa que lo que se castiga es su capacidad de delinquir, confundiendo el concepto de reincidencia con la tentativa<sup>656</sup>. La tercera, *la alarma social*, encuentra el fundamento de punir la conducta tentada, la alarma, la preocupación de la sociedad, por lo que dicha preocupación es de la misma naturaleza que la del delito consumado, pues mientras el delito consumado lesiona el derecho de otro, la tentativa lesiona la tranquilidad de todos.

Lo anterior denota entonces, que uno de los puntos que en la teoría del delito ha generado las más acaloradas discusiones, es lo referente a la tentativa, pues es ahí en donde con mayor intensidad son enfrentadas las dos concepciones político criminales *objetivas* y *subjetivas*<sup>657</sup>, pues, dependiendo de la concepción que se adopte, se pondrá el énfasis del fundamento de la punibilidad en el riesgo al que fue expuesto el bien jurídico protegido (*teoría objetivas*), o tal énfasis del fundamento lo pondrá en la intención o peligro que reviste el autor del hecho (*teorías subjetivas*), o como en la actualidad viene sucediendo, aceptando que el fundamento se cimienta sobre las dos concepciones por resultar necesarias y confluyentes (*teorías mixtas*)<sup>658</sup>.

Sin embargo, a pesar de esta clasificación mayoritariamente usada por la doctrina, se acogerá una nueva forma de sistematizar las mismas como lo refiere DAZA LORA<sup>659</sup>

---

<sup>654</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob. Cit. P.368.

<sup>655</sup> FONTAN afirma que la peligrosidad es un criterio relativo, pues es un criterio construido sobre la probabilidad, razón por la cual cimentar la responsabilidad criminal sobre la peligrosidad es un grave riesgo para las garantías individuales, que es precisamente lo que el Derecho Penal tiene por función tutelar. Para ver de mejor forma lo relacionado con el juicio de peligrosidad, consultar en FONTÁN BALESTRA, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Cit., P.507.

<sup>656</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob.Cit. P.369

<sup>657</sup> GARCÍA CAVERO PERCY, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, GRIJLEY, Lima, Perú, 2008, P.607.

<sup>658</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. II, Cit., P.737.

<sup>659</sup> DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.56

acogiendo el sistema de REYES ALVARADO, como lo es la división en dos grupos atendiendo a sus concepciones, esto es, las *concepciones naturalistas* y las *concepciones valorativas*<sup>660</sup>.

## **2. Las teorías naturalistas:**

REYES ALVARADO las denomina así por cuanto el fundamento de la punibilidad está relacionado sobre conceptos ontológicos como la relación de causalidad de corte objetivo, o la intencionalidad de corte subjetivo, por lo que por ese carácter ontológico resultan más acordes con una visión naturalista, sin importar si son objetivas o subjetivas, como tradicionalmente se clasifican<sup>661</sup>. Estas concepciones a su vez se han asociado en teorías *objetivas, subjetivas y mixtas*.

## **3. Las teorías objetivas:**

FARRÉ TREPAT, refiere que esta teoría surge como resultado del pensamiento liberal dominante en el siglo XIX, en la cual conforme al denominado contrato social, la sociedad entrega al Estado una parte de su libertad y de sus derechos, para que éste a su vez asuma la responsabilidad de regulación y tutea de los mismos, motivo por el cual se atribuye al derecho la función de crear los límites de autoridad conferidos al Estado, entre otros el del poder punitivo, para evitar el autoritarismo o concentración excesiva del poder, así como también los límites de poder entre los individuos<sup>662</sup>. Por ello, bajo el entendimiento de este modelo de Estado, corresponde al Estado sancionar aquellos comportamientos que han lesionado bien los intereses como los bienes subjetivos o particulares, pero que se han querido proteger a través de las normas penales<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, P.10

<sup>661</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, P.11

<sup>662</sup> RAUCH, H, Die Klassische, P. 25. Citado por FARRÉ TREPAT ELENA, La Tentativa de Delito, Doctrina y jurisprudencia, Librería BOSCH – Ronda Universidad 11 – Barcelona, 1986, P.5.

<sup>663</sup> FARRÉ TREPAT ELENA, La Tentativa de Delito, Doctrina y jurisprudencia, Librería BOSCH – Ronda Universidad 11 – Barcelona, 1986, P.5

Así entonces resulta penalmente relevante para esta concepción, únicamente la manifestación de la voluntad de los individuos, es decir, sus acciones, sus actos, y no sus pensamientos o intenciones, en tanto que el componente subjetivo o moral del individuo, no es relevante para el derecho sancionador, pues, precisamente uno de los fundamentos del pensamiento liberal, es la división o separación entre derecho y moral, ya que de lo contrario se tendría un derecho penal de la voluntad<sup>664</sup>.

Son catalogadas así, precisamente porque el fundamento de la punibilidad está cimentado en lo objetivo, por fuera del querer o la intención del agente, ya que lo realmente relevante para quienes defienden esta postura, es que exista una clara manifestación del querer criminal expresado en actos que lesionen o pongan en *riesgo el bien jurídico*<sup>665</sup>, en una clara oposición de la *teoría subjetiva*, que finca el fundamento de la punibilidad ya no en el peligro del bien jurídico sino en el peligro que reviste el autor de la conducta.

Esta teoría del *riesgo creado*, o del peligro se fundamenta en otras dos posturas como lo son la i) *causalidad hipotética*, y ii) el peligro objetivo de *realización concreto*.

### **3.1 La teoría del peligro objetivo:**

Según esta teoría atribuida a VON HIPPEL, la tentativa merecía ser punible por cuanto suponía el peligro objetivo de realización de un tipo delictivo *concreto*, por lo que bajo esta visión, la tentativa resulta ser más peligrosa que los actos preparatorios pero menos peligrosa que el mayor grado de perfeccionamiento del delito, o sea la consumación, pues en la medida en que va progresando en el *iter criminis* las posibilidades de cambiar de opinión para el agente se van reduciendo, o van disminuyendo las opciones de que una causa externa sobrevenga o de que surja una falla en la conducta del sujeto<sup>666</sup>.

---

<sup>664</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.4

<sup>665</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, Primera Edición, 2017, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, P. 613.

<sup>666</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 20.

Se afirma que RITTLER también defendía que el fundamento de la punibilidad de la tentativa no estaba en la intención del autor, sino en su dimensión objetiva, en el “*apuntar objetivamente de la acción*” para lesionar un determinado bien jurídico, o en la “*tendencia objetiva*” de la acción hacia dicha lesión<sup>667</sup>. Esta concepción o criterio marcadamente objetivo, fue defendido por un sector de la doctrina alemana para quienes el fundamento de la punibilidad estaba cimentado sobre la “finalidad de la acción objetivamente reconocible” de lesión de un bien jurídico, postura que se dice no debe confundirse con el peligro creado por la acción al bien jurídico, pues esta finalidad que podría tenerse como subjetiva, no lo es, en tanto que ella hace parte no del injusto penal, sino de la culpabilidad<sup>668</sup>, postura que fue duramente criticada, al considerarse que ello no es más que un “*juego de palabras*”, pues la aceptación de una finalidad, es al mismo tiempo la aceptación del criterio subjetivo que estructura el injusto<sup>669</sup>.

Significa entonces que mientras en la teoría de la relación causal, el momento del juicio debía realizarse *ex post* (en tanto que lo que finalmente se tenía en cuenta para punir la conducta, era el resultado obtenido como consecuencia de la relación causal entre la acción y el resultado y al no presentarse finalmente la consumación, no era posible punir el comportamiento), en la teoría del peligro objetivo dicho momento se modifica, y se considera que el juicio debe hacerse *ex ante*, pues para determinar la punibilidad, lo que debe realizarse es un juicio de *pronóstico posterior* por un *espectador objetivo*, que teniendo los conocimientos de un hombre promedio, colocado en el mismo momento en que el agente comenzó su actuar delictivo, es decir, un análisis de atrás hacia adelante que permita evidenciar el efectivo peligro que revestía la conducta desplegada, pues hacerlo al contrario, se insiste, nunca sería posible punir la conducta, pues no generó la consumación<sup>670</sup>.

---

<sup>667</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.10.

<sup>668</sup> FARRÉ se refiere en ese sentido a OHELER, FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.10.

<sup>669</sup> Según FARRÉ uno de dichos críticos fue ZIELINSCKI, FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.11

<sup>670</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 22. En igual sentido, por DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit., P.61.

Ahora bien, estos elementos o criterios para poder elaborar un juicio que permita establecer el fundamento de la punibilidad del autor no resultarían suficientes al efecto, por lo que con el fin de lograr tal cometido, se propuso que el fundamento de la punibilidad estuviera cimentado en la peligrosidad de una conducta que pese a no haber logrado el resultado buscado, si tenía la posibilidad de alcanzarlo conforme con las reglas de la *experiencia*, razón por la cual el resultado debería ser fijado conforme con un “juicio estadístico” de peligro, pues considera que con el criterio del “*peligro estadístico*” (*statistische Gefhar*) se alcanza una protección integral del derecho al limitar “*el campo de acción de perturbadores factores causales*”<sup>671</sup>.

A pesar de esto, existen críticas contra esta postura formulada por otros autores para quienes el fundamento no puede estar cimentado sobre el criterio o carácter de peligrosidad de la propia acción, ya que no siempre que hay un peligro para los bienes jurídicos, debe haber una intervención del derecho penal, pues en el día a día hay múltiples actividades de riesgo para los bienes jurídicos que están amparados por el derecho penal, pero que no son sancionables, como sucede con la conducción, que es catalogada una actividad de riesgo, pero que no constituye por ello una tentativa de homicidio o de lesiones personales<sup>672</sup>.

Así entonces se encuentra en el contexto Colombiano a autores como ESTRADA VÉLEZ, para quien el fundamento de la punibilidad está cimentado sobre el *riesgo corrido*, sin embargo luego de hacer una breve referencia a la escuela *positiva* para quienes el fundamento se rige por la peligrosidad del agente, concluye que dicha discusión carece de importancia, pues lo cierto es que el motivo de punibilidad es el mismo para todos los delitos, y es que el Estado al establecer un cierto tipo penal lo ha hecho porque ha estimado que son peligrosos para el conglomerado social<sup>673</sup>.

Otro sector de la doctrina como REYES ECHANDÍA, toman como fundamento el criterio expuesto por PETROCELLI, en el sentido de que la razón de ser de punir la tentativa no

---

<sup>671</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Editorial B de F, Buenos Aires, P.26

<sup>672</sup> DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.62.

<sup>673</sup> ESTRADA VÉLEZ Federico, Derecho Penal, Parte general, Segunda Edición, Editorial TEMIS, 1986, P.128

tiene porqué ser diferente de la del delito consumado, pues cuando el agente comete un delito bien tentado no hace más que expresar su voluntad de querer ofender un bien protegido por determinado tipo penal, lo que genera la misma reacción sancionatoria que surgiría con un delito consumado<sup>674</sup>.

#### **4. Las teorías subjetivas:**

##### **4.1 La teoría basada en la voluntad delictiva:**

Así son entendidas la teorías o concepciones desde la cuales el fundamento de la punibilidad se explica no por el peligro para el bien jurídico (teoría objetiva), sino que se centran en la *intencionalidad* del agente, en la voluntad del autor contraria al derecho<sup>675</sup>, lo que MEZGER entendía como *resolución de cometer un crimen*<sup>676</sup>, criterio que se desprende de un derecho penal o sistema penal de *autor*<sup>677</sup>, que tiene su origen en el pensamiento o escuela *positivista*, y que guarda coherencia con la postura atribuida a VON BURI, que desarrolló la teoría de la *equivalencia de las condiciones*, según la cual todas las condiciones son igualmente importantes para la producción del resultado, motivo por el cual, aun cuando el resultado no se presente, dicha equivalencia debe mantenerse, por lo que poco importa la causa por la cual el resultado no se dio<sup>678</sup>.

Esto trae como consecuencia que sean punibles las conductas consumadas como las tentadas<sup>679</sup>, pues de acuerdo con el desarrollo de la escuela finalista, se consolidó un nuevo enfoque respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa, ya que se estableció que en el delito existían tanto el *disvalor de acción* como el *disvalor de resultado*, pues el *dolo*

---

<sup>674</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General, Cit. P.120

<sup>675</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.12.

<sup>676</sup> Ahora bien, MEZGER precisa que *la resolución de cometer el delito* a la que él se refiere, se debe entender como el *dolo de cometer un delito*, MEZGER EDMUND, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ob. Cit. P.232

<sup>677</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, Primera Edición, 2017, Ediciones Jurídicas Andrés Morales

<sup>678</sup> VON BURI MAXIMILIAN, “Ueber die sog. Untauglichen Versuchshandlungen”, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, Band 1, 1881. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Editorial B de F, Buenos Aires, P.33

<sup>679</sup> ZIELINSKI DIETHART, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Duncker & Humboldt, Berlin, 1973., citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 34.

constituye un elemento subjetivo del injusto, por lo que, no puede haber un dolo distinto del delito consumado, en tanto que, el delito consumado pasó primero por la fase de la tentativa<sup>680</sup>.

Por tanto, al incorporar la voluntad del agente como elemento subjetivo del injusto, la consecuencia lógica fue el dejar la teoría objetiva de la antijuridicidad, entendida como lesión al bien jurídico tanto del delito consumado como del tentado, para dar paso entonces al concepto de *injusto personal* con base en el *disvalor de acción*<sup>681</sup>. Así pues, la teoría subjetiva se decide por el *disvalor de acción* como fundamento de la punibilidad<sup>682</sup>, resultándole indiferente el resultado, por lo que como bien lo enseña REYES ALVARADO, el centro del injusto para la escuela finalista es el *disvalor de acción*, y por ello se dice que tal pensamiento coincide con la concepción subjetiva en punto de la tentativa<sup>683</sup>.

La consecuencia que trae esta postura es que si lo relevante es la preponderancia por el disvalor de acción, es decir, la perversa voluntad con la que se actuó, no hay posibilidad para debates en torno a otras figuras como la tentativa inidónea, ya que, lo que en últimas importa es si la conducta consiguió o no el resultado querido por el agente, pues la punibilidad será la misma tanto para la tentativa propiamente dicha como para la tentativa inidónea<sup>684</sup>.

#### **4.2 La teoría basada en la peligrosidad del actor:**

Existe otra vertiente en el seno de esta concepción subjetiva y es la de la *peligrosidad del autor*, lo cual, a diferencia de la teoría anterior, el fundamento está no sólo en la intención criminal sino además en la peligrosidad del autor, por lo que sólo es punible aquella que sólo se ha mostrado peligrosa frente a un determinado bien jurídico, pues aquí lo que se

---

<sup>680</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.15.

<sup>681</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.16

<sup>682</sup> DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.64

<sup>683</sup> SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Lehrbuch, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 34

<sup>684</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.12.



tienen en cuenta son consideraciones de índole preventivo-especial<sup>685</sup>. Esta concepción conlleva entonces que, frente al límite de punibilidad, al inicio de ejecución, no resulte suficiente con que se muestre la intencionalidad objetivamente, sino que se debe advertir como indudablemente peligrosa la intención criminal, motivo por el cual sea tan fuertemente criticada, entre otros, por FARRÉ TREPAT, para quien este argumento es sólo una excusa para poder castigar indistintamente al agente, convirtiéndose en un claro derecho penal de autor<sup>686</sup>.

La *peligrosidad*, es pues como lo afirma PÉREZ propia del *positivismo*, pues cuando se ejecuta la acción, lo que se pone de relieve es el peligro que esta persona representa, ya que nada podría impedir que más adelante vuelva a actuar de forma criminal, lo cual significa que lo que se castiga es su *capacidad de delinquir*, confundiendo el concepto de reincidencia con la tentativa<sup>687</sup>. Así en criterio de GOMEZ PRADA ésta era la teoría o postura asumida en nuestro país por el Código de 1936, por cuanto la peligrosidad social era la medida de la responsabilidad, pues toda conducta criminal revela la peligrosidad del autor<sup>688</sup>.

## 5. Las teorías mixtas:

Debe decirse que al estudiarse cada una de las teorías que intentan explicar el fundamento de la punibilidad, se encuentran argumentos muy válidos de parte en cada uno de ellos<sup>689</sup>, así como aspectos que se deben rechazar o por lo menos cambiar, pues el inconveniente no está en asumir una u otra postura, sino en considerar que sólo una de ellas, se encuentra de forma incuestionable la razón de ser de las cosas.

En esta categoría se encuentran quienes, como bien lo dice VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, consideran que el fundamento de la punibilidad está cimentado en una mezcla de las dos

---

<sup>685</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.21.

<sup>686</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.23.

<sup>687</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob. Cit. P.369.

<sup>688</sup> GÓMEZ PRADA AGUSTÍN, Derecho Penal Colombiano, P. 239.

<sup>689</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.24

teorías anteriores, para señalar que lo que justifica el punir la tentativa, es la necesidad de castigar por una parte la *voluntad criminal*, y por otra, *la peligrosidad* o riesgo en que fue puesto el bien jurídico<sup>690</sup>.

Bajo esta perspectiva, quienes defienden esta tercera respuesta al fundamento de la punibilidad, consideran que si bien la intención del autor es indispensable no resulta suficiente para que se estructure la tentativa<sup>691</sup>. Sin embargo, hoy día se dice que tanto la teoría objetiva como la teoría subjetiva son en el fondo mixtas, pues no desconocen la existencia del elemento objetivo ni subjetivo, sólo que dan prevalencia a uno de tales componentes, por lo que resultaría más apropiado hablar de *teorías mixtas con prevalencia objetiva* y *teorías mixtas con prevalencia subjetiva*<sup>692</sup>.

FARRET TREPAT es una de las defensoras de la nueva forma de concebir la teoría mixta, entendida ya no como una mezcla de dos posiciones teóricas que se excluyen, sino que partiendo de la base de que tanto en las objetivas como en las subjetivas hay elementos comunes, se da una mayor preponderancia a una de ellas. Con ese presupuesto acoge entonces la *teoría mixta con prevalencia objetiva*, pues por la finalidad preventiva de la norma penal, la misma está dirigida hacia la voluntad o querer del ciudadano en términos de disuadirlo para que no realice ninguna acción peligrosa respecto al bien jurídico (aspecto subjetivo); sin embargo como también la finalidad de la norma penal es la protección de los bienes jurídicos, resulta como necesario sólo castigar aquéllos comportamientos que los puedan poner efectivamente en riesgo<sup>693</sup>.

De igual manera debe indicarse que en el intento por fusionar estas dos posturas, se han creado diversas postulaciones teóricas para dar una razón intermedia al fundamento de la punibilidad, en tanto que finalmente aceptan como indispensables los factores subjetivo y objetivo para que haya tentativa, por lo que manifiestan que sólo puede hablarse del

---

<sup>690</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.614

<sup>691</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.48

<sup>692</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.48

<sup>693</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P. 37.

dispositivo amplificador del tipo, cuando exista una clara manifestación del pensamiento o intención criminal y además exista peligro para el bien jurídico<sup>694</sup>.

### 5.1 La teoría objetiva-subjetiva:

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ considera que ninguna de las teorías que se ha elaborado logra explicar el fundamento de la punibilidad, pues considera que las *objetivas* parten de un concepto “*problemático*” como el “peligro para el bien jurídico” aun cuando tengan un contenido de tendencia liberal; tampoco lo logran *las subjetivas* en tanto que partir de conceptos como la intencionalidad y peligrosidad resultan siendo un riesgo para el ámbito de punibilidad al punto de incluir los actos preparatorios que abren el camino al “derecho penal del enemigo”; tampoco la *teoría de la infracción a la norma* por su excesivo formalismo que la convierte en insostenible; y por último tampoco lo consigue la *teoría de la impresión*, que no tiene en sí un contenido real<sup>695</sup>.

Considera entonces el ilustre profesor que hoy se va hacia la construcción de una *teoría objetiva-subjetiva*<sup>696</sup>, en donde predomine el componente objetivo, según la cual la razón de ser de sancionar la tentativa, encuentra fundamento en la realización de *conductas socialmente relevantes* que tienden a *la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos* protegidos como consecuencia del *principio de ejecución* de la conducta criminal, como *manifestación de la voluntad criminal*<sup>697</sup>, postura ésta que en nuestro criterio se asimila en gran manera con la de FARRÉ TREPAT.

Esta misma postura es defendida por GARCÍA CAVERO quien refiere que para que sea punible la tentativa, es necesaria la relevancia social del hecho, la existencia de un *hecho socialmente perturbador*, lo cual significa que ni los hechos internos, ni los hechos o actos externos que no resulten relevantes son punibles. Así entonces conforme a esta concepción,

---

<sup>694</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.48

<sup>695</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Derecho Penal, Cit., P.955

<sup>696</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013 P.614.

<sup>697</sup> MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, Segunda reimpresión de la tercera edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2013, P.166,167.

sólo serán penalmente relevantes los actos que desconozcan un deber objetivo de cuidado, es decir, que tengan la capacidad de crear un riesgo no permitido por la ley<sup>698</sup>.

## 6. Las teorías valorativas:

A este grupo de teorías se las cataloga así por cuanto tienden a explicar el fundamento de la punibilidad desde un punto de vista *sociológico o jurídico*<sup>699</sup>, que según ALWART defensor de la teoría “dualista” o “naturalística”, resultan de vital importancia para el derecho penal, ya que el estudio de la necesidad de punir la tentativa desde dicho plano, resulta totalmente relevante en tanto que pueden tener incidencia respecto al juicio de punibilidad<sup>700</sup>, siendo éstas teorías fundamentalmente la *teoría del defecto de tipo*, la *teoría de la impresión* y la *teoría del quebrantamiento de la norma*.

### 6.1 La teoría de la impresión:

El inicio de esta teoría es atribuido, por una parte de la doctrina<sup>701</sup>, a CARRARA, pues el ilustre autor italiano señalaba que el peligro de la tentativa, ocupa el lugar del daño en el delito consumado, pero precisaba al mismo tiempo el autor italiano, que el peligro de la tentativa debía ser asimilado a la *conmoción social* que el hecho delictivo consumado causa en la sociedad, pues la sociedad siente el mismo impacto el mismo terror de que dicho mal se vuelva a repetir<sup>702</sup>.

---

<sup>698</sup> GARCÍA CAVERO PERCY, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Cit. P. 608.

<sup>699</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.52

<sup>700</sup> ALWART HEINER, “Stradwürdiges Versuchen”, Duncker & Humbolt, 1982. P.52, citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.52

<sup>701</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.57

<sup>702</sup> Refirió Carrara en su obra:

“A la razón de penar derivada del *daño inmediato*, que cesa en las tentativas, se sustituye la razón que nace del *riesgo corrido*: ésta hace las veces del *daño* y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física *objetiva* y también aunque resulta incompleta su fuerza física *subjetiva*”.

§ 7.º

Esta idea es la base de toda la doctrina sobre la tentativa criminal. Si bien no tenga que deplorarse un suceso *dañoso*, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito é idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. La tentativa, que pone en *peligro* la seguridad, produce un *daño político*, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna”. CARRARA FRANCISCO, Teoría de la Tentativa y

Con posterioridad VON LIZST aseguraba que el fundamento de la punibilidad era el *resentimiento* individual y social que se genera como reacción instintiva frente al delito<sup>703</sup>, por lo que autores como BÜNGER coincidieron en considerar que el *resentimiento* como razón de ser de castigar la tentativa, se centra en la reacción instintiva de la sociedad contra toda conducta que amenaza los bienes jurídicos que ella misma pretende proteger<sup>704</sup>.

FARRÉ TREPAT por su parte señala que para los teóricos de esta concepción, la tentativa es punible sólo cuando además de existir una acción o comportamiento que deleve una intención de querer cometer un delito, tal conducta debe tener la capacidad de generar *conmoción social*, un sentimiento de inseguridad tal, que se justifica la necesaria imposición de una pena, pues de no hacerlo se afectaría la confianza en el ordenamiento jurídico<sup>705</sup>.

Se dice que esta teoría alcanzó su mayor punto de desarrollo con HORN, y es la doctrina dominante en Alemania<sup>706</sup>, quien señaló que para poder punir la tentativa era necesario que convergieran dos elementos, el *elemento subjetivo* que lo compone la *impresión* que el hecho fallido causa en cuanto hubiera podido concretarse, y un *elemento objetivo* compuesto por la existencia de un *peligro de carácter abstracto* para el bien jurídico<sup>707</sup>,

---

de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito, traducida por VICENTE ROMERO GIRÓN, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1877, P.7.

<sup>703</sup> VON LISZT FRANZ, “Literaturbericht” en Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenscahft (ZStW), Verlag Von J. Guttentag (D.Collin), Berlin und Leipzig, Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 58

<sup>704</sup> BÜNGER, ZStW 6 (1886), Cit., PP. 361 y 362. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 58.

<sup>705</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P. 25

<sup>706</sup> Esta afirmación es hecha por autores como KRATZSCH en Verhaltensteuerung...,Cit., P.63; KHÜL, JuS 1980, Cit., P.122, así como también otros autores alemanes como ROXIN, JuS 1979, Cit., P.1; RUDOLPHI HAASN JOACHIN, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, 5. Auflage, 1991, vor 22 Rn 14, afirman que es la teoría acogida por el Código Penal alemán vigente desde 1975. REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 59. En este mismo sentido FARRET TREPAT refiere que efectivamente la doctrina dominante alemana ha acogido esta teoría, señalando entre otros a MAURACH/Zipf,A.T.II.P.18, MEYER J. ZStW, 87, 1975, P.604; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, StGB, num 23 antes del &22. Citados por FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P. 25.

<sup>707</sup> HORN ARNOLD, “Der Versuch. Begründung einer objektiven Versichstheorie in Hinblick auf empirische Psychologie”, en Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenscahft (ZStW), Verlag Von J. Guttentag (D.Collin), Berlin, 20. Band, 1900, pp. 314,342,256 y 357. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 58.

razón por la cual existen doctrinantes como FARRÉ<sup>708</sup> que los ubican dentro de las concepciones mixtas, en tanto que mezcla las teorías objetivas y subjetivas. Así entonces se dice que el fundamento de la punibilidad de la tentativa se sustenta en la *impresión* que la puesta en marcha de la intención criminal causa en el conglomerado social, que ve frustrada su confianza en el ordenamiento jurídico, pues se afecta la sensación de seguridad que la comunidad espera encontrar, y por ende debilita la paz y el derecho<sup>709</sup>.

No obstante, una de las críticas que se hace a esta teoría es la hecha entre otros por FARRÉ TREPAT, y es que el fundamento de punibilidad no puede estar cimentado sobre la “*conmoción psico-sociológica*”, sino en el peligro de naturaleza objetiva que tal conducta crea frente a los bienes jurídicos<sup>710</sup>; de igual forma se le reprocha que no todas las conductas que constituyen una tentativa causan impresión, o al menos la misma impresión en la sociedad, así como no todas las conductas que generan impresión constituyen la tentativa; también se le critica que adolece de consistencia sistemática, en tanto que la punibilidad por efecto de la teoría de la impresión, sólo sería predicable de la tentativa más no del delito consumado, pues en el delito consumado la impresión quedaría supedita al resultado, en tanto que en la tentativa la impresión de lo no sucedido sería su fundamento, y esa inconsistencia es la base para que JAKOBS uno de sus críticos, afirme que la inexistencia de la impresión impide la configuración de la tentativa, pues no sería admisible que un tal elemento sólo sea predicable para el dispositivo amplificador, y no para las demás formas delictivas<sup>711</sup>, lo que conduce a tener que afirmar que esta teoría resulta a todas luces insuficiente como fundamento sólido de la punibilidad.

## **6.2 La teoría del defecto del tipo:**

---

<sup>708</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.25

<sup>709</sup> JESCHECK, Lehrbuch, cit., P.478, KIENAPFEL, Diethelm, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Manzsche Verlags- und Univesitätsbuchhand-lung, Wiem, 4. Auflage, 1991, pp. 100 y 101. En igual sentido, BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Madrid, 1.999, P.466.

<sup>710</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P. 27.

<sup>711</sup> JAKOBS GÜNTHER, Lehrbuch, Cit., &25/20, P. 712. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 63.

DAZA LORA refiere que esta teoría es descartada como una teoría válida para fundamentar la punibilidad de la tentativa, pues su construcción o su creación nunca tuvo como finalidad, ser un fundamento de punibilidad, sino por el contrario, servir de parámetro para disminuir la pena, ante la falta de algún o algunos elementos del tipo penal<sup>712</sup>, pues en principio, el legislador es quien asigna a cada elemento o mejor, a cada condición que estructura el delito una determinada cantidad de “mal”, razón por la cual cada una de esas condiciones es una cantidad de pena independiente, por lo que de faltar alguna de estas condiciones, la pena se disminuirá en esa proporción<sup>713</sup>.

Esta teoría recibió fuertes críticas de MITTERMAIER, por cuanto la pena y el delito forman un solo cuerpo, de forma tal que si la conducta desplegada adolece de alguno de las condiciones exigidas por la ley, no es posible imponer una pena, pues en estricto sentido no hay delito, y si el delito no existe, de contera deviene inexistente la pena, pues la misma se impuso como consecuencia de una conducta no prevista en la ley como delito<sup>714</sup>, por lo que mal podía decirse que tal falta de condición era “mentirosamente llamada atenuante” de la pena según BINDING<sup>715</sup>.

Cabe por último resaltar que, para JAKOBS, esta teoría puede ser útil como una limitante de la tentativa, pero sin que pueda servir de base para cimentar sobre ella su punibilidad, pues esta concepción no es catalogada estrictamente como una teoría, por lo que gran parte de la doctrina no la considera<sup>716</sup>.

### **6.3 La teoría normativa o de quebrantamiento de la norma:**

---

<sup>712</sup> DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.65

<sup>713</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 37.

<sup>714</sup> MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, “Ueber den Einfluß des Mangels am Thatbestand auf das Strafurteil”, en Neues Archiv für Criminalrecht (NACR), Halle 3. Band, 1820, P.396. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.55

<sup>715</sup> BINDING, GS 85 (1917), Cit.,PP.259 y 260, citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 37.

<sup>716</sup> JAKOBS GÜNTHER, Lehrbuch, Cit., &25/20, P. 712. Citado por DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.68. Confrontar también con REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 63.

Se dice que esta teoría adquiere el nombre de *normativista*, por el marcado acento del pensamiento funcionalista radical, por ser producto del normativismo, el cual tiene como estructura la propuesta por DAZA LORA, *imputación objetiva + imputación subjetiva = esquema único para el delito tentado y el delito consumado*<sup>717</sup>. Esta teoría se cuestiona si como se decía por las teorías ya referidas, el pensamiento y lo que compone la esfera interna es impune o ajeno al derecho penal, pues ciertos actos del fuero interno sí resultan relevantes por atentar contra los propios bienes jurídicos, como sucede con el consumo de drogas, y si todo lo externo es relevante para el derecho penal, o tan sólo aquél comportamiento que tenga un interés para la sociedad, como lo sería una orden de registro y allanamiento con el fin de contrarrestar la delincuencia que revista interés para la sociedad.

Por ello para lograr una mejor diferenciación, esta postura considera que se debe recurrir al criterio de la *imputación objetiva*<sup>718</sup>, bien para un delito consumado o tentado, pues aquí resulta de la mayor trascendencia establecer si un comportamiento se enmarca en el *riesgo permitido*, o *contrario sensu*, ha generado un *riesgo jurídicamente desaprobado*, por cuanto lo relevante para el derecho penal bajo esta concepción, no es la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico, sino si la realización de cierto comportamiento por fuera del riesgo permitido, constituye una forma indebida de ataque contra el bien jurídico<sup>719</sup>.

Así pues, para JAKOBS el juicio de imputación objetiva no termina con el hecho de establecerse que un determinado comportamiento constituye un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que tenga ejecución en el resultado, debiéndose entender el “resultado”, no sólo como la simple transformación del universo exterior, sino por sobre todo, como un

---

<sup>717</sup>DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual, Cit. P.71

<sup>718</sup> Según KINDHÄUSER, “el primer trabajo en el que se discute el concepto de imputación objetiva es del año 1930 y lleva el título “Causalidad e imputación objetiva”. Su autor fue Richard Honig, quien poco después, a causa de la dictadura nacionalsocialista, emigró a Estados Unidos y volvió después de acabar la guerra, aunque se dedicó a otros ámbitos del derecho, dejando así el derecho penal. Ahora bien, para el posterior desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, la situación no era demasiado favorable no solamente por motivos políticos, sino también por motivos científicos, pues la teoría final de la acción de Welzel había ocupado el primer plano de la discusión.” KINDHÄUSER URS, Tendencias del Derecho Penal Contemporáneo, Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Ediciones USTA, Bogotá D.C., 2012, P.71.

<sup>719</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.72



*quebrantamiento de la vigencia de la ley penal*, ya que esto es lo que viene justificar en si la intervención del Estado<sup>720</sup>. Por tanto, para JAKOBS hay un quebrantamiento de la norma cuando el sujeto despliega una conducta que él llama “*comunicativamente relevante*”, es decir, cuando el agente realiza una conducta que evidencia el desconocimiento de la norma penal<sup>721</sup>.

Por tanto, el fundamento de la punibilidad de la tentativa no está solamente en el desconocimiento de la norma, sino en la forma en que el mismo se presenta, pues no basta con que sea producto de una conducta causalmente atada al autor, así como tampoco que responda a la intención perversa del agente, ni que tal conducta genere una conmoción social, pues lo que verdaderamente resulta trascendente es que el quebrantamiento de la vigencia de la norma pueda ser entendido desde la imputación objetiva como una *indebida forma de ataque al bien jurídico*, lo que significa, que “*alguien haya creado con su acción un riesgo jurídicamente desaprobado que pueda ser considerado realizado en el resultado*”<sup>722</sup>.

Por estas consideraciones, es que REYES ALVARADO dice que también podría denominarse esta teoría como *teoría del quebrantamiento de la norma* pero que considera más ajustada denominarla *normativa*<sup>723</sup>, y otros como SANCINETTI denominarla “*teoría de la expresión*” en contraposición de la teoría de la impresión<sup>724</sup>.

Así, autores como ALCÁCER GUIRAO refieren que la protección de la vigencia de las normas como fin del derecho penal y fundamento de punibilidad, debe entenderse como la garantía de que terceras personas *respetarán las prescripciones del ordenamiento y no atentarán contra sus intereses*, pues a diferencia de lo que sucede con la protección de los bienes jurídicos que solo ampara las condiciones materiales de la libertad (vida, salud,

---

<sup>720</sup> JAKOBS GÜNTHER, Lehrbuch, Cit.&25/21, P.73. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.70.

<sup>721</sup> JAKOBS GÜNTHER, Kaufman – Gedächtnisschrift, Cit, P.279. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.72.

<sup>722</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.74

<sup>723</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.74

<sup>724</sup> SANCINETTI, Fundamentación Subjetiva... Cit. P.46 Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.74

propiedad), la protección de *la vigencia de la norma protege las condiciones subjetivas de desarrollo de esa libertad*, por cuanto las cobija en un marco de tranquilidad y seguridad<sup>725</sup>.

---

<sup>725</sup> ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, Estudios sobre la Tentativa y el Desistimiento en Derecho Penal, Ob. Cit. P.17

**CAPITULO IV**  
**EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN COMO LÍMITE DE LA ACTIVIDAD PUNIBLE**  
**EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**1. Introducción:**

Una de las consecuencias que conlleva establecer cuál es el fundamento de la punibilidad, es que ella va a delimitar a partir de qué momento una acción es o debe ser punible, de suerte entonces que si se el legislador ha optado por preferir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (derecho penal de acto), significa entonces que el límite de la punibilidad estará dado por los actos que lesionen o pongan en riesgo tales bienes, pero si por el contrario, se ha optado por la intención criminal del agente (derecho penal de autor<sup>726</sup>), el límite de la punibilidad será mucho más amplio<sup>727</sup>, de lo que se desprende entonces la necesaria demarcación del “inicio de ejecución” de la conducta, lo que implica el inobjetable estudio de tener que distinguir entre *actos ejecutivos* y *actos preparatorios*<sup>728</sup>.

Otra consecuencia lógica que se desprende del fundamento de la punibilidad es la concepción que predomine para ello, pues, si se ha dado preferencia a la concepción objetiva en donde la razón de castigar es el riesgo o lesión del bien jurídico, aquellas conductas que no tienen la capacidad de generar una lesión o de poner en riesgo el bien jurídico, no son punibles, de donde se sigue que comportamientos como la tentativa inidónea no deben ser sancionables<sup>729</sup>.

---

<sup>726</sup> Actualmente la doctrina italiana habla de la tendencia de la praxis a asumir un *derecho penal del tipo de autor* en contravía del derecho penal del acto de corte liberal, garantista, como juicio de responsabilidad penal, el cual debe servir no para fundar sobre este aspecto la responsabilidad, sino el tipo de medida a imponer en fase de ejecución. FLORA GIOVANI, Verso un Diritto Penale del Tipo di Autore, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008, P.559-571.

<sup>727</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 275.

<sup>728</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.6.

<sup>729</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa de Delito, Cit. P.6. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, P.184.

Conforme con la descripción del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual nadie será juzgado “*sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”, nuestro país está cimentado sobre un sistema penal que da prelación al hecho o al *acto* y no al *autor*, pues todo aquello que no se exprese mediante acciones, actos, conductas, no tiene ningún tipo de interés para el derecho penal, razón por la cual como bien lo decía CONCHA, mientras la resolución criminal, sólo esté en la mente del agente, la misma no resulta castigable, en tanto que en nada está afectando a la sociedad, incluso si dicha intención fuera expresa por el agente mediante una confesión, una manifestación de su querer delictivo, tal acto por sí sólo considerado no es punible<sup>730</sup>, en respeto del principio romano de ULPIANO “*cogitationis poenam nemo patitur*” y el alemán “*Gedanken sind Zollfrei*” la no punición de los pensamientos o ideas es un principio absoluto, pues ellos no delinquen<sup>731</sup>.

También en nuestra latitud, saber en qué momento inicia la ejecución de la conducta reviste toda la discusión respecto al momento en el cual los actos o la acción preparatoria se convierte en ejecutiva<sup>732</sup>, pues lo cierto es que una premisa basilar en esta discusión, es que, por regla general los actos meramente preparatorios no son punibles<sup>733</sup>, - *principio de no punibilidad* -<sup>734</sup> lo cual indica que esta regla, también tiene su excepción, pues por criterios de política criminal<sup>735</sup> pueden existir actos preparatorios que, “*en atención al valor del bien*

---

<sup>730</sup> CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, Ob. Cit. P.57

<sup>731</sup> RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ MARÍA, SERRANO GÓMEZ ALFONSO, Derecho Penal Español, Parte General, 17ª Edición, DYKINSON, Madrid, 1994, P.777.

<sup>732</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P.275

<sup>733</sup> MAYER MAX ERNST, Derecho Penal, Parte General, Traducción de SERGIO POLITOFF LIFTSCHITZ, Colección Maestros del Derecho Penal, Editorial B de F, Argentina, 2007, P.434

<sup>734</sup> MAURACH REINHART, Derecho Penal, Parte General, 2, Formas de Aparición del Delito, y las Consecuencias Jurídicas del Hecho, actualizado por KARL HEINZ GÖSSEL, y HEINZ ZIPF, Traducción de la 7ª edición alemana por JORGE BOFIL GENSZCH, Editorial Astrea de Alfred y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, P. 8.

<sup>735</sup> Se dice que la expresión política criminal, entendida “como disciplina del “ser” no es más que una aplicación de la política jurídica y esta, a su turno, una derivación de la sociología jurídica, presentándose como una técnica para lograr o refinar ciertos efectos causales de las normas de derecho en la organización y el funcionamiento de la vida social. Como disciplina del “deber ser”, en cambio, que es el modo como generalmente se la entiende en la actualidad por los juristas, su punto de visa es doble: a) Primero, el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico nacional e internacional, con los cuales las normas legales son sometidas, lo mismo que las teorías jurídicas sobre ellas, a una permanente confrontación crítica con el fin de evitar contradicciones, desarmonías o vacíos en la sistematización vertical; b) En segundo lugar, la política criminal somete las normas, las teorías y la propia práctica judicial del derecho penal a una labor constante de “crítica externa”, compulsándolas a cada paso con los valores ideales de legitimidad, justicia,

*amenazado por ellas*” como sucede actualmente con el terrorismo que atenta contra la seguridad del Estado se hace necesaria su sanción<sup>736</sup>, o, en atención al alto grado de *“peligrosidad personal”* de quien preparó la comisión del delito, constituyen dichos actos por sí mismos *“una amenaza actual a la paz jurídica y, por ello, son sometidas a una pena”*<sup>737</sup>.

La discusión entonces en nuestro país no es nada diferente de la que sigue existiendo hoy día en el mundo, y está planteada en poder establecer la distinción entre actos ejecutivos y preparatorios, pues la estructura que tiene el artículo 27 de nuestra codificación penal respecto a la tentativa, a diferencia de la italiana en su artículo 56, no sólo contempla los actos idóneos y unívocos, sino que además también contempla el principio de ejecución: *“El que iniciare la ejecución de una conducta punible...”*

Esto impone el tener que analizar con profundidad, los conceptos de actos preparatorios y actos ejecutivos, y así poder establecer si existe alguna diferencia entre ellos, y cuáles pueden ser los parámetros para su identificación, a diferencia del sistema italiano en donde dicho principio, por lo menos, en la estructura legal del artículo 56 del C.P., fue suprimido.

En el seno de esta discusión, se han presentado dos posturas, la de quienes niegan cualquier posibilidad de distinción entre estas dos clases de actos del *iter criminis*, y que debido a ello es denominada *teoría negativa*<sup>738</sup>, y la de quienes consideran que, si es posible tal distinción, y por tanto siguen las *teorías positivas*<sup>739</sup>.

## **2. Teorías negativas:**

---

libertad, seguridad y solidaridad de la comunidad jurídica nacional e internacional, que es de donde emanan los principios político-criminales, v.gr. los de legalidad, culpabilidad, lesividad, humanidad, intervención mínima, etc.” Ver FERNANDEZ CARRASQUILLA JUAN, Concepto y Límites del Derecho Penal, TEMIS, Santa Fé de Bogotá, 1992.

<sup>736</sup> HURTADO POZO JOSÉ, Manual de Derecho Penal, Cit., P.236

<sup>737</sup> MAURACH REINHART, Derecho Penal, Parte General, Cit. P.9.

<sup>738</sup> VELÁSQUEZ V., Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.616.

<sup>739</sup> VELÁSQUEZ V., Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.616.

Existe un gran número de autores que consideran imposible el poder distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos como CARMIGNANI, ROSSI, GEYER, quienes para ilustrar tal imposibilidad, se refieren a la “*encuadratura de un círculo*”<sup>740</sup>, sin que pueda decirse por esto que su intención es la de que se deban castigar los preparatorios, sólo que una tal tarea de poder fijar un criterio general y único para poder delimitar el paso de los preparatorios a los ejecutivos es un imposible<sup>741</sup>.

Algunos autores como BERNER en el país germánico, han expresado que a pesar de que pueda resultar clara la distinción conceptual “*entre actos preparatorios y ejecutivos, es difícil, por igual, precisar dónde termina la preparación y comienza la ejecución*” puesto que, “*...las más de las veces no hay elementos para probar que un acto sea estrictamente preparatorio de una determinada acción*”<sup>742</sup>, lo que comparte también MAYER, MÜNSTER y MASSARI<sup>743</sup>.

Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA considera que el mayor exponente de esta postura es Arturo Rocco en Italia al redactar en el nuevo Código Penal Italiano de 1930 la nueva estructura de la tentativa, en la que se eliminó el principio de ejecución como criterio para poder delimitar el paso de los actos preparatorios a los actos ejecutivos, pues la razón para su eliminación en el nuevo código, fue el considerar que tal principio en nada ayudaba a poder distinguir cuando los actos debían ser punibles, por lo que era inútil su consagración<sup>744</sup>, de allí que autores como SCARANO así lo reafirmaran, como se puede observar en un aparte citado por JIMÉNEZ DE ASÚA:

*"Es verdad que una cosa es el acto de preparación y otra el acto de ejecución; es verdad que preparar un delito es cosa distinta que ejecutarlo; es verdad que, según la imagen de Vannini, una cosa es preparar los pinceles y otra pintar, pero no es menos cierto que la tentativa no puede quedar reducida a un acto de ejecución. La ecuación entre ejecución y acto no existe, puesto que no se trata de cantidades homogéneas entre ellas. Es un error deducir de la naturaleza ejecutiva del acto su*

---

<sup>740</sup> GEYER, II tentativo, en *Riv. p.*, vol. XIV, págs. 309 y sigs, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado., Ob. Cit.P.350

<sup>741</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit., P.350

<sup>742</sup> BERNER ALBERT FRIEDERICH, Lehrbuch, § § 103-104, Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratato de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 351.

<sup>743</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 351

<sup>744</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 352,353

*incriminabilidad. He ahí todo el problema. Es posible establecer la distinción entre actos de preparación y actos de ejecución, porque está en la naturaleza de los hechos humanos; pero no es posible ni legítimo, en cuanto entidades no homogéneas, reducir, en el mundo del Derecho, el ámbito de la tentativa al inicio del delito, y por tanto inferir de esta injustificada reducción la diferencia entre tentativa y actos preparatorios (ÍI Tentativo, pág. 40)”<sup>745</sup>.*

Así entonces SCARANO busca el límite de la punibilidad en dos criterios, el *fin* y la *univocidad*, pues en la tentativa no se puede dejar de lado el elemento finalista, pero este fin no lo entiende como se entiende la “acción finalista” sino como la “resolución criminal”, es decir, algo más *profundo* y *determinado* que la mera intención, lo cual se ha rechazado por lo inconsistente del argumento, si se tiene en cuenta que para la tentativa se exigiría la simple intención o dolo, pero para la tentativa una intención mayor<sup>746</sup>.

### **3. Las teorías positivas: distinción entre actos preparatorios y ejecutivos.**

Estas teorías según la doctrina pueden clasificarse a su vez, en *subjetivas*, *objetivas* y *mixtas*. Las *positivas subjetivas*, son denominadas así por que parten de la opinión del agente sobre el plan criminal, es decir de su determinación o resolución para cometer el hecho, por lo que resulta suficiente con acreditar el plan o la intención criminal del agente para que exista tentativa<sup>747</sup>. Ahora bien, resulta necesario precisar que la distinción entre teorías objetivas, subjetivas y mixtas obedece más a un criterio académico o mejor didáctico que permita entender de mejor forma las diferentes posturas existentes, y que se agruparán en una u otra categoría, según su cercanía con la concepción que del fundamento de punibilidad tenga.

Un punto de partida importante que puede tenerse en cuenta, es que no existe discusión en la doctrina (al menos aquella que soporta la teoría del delito en la dogmática alemana como Colombia), respecto a que al hablar de tentativa se habla al mismo tiempo de principio o

---

<sup>745</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit. P. 352.

<sup>746</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado., Ob. Cit. P.354.

<sup>747</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.616

inicio de ejecución, como límite de punibilidad de los actos realizados en el delito<sup>748</sup>, no son punibles los actos preparatorios, pues estos son entendidos como su misma palabra lo dice, como aquéllos que preparan la ejecución, que sirven para la realización del delito, pero que precisamente por no ser parte de la realización, no pueden ser sancionables<sup>749</sup>, independientemente de los argumentos que se expongan<sup>750</sup>.

REYES ALVARADO afirma que, así como resulta acertado afirmar que la no existencia de consumación constituye un *límite negativo* de la tentativa, la necesaria actuación del agente más allá de los actos preparatorios se convierte en un *límite positivo*, razón por la cual cuando una conducta se enmarque entre estos dos límites, podrá decirse que hay delito tentado.

### **3.1 Teorías objetivas:**

El criterio general de la doctrina es el de catalogar dentro de las teorías objetivas, aquellas posturas que fijan el límite de punibilidad de los actos ejecutivos desde *datos externos*<sup>751</sup>, es decir desde la objetividad de los propios actos, por lo que se distinguen principalmente la del criterio o teoría formal-objetiva y el criterio o teoría objetiva-material<sup>752</sup>.

#### **3.1.1 Teoría formal-objetiva:**

---

<sup>748</sup> MITTERMAIER, En su anotación IV al manual de FUERBACH, Lehrbuch, Cit., P.73. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit., P.282.

<sup>749</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit., P. 277

<sup>750</sup> Diferentes criterios se han expuesto para justificar la impunidad de los actos preparatorios, como por ejemplo i) razones de índole práctico, pues de llegar a punirlos lo único que se conseguiría sería que el agente los realice de forma mucho más oculta (VON BAR), ii) o que su punibilidad obedecería más a querer castigar la sola intención (VON BAR), iii) o que debido a la indeterminación respecto al delito que se quiere cometer, no permite su sanción (VON BAR), o, iv) que al ser actos tan remotos de la consumación es factible que el agente desista de su realización, como también que se sienta disuadido por la norma (ZACHARIA). Confrontar en REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit., P.278.

<sup>751</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit., P. 285.

<sup>752</sup> BALMACEDA HOYOS GUSTAVO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Librotecnia, Primera Edición, Santiago de Chile, 2014 P. 247.



La denominación de esta teoría como *formal objetiva*, según parece surge con la distinción que ZACHARIA hizo entre actos preparatorios y actos ejecutivos<sup>753</sup>, pues conforme su criterio, la conducta del agente sólo será punible cuando la misma constituyera un *verdadero elemento de la acción descrita en el tipo penal*, es decir, cuando se hubiera empezado a infringir la norma penal<sup>754</sup>, razón por la cual, partidarios de la concepción objetiva que consideraron afirmar que al ser necesario el cumplimiento de un elemento del tipo penal, es decir, de una formalidad de ley, tal concepción debía catalogarse como objetivo formal<sup>755</sup>.

MEZGER atribuye a BELING en su obra sobre “La Teoría del Delito”, el uso del “*núcleo del tipo*” como el criterio a través del cual se puede diferenciar los actos preparatorios de la tentativa, pues sólo aquéllos actos o acciones que encierran el núcleo del tipo, son actos ejecutivos, es decir, que se debe tener en cuenta el verbo rector consagrado en la norma para saber que a partir de allí los actos son ejecutivos, o mejor, ya existe tentativa, y si la norma exige medios o varios actos para la realización del delito, con el inicio del primero de esos actos o con el uso del medio habrá entonces tentativa<sup>756</sup>.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ reafirma este entendimiento, pues efectivamente para lograr la diferenciación entre los actos preparatorios y los ejecutivos, es necesario tener en cuenta el tipo penal previsto, es decir, que se debe precisar si la conducta o acción realizada por el agente se ajusta a dicha descripción, lo que denotaría el carácter de *acto ejecutivo* a tal conducta<sup>757</sup>, por lo que los demás actos que no se puedan enmarcar en tal acción típica resultarán ser *preparatorios*<sup>758</sup>.

---

<sup>753</sup> ZACHARIA HEINRICH ALBERT, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, erster Theil, Dieterischen Buchhandlung, Göttingen, 1836, P.203. Citado por REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 286.

<sup>754</sup> MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, 2ª Edición, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Cit. P.185

<sup>755</sup> REYES ALVARADO YESID, El delito de Tentativa, Cit. P. 286.

<sup>756</sup> MEZGER EDMUND, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción de la 2ª Edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, P. 239.

<sup>757</sup> ARAQUE MORENO DIEGO, Derecho Penal, Parte General, Cit. P.537

<sup>758</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P.616

MIR PUIG aduce que esta teoría, usada en España, pero abandonada en países como Alemania según JESCHEK<sup>759</sup>, indica que la tentativa se presenta con el “juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto”, doctrina que para MIR tiene como virtud el respeto profuso por el principio de legalidad, pero en estricto sentido no aporta ninguna ayuda al problema de poder establecer a partir de cuando comienza la realización del delito, pues decir que el principio de ejecución comienza cuando la conducta inicie la conducta descrita en la norma es decir y no decir nada, pues precisamente lo que la discusión trata de resolver es a partir de cuándo se inicia la ejecución de la acción, es decir, ¿cuándo se puede decir que inicia la acción, por vía de ejemplo, cuando se quiere “matar” a alguien con arma de fuego, desde cuando entonces se inicia a matar, sólo desde cuando se le dispara a alguien, o desde cuando se le apunta, o desde cuando se le espera para asesinarlo?<sup>760</sup>

FARRÉ TREPAT refiere al igual que MIR PUIG, que ésta es la postura acogida en su momento por España, y prueba de ello es que el máximo Tribunal de Justicia de dicho país en su jurisprudencia ha entendido que la tentativa se configura cuando se realiza algún acto que supone la realización del “núcleo del tipo”<sup>761</sup>.

Pero el propio MIR PUIG critica tal postura, por cuanto si ello fuera así, no podría hablarse de tentativa en conductas de ejecución instantánea, como el homicidio, pues la acción de matar, no permite la indeterminación, en tanto que “se mata o no se mata” ya que si se aplicara dicha teoría, hasta tanto no se “mate”, es decir, hasta tanto no se perfeccione la conducta, no podría hablarse de tentativa, lo cual es a todas luces absurdo, por lo que un tal

---

<sup>759</sup> JESCHECK, Tratado, P.707, Citado por MIR PUIG, Derecho Penal, 8ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2006, Cit. P.348

<sup>760</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, 8ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2006, Cit. P.348.

<sup>761</sup> Trae a colación las Sentencias del 06 de octubre de 1976 (A.3909) y de 1978 (A.3376) en donde el Tribunal Supremo expuso: Estos supuesto no traspasan la esfera de los actos preparatorios, porque ninguno de ellos empieza a dar principio, directamente por actos externos, a la **acción del núcleo de la tipología de matar definidora del delito de homicidio**” (negrilla fuera del texto). Y más adelante trae a colación: “hoy resulta pacífico entre los penalistas que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser **considerados como de ejecución**, mientras que aquellos otros que mantienen su actividad en la llamada zona periférica, por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar este vienen siendo calificados como preparatorios, de tal suerte que la tentativa de homicidio requiere para su existencia que su autor, haya empezado a matar, no bastando que el inculpado haya comprado un cuchillo o una pistola o una sustancia venenosa, pues tales actos aún no van dirigidos directa o indirectamente, como exige el citado precepto, a la muerte de un hombre...” (negrilla fuera del texto) FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P.195.

planteamiento debe rechazarse. Ello debe tener un entendimiento de lo que significa ejecución, mucho más amplio, y es que la ejecución debe tener como base no el realizar la acción típica, sino un criterio que permita dar vida a la tentativa, como lo sería el *principio de ejecución*<sup>762</sup>.

La doctrina más respetada afirma que sin desconocer el gran número de teorías generadas en Alemania, son esencialmente dos las que predominan, la *formal* que atribuye a BELING<sup>763</sup> y que fue adoptada por ALFELLD<sup>764</sup> y VON HIPEL<sup>765</sup>, y la teoría *material* formulada por MAYER<sup>766</sup>, MERKEL<sup>767</sup>, LISZT-SCHMIT<sup>768</sup>. La formal es conocida también como del *núcleo del tipo*<sup>769</sup>, y exige que se analice el verbo activo del tipo penal, es decir, el que usa la ley, como “matar” o “apoderarse” por lo que los actos que *están en la parte externa*<sup>770</sup> sólo pueden ser preparatorios, sin embargo al igual que MIR PUIG, FARRÉ TREPAT y JESCHEK, está en desacuerdo con tal visión, pues no logra delimitar cuando se empieza a realizar la acción delictiva, cuestión que en criterio de MAURACH<sup>771</sup> se resuelve haciendo un análisis en concreto del tipo y no en abstracto del hecho. RITTLER también manifestó que tal postura *objetiva formal*, fue la acogida por Austria a través del Código Penal redactado por VON HYE<sup>772</sup>, refiriendo entonces lo siguiente: “*Sólo puede*

---

<sup>762</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, Cit. P.348.

<sup>763</sup> BELING, Von Verbrechen, Pgs.247 y ss, Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, P.529

<sup>764</sup> ALFELLD, en el Lehrbuch de H. Meyer, P.192, Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, P.529

<sup>765</sup> VON HIPEL, D.S. tomo II, P.399 y ss. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, P.529

<sup>766</sup> MAYER M.E., A.T. P.352. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P. 530

<sup>767</sup> MERKEL PAUL, Grundriss, P. 151. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P. 530

<sup>768</sup> LISZT-SCHMIT, Lehrbuch, § 32,I, 2, b, P.180,181, y § 44, I, P.298 y ss. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P.530.

<sup>769</sup> BELING, L. Von Verbrechen. P.246. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P.530

<sup>770</sup> VON HIPEL dice lo siguiente frente a estos actos que quedan en la parte externa del núcleo: “La acción ejecutiva es la acción típica, del delito en particular, es decir, aquella conducta que cae que lógicamente cae ya, como típicamente adecuada, bajo el tipo de delito, porque corresponde, *in concreto*, a la conducta generalmente puesta allí bajo una pena. Así, por ejemplo, la acción de matar en el homicidio, el apoderamiento en el hurto... Por el contrario, son acciones preparatorias aquellas que preceden temporalmente a la acción típica y cuya existencia *hace posible o facilita*, pero que aún no son subsumibles bajo el tipo delictivo; es decir, no son típicamente adecuadas. Así, especialmente, la procura del medio para el acto, *informarse* de la ocasión, *concertarse elección* del lugar para el hecho, etc.” (D.S., vol. II, pág. 398)”. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P. 530.

<sup>771</sup> MAURACH, Lehrbuch A. T. 3ª Edición, P. 193, 418. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit., P.530

<sup>772</sup> VON HYE, redactó en el Código Penal Austriaco que existía tentativa cuando “hay una acción u omisión externa, con la cual se pueda reconocer ya, de por sí, algo objetivamente contrario a la ley”. JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P. 531.

*ser tentativa de un delito, la acción que corresponda inmediatamente al tipo (Tatbild) de ese delito que pertenezca al núcleo de aquél (Tatbildkern)”<sup>773</sup>.*

Sin embargo JIMÉNEZ DE ASUA, critica tal postura si es acogida de forma extrema, pues, considera que la misma es acertada parcialmente, pues no logra abarcar la totalidad de las circunstancias que la realización de un delito conlleva, ya que hay ciertos actos que a pesar de ser en sí mismo preparatorios, por su estrecha relación con el núcleo del tipo (entiéndase verbo rector, la acción descrita por el tipo) son un comienzo de ejecución, es decir, son ejecutivos, como sucede con los actos previos a la violación de una mujer, en el que la fuerza previa para alcanzar el acceso carnal, se constituyen en un principio de ejecución de la conducta<sup>774</sup>, planteamiento ya expuesto por MITTERMAIER quien refirió que *según la naturaleza del delito intentado, varias acciones precedentes en el lugar del delito, y dirigidas contra el objeto del mismo, pertenecen inmediatamente a la característica principal de este delito”<sup>775</sup>*. Este criterio es el que abre paso a la llamada *teoría material objetiva*.

### **3.1.2 Teoría material-objetiva:**

Esta teoría tiene como antecedente más próximo a FRANK, quien había manifestado ya en sus primeras versiones del Código Penal (Strafgesetzbuch) que existe *“un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión, con la acción típica, aparecen como elementos de ella, según la concepción natural”<sup>776</sup>*. Sin embargo esta postura es formulada principalmente por MAYER, quien fundamentó la tentativa en el peligro para el bien jurídico por la acción ejecutiva, en tanto que, como se dijo en precedencia, el comienzo de ejecución o la acción ejecutiva tiene inicio, *cuando los actos alcanzan la esfera de protección del bien jurídico*, pero que para la doctrina por hacer

---

<sup>773</sup> RITTLER THEODOR, Lehrbuch, P.263,264. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA, Cit. P.531

<sup>774</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.534

<sup>775</sup> MITTERMAIER, Die rechtliche Bedeutung des 'Ausdruck "Anfang der Ausübung"', en Gerichtssaal, 1859, pág. 22. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.534.

<sup>776</sup> FRANK, Strafgesetzbuch, 1897, § 43. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.535

referencia a la *acción típica*, resulta ser más de corte mixto, que una teoría propiamente objetiva<sup>777</sup>.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ dice que según la corriente *material objetiva* es necesario que se tengan en cuenta dos criterios, i) que en el principio de ejecución de cualquier acción en relación con la acción típica, resulte como parte integrante de ella según la “*concepción natural*”, pues de lo contrario sólo serán actos preparatorios, y ii) se tenga en cuenta el *peligro* que corrió el bien jurídico, pues los actos sólo adquirirán la condición de *actos ejecutivos* cuando pongan en riesgo o peligro el bien jurídico, de lo contrario seguirán siendo meros *actos preparatorios*<sup>778</sup>.

Esta teoría en criterio de REYES ALVARADO es la respuesta al interrogante que generaba la teoría objetivo formal<sup>779</sup>, pues mientras en aquélla el interrogante que se generaba era saber cuándo se inicia la acción típica, es decir, en palabras de MIR PUIG, cuando se da inicio al “*campo previo*” de la consumación<sup>780</sup>, en ésta se respondía que son actos ejecutivos aquellos actos que se encuentran vinculados a la acción típica, como elementos propios de la conducta por su, así dicha, “*concepción natural*”<sup>781</sup>, criterio éste último fuertemente criticado<sup>782</sup> por su indeterminación o vaguedad, pero que la doctrina alemana procuró resolver con algunos criterios, que resultan de fusionar o considerar tanto los criterios objetivos como los subjetivos, es decir a través de lo que se ha denominado como teorías mixtas, u objetivas-subjetivas.

### **3.2 Teorías subjetivas:**

#### **3.2.1 Teoría subjetiva extrema:**

---

<sup>777</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.535

<sup>778</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P. 616

<sup>779</sup> REYES ALVARADO, La Tentativa, Cit., P.289.

<sup>780</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Cit., P. 349

<sup>781</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Cit., P. 349.

<sup>782</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Cit., P. 349

Según la doctrina<sup>783</sup>, son las teorías subjetivas las más antiguas en punto de la punibilidad de la tentativa, pero a pesar de ello, de forma concreta su ubicación histórica está referida al año de 1871, en el que se dio la unificación de la legislación alemana, lo que generó en materia penal respecto al delito, la discusión alrededor del principio de ejecución<sup>784</sup>, respecto de la cual se formularon distintas teorías, que, creemos con finalidades pedagógicas y de fácil entendimiento, desde siempre se han catalogado en objetivas y subjetivas.

Los primeros planteamientos que se dieron en relación con el inicio de la tentativa punible tenían como punto de partida el fundamento subjetivo de la punibilidad del delito tentado, es decir, el riesgo o peligro que constituía el agente que se expresaba en su intencionalidad de haber querido cometer un delito, motivo por el cual el inicio de la actividad punible, era la simple exteriorización de la voluntad delictiva, es decir, que la acción desplegada con mala intención era el límite del principio de ejecución, razón por la cual esta primera forma de fijar el límite de punibilidad se catalogó o se denominó como *teoría subjetiva extrema*<sup>785</sup>. Empero, por lo vaga, por no decir *gaseosa* fue rápidamente abandonada por la doctrina, pues tal postura permitía terminar haciendo punibles, incluso actos preparatorios remotamente lejanos.

### 3.2.2 Teoría del “*dolus ex re*”:

Como respuesta a la concepción, así llamada *extrema*, se formuló un nuevo planteamiento conocido como “*dolus ex re*”<sup>786</sup>, según la cual, no era suficiente la exteriorización de la conducta, sino que era necesario además tener en cuenta cuál era el delito que se quería cometer, es decir, que conforme con esta particular teoría, la tentativa era punible cuando de los mismos hechos se podía extraer la intencionalidad de cometer un delito específico<sup>787</sup>, criterio protegido por HÄLSCHNER, quien argumentaba que una acción no podía ser

---

<sup>783</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 144.

<sup>784</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 144.

<sup>785</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 145.

<sup>786</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 146.

<sup>787</sup> FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 146.

considerada como tentativa, si la misma no permitía identificar de forma clara la intención delictiva de cometer un determinado delito<sup>788</sup>

MAURACH por su parte dice que tal teoría tuvo como fundamento la jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán (*Reichgericht*), pues la misma se basó en el criterio de la “concepción natural” de FRANK<sup>789</sup>, pero de una forma individualizada, es decir, que se debía realizar el juicio de delimitación de la tentativa punible, con los “*ojos del autor: lo que él se ha representado como amenaza directa del bien jurídico, es vinculante también para el tribunal; lo que él considera como punto inicial de una cadena causal, devanada conforme a su plan, debe ser considerado también, por el tribunal, como "comienzo de la ejecución"*”<sup>790</sup>.

Así entonces, entendiendo que conforme con las concepciones subjetivas que fundamentan la punibilidad de la tentativa en *la intención del agente*, según esta misma concepción, el inicio o principio de ejecución estará dado por el momento en que el autor *exterioriza dicha intención criminal*<sup>791</sup>. Cuando se dice bajo esta concepción subjetiva, que el límite de la punibilidad que la tentativa está dado por la importancia objetiva que pueda tener un determinado comportamiento humano<sup>792</sup>, no puede entenderse en su sentido abstracto, sino que debe entenderse como la “*presencia de una voluntad contraria a derecho*”, que se puede inferir con fundamento en ese comportamiento exterior, por lo que la trascendencia de la exteriorización de los actos<sup>793</sup> tan sólo sirve como un medio de prueba de lo que en últimas delimita el principio de ejecución: “*la voluntad delictiva*”<sup>794</sup>.

---

<sup>788</sup> HÄLSCHNER, System Des Preusciches Strafrechts, I, 1858, P. 183. Citado por FARRÉ TREPAT, La Tentativa, Cit. P. 146.

<sup>789</sup> El criterio de la “concepción natural” como *parte integrante* de esta acción., significa para FRANK lo esencial, lo decisivo, es decir, que, para la delimitación entre los actos preparatorios y los ejecutivos, habrá de tenerse en cuenta que el hecho viene dado por **el curso natural del suceso**; “se da tentativa cuando el autor inicia un *ataque inmediato* contra el bien, presentándose los actos ulteriores como el desarrollo, adecuado, planeado, del delito”. MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Juan Córdoba Rueda, II, Ediciones Ariel, Barcelona, P.176.

<sup>790</sup> MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Juan Córdoba Rueda, II, Ediciones Ariel, Barcelona, P. 177.

<sup>791</sup> REYES ALVARADO, La Tentativa, Cit. P. 313.

<sup>792</sup> Esta concepción subjetivista, según la cual los actos externos permiten advertir sin ninguna duda a la intención de cometer un delito, se conoció como la “*teoría del dolus ex re*”.

<sup>793</sup> Frente a la necesaria manifestación exterior de los actos como requisito para que los mismos resulten penalmente relevantes, refiere DE ROSA, que a lo largo del desarrollo de la historia del derecho penal, debe

No obstante, una tal postura ha sido objeto de múltiples críticas, pues no da una solución seria o por lo menos más concreta que permita poder delimitar de forma clara el inicio de ejecución, pues como lo refiere KRATZSCH, la presencia de una intención criminal es prácticamente inherente a todas las acciones preparatorias y no compone un elemento esencial de la tentativa que permita diferenciarla de aquellas actuaciones<sup>795</sup>. Por tanto como se indicó en precedencia, esta postura no encontró respaldo por lo “ilógica” que resultaría pensar que sólo los actos ejecutivos tienen en sí una intención criminal, pues como bien lo señalara la doctrina referida arriba, hasta los actos preparatorios tienen en sí una intención criminal, razón por la cual para dar una solución a tan acertada crítica, BOCKELMAN propuso en su momento acudir al criterio que el denominó “*la prueba de fuego de la situación crítica*” como el límite que por fin podría permitir aclarar cuando se da inicio a los actos ejecutivos o tentativa punible<sup>796</sup>, pues dicha “prueba” nacería en el momento en el que el agente toma la decisión de forma definitiva sobre la realización de la conducta delictiva, “*decisión esta que serviría como indicador de la potencialidad de la decisión contraria a derecho*”<sup>797</sup>. Esto significa entonces como bien lo indica REYES ALVARADO, que, siendo una concepción subjetiva, la valoración del momento en el cual se supera dicha “*prueba de fuego de la situación crítica*”, debe ser hecha “*con base en la representación que el autor de la conducta tenga con relación a la inmediatez del peligro para el bien jurídico*”<sup>798</sup>.

A pesar de ello, se trató de seguir desarrollando criterios que permitieran una mejor delimitación clara del comienzo de ejecución, llegándose a proponer como lo hizo

---

decirse que según HEGLER no siempre fue así, pues teniendo en cuenta la relevancia del elemento subjetivo dentro de la tipicidad, identificó una serie de delitos definidos por el como *delitos con tendencia a exceder* en los cuales se verificaría una anticipación de la ofensa al bien protegido, hasta las consideraciones de las intenciones del agente. Cfr. DE ROSA LUCA, Reato Putativo e Disvalore Di Intenzione, L'Indice Penale, Anno XII -N.2, Luglio – Dicembre 2010, CEDAM, P.509-530.

<sup>794</sup> REYES ALVARADO, La Tentativa, Cit. P. 315.

<sup>795</sup> KRATZSCH, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1983, P. 424. Citado por REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Cit. P.314.

<sup>796</sup> BOCKELMANN PAUL, “Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch” en Juristengzeitun (JZ), Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, P.473. Citado por REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.315.

<sup>797</sup> REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.315.

<sup>798</sup> REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.315



MAIHOFER, que tal momento puede establecerse a partir del momento en el que el agente, se dice interiormente “¡vamos!” o “¡ahora o nunca!”, es decir, que hay tentativa punible cuando una acción va más allá del “*umbral del “vamos”*”, subjetivamente hablando, y expone el bien jurídico protegido a un *peligro cercano concreto*<sup>799</sup>, sin embargo, a pesar de ser un criterio diferente de la “*prueba de fuego*”, también se dice que en el fondo son exactamente idénticas, lo que no fue óbice, para que el Tribunal Supremo Alemán, los hubiera utilizado en varias veces para resolver casos puesto a su consideración<sup>800</sup>.

### 3.3 Teorías Mixtas:

Las teorías *positivas mixtas* según VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, propugnan por tomar elementos de las teorías objetivas y subjetivas, por lo que afirman entonces que se debe tener en cuenta *el plan del autor* como parte de la acción típica según la concepción natural<sup>801</sup>.

CORDOBA ANGULO, expresa que conforme con esta concepción, para poder distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, son necesarios tanto i) el principio de ejecución de la conducta (aspecto objetivo), ii) *el plan concreto del autor* (aspecto subjetivo), y iii) el *análisis realizado por un tercero* que observe con objetividad colocado en la misma situación concreta del autor, luego son actos ejecutivos, los actos que de acuerdo al plan del agente, significan ponerse en marcha la realización del hecho criminal<sup>802</sup>.

Es MEZGER uno de los más sobresalientes defensores de esta postura, ya que cuestionándose o planteándose la dificultad que es el poder hacer una distinción entre actos ejecutivos y preparatorios, dijo que el punto de partida era la *teoría jurídico-positiva formal*, pero en los casos difíciles, era indispensable la *material*<sup>803</sup>. Sin embargo es el

---

<sup>799</sup> MAIHOFER WERNER, Der Versuch der Unterlassung, en Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R.V. Decker's Verlag, G. Schenck, Hmburg, 1958, P. 293. Cfr. REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.316.

<sup>800</sup> REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.316.

<sup>801</sup> VELÁSQUEZ V. FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Cit. P. 618

<sup>802</sup> CORDOBA ANGULO MIGUEL, La Tentativa, Cit., P.28.

<sup>803</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.539

penalista Suizo GERMANN quien con mayor precisión desarrolla una fórmula que fusiona las dos posturas, pues considera que la fórmula que permite distinguir entre “*tentativa punible y preparación impune, corresponde absolutamente al punto de vista que nosotros hemos aplicado ya como mensuración para la 'punibilidad relativa' de la tentativa: es decir, como medida penal en relación con el delito consumado: el 'paso decisivo' significa siempre, en todo caso, en concordar el alto grado de la 'madurez del acto' con la voluntad criminal*”<sup>804</sup>.

Es este el criterio dominante en Alemania, aun cuando la misma tenga diferentes vertientes<sup>805</sup>, pues otros autores como SCHÖNKE y SCHRÖDER procuraron conciliar la necesidad de las dos concepciones para poder solucionar el conflicto, manifestando que el punto limítrofe entre los actos preparatorios y actos ejecutivos, puede ser establecido mediante la *fórmula*: a) *voluntad del autor* de realizar un delito, y b) la *proximidad típica de la acción*<sup>806</sup>, fórmula que arroja como resultado, un nuevo criterio que se debe atender al realizar el juicio, “*la acción según el plan del autor*”<sup>807</sup>, la cual puede expresarse de la siguiente manera:

$$\begin{array}{ccccccc} \text{Voluntad del Autor} & + & \text{Proximidad Típica de la Acción} & = & \text{Acción según el Plan del Autor} \\ \text{VA} & & \text{PTA} & & \text{APA} \end{array}$$

ROXIN partiendo de la definición que el artículo 22 del Código Penal Alemán trae de la tentativa, señala que la tentativa exige para su configuración un *inicio inmediato*, un disponerse inmediatamente a la realización de la conducta delictiva descrita en la ley, motivo por el cual los actos, acciones o comportamientos que se encuentren antes de ese momento inmediato no son ejecutivos y por tanto no son punibles, pero, si lo que se busca

---

<sup>804</sup> GERMANN O.A., Das Verbrechen, págs. 74-75. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.539.

<sup>805</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.5340.

<sup>806</sup> SCHÖNKE – SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 12\* edición, pág. 244. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.541.

<sup>807</sup> SCHÖNKE – SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 13\* edición, pág. 258-259. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.541.

es precisamente poder establecer ese puntual momento, no puede sin hacerse sin tener en cuenta la *representación del autor*<sup>808</sup>.

JIMÉNEZ DE ASÚA también se adscribe a esta concepción mixta, pero que prefiere llamar “*orgánica*”<sup>809</sup>, en tanto que el juicio para poder delimitar los actos preparatorios y ejecutivos debe partir del criterio objetivo formal, en tanto que el principio de ejecución exige el *ingreso al núcleo del tipo penal*, para luego atender al criterio objetivo material, *el riesgo para el bien jurídico*, pero que requiere para que pueda ser orgánica, del *plan del autor*<sup>810</sup>.

WELZEL parece ser quien más énfasis hace sobre *el plan del autor* como criterio para poder delimitar la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, o si se quiere, a partir de cuándo hay tentativa punible, pues consideraba que el juicio debía realizarse no desde su dimensión interior sino desde su dimensión exterior como inicio de ejecución de la acción típica, lo cual significa que la determinación del principio de ejecución tenga como fundamento el “*plan individual del autor*”<sup>811</sup>.

JESCHECK refiere que efectivamente han sido superadas las teorías subjetivas, y las teorías objetivo-formales, para dar paso a lo que él denomina *teoría objetiva-individual* (teoría mixta), que exige tener en cuenta el elemento subjetivo (representación del hecho por el autor), así como el objetivo (la puesta en marcha inmediata de la realización del tipo), teoría esta última, que puede apoyarse en la teoría *objetivo-material*<sup>812</sup>. La delimitación, por tanto, de la tentativa punible, exige conforme a esta nueva concepción, *la representación del hecho del autor*<sup>813</sup>, pues de la realización del hecho que compone el todo de la acción, solo podrá identificarse el inicio de tal realización desde *el plan del autor* sin el que resultaría mucho más difícil poder determinar cuando se ha entrado en el núcleo

---

<sup>808</sup> ROXIN CLAUS Derecho Penal Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Cit. P. 434.

<sup>809</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.552

<sup>810</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit., P.552.

<sup>811</sup> WELZEL HANS, Das Strafgestzbuch, 9ª Ed., P.171. Citado JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Cit. P. 554.

<sup>812</sup> JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.557

<sup>813</sup> JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.557.

de la acción<sup>814</sup>. Sin embargo, este criterio debe valorarse en relación con la “*inmediata puesta en marcha de la realización del tipo, la tentativa debe acercarse hasta el límite mínimo de la acción típica*”<sup>815</sup>.

Así, MAURACH se refería a que, en el momento de realizar el juicio de delimitación de los actos preparatorios frente a los actos ejecutivos, debía partirse de la sinergia entre las dos teorías, de la *concepción subjetiva*, es decir, sin apartarse de los “*ojos del autor*”, pero limitado por la *concepción objetiva*, esto es, realizando un juicio *ex ante* de un *observador imparcial*, que basado en la *experiencia general ex post*, le permita establecer según la experiencia común de las cosas, que el acto reviste un peligro para el bien jurídico protegido”<sup>816</sup>.

Ahora bien, para MIR PUIG la *puesta en peligro inmediata* y la *inmediatez temporal* constituyen dos criterios objetivos que permiten realizar el juicio “*del plan del autor*”, así bajo el primer criterio, el principio de ejecución comenzará con la inmediata puesta en peligro del bien jurídico, en tanto que bajo el segundo criterio, la tentativa punible comenzará cuando se realice un acto *inmediatamente anterior* a la total ejecución de la conducta típica, considerando que es el criterio de la inmediatez temporal el más preciso, en tanto que no está sujeto a la incertidumbre del *cuándo hay peligro* o cuando se ha comenzado a poner en peligro el bien jurídico<sup>817</sup>.

---

<sup>814</sup> JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.557.

<sup>815</sup> JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Cit. P.557.

<sup>816</sup> MAURACH, R., Tratado de Derecho Penal, Cit. P.177-179

<sup>817</sup> MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 9ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2011.

Este criterio de la inmediatez temporal adoptado por el derecho alemán, en consideración de MIR PUIG también es aplicable en el derecho español, por efecto de la similar descripción típica que la legislación española tiene de la tentativa. Dice el referido autor: “El adverbio «directamente» puede interpretarse como exigencia de conexión directa, al estilo de Frank, entre el acto de que se trate y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de ésta. Y tal exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que *no falte ninguna fase intermedia* (STS 2227/2001 de 29 nov.) entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica suponga varios actos). Para decidirlo entiendo que es preciso contemplar la acción en sus distintos *momentos dotados de unidad de significado* (p. ej: seguir a la víctima, preparar el arma, apuntar, disparar) puesto que desde el solo punto de vista naturalístico no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho. Por otra parte, cada uno de estos momentos podrá pertenecer a la fase de preparación, de tentativa o de consumación, según el lugar que ocupen en el *plan de ejecución del autor*.” Para explicar el planteamiento el ilustre autor señala varios ejemplos más adelante:

### 3.4 Teoría Normativa:

El principal exponente de esta doctrina es ZACZYK, quien en su intención de desmarcarse de las teorías objetivas y subjetivas, consideró que la tentativa era la vulneración de la libertad externa del otro, postura esta que termina adquiriendo una connotación más arraigada en la norma en relación con el problema<sup>818</sup>, pero sin que logre precisar en principio qué se debe entender como “*usurpación de la libertad ajena*”, pues existen muchas situaciones en las cuales son ataques a la libertad jurídicamente constituidas no ameritan, no alcanzan el umbral de un reproche penal, como lo pueden ser las cirugías consentidas por el paciente, la permanencia prolongada en las salas de espera de los profesionales de la salud o de abogados, situaciones éstas que llevaron a tener en cuenta dos criterios adicionales como la intencionalidad y la “*adquisición del control sobre el bien jurídico*”<sup>819</sup>.

Para explicarlo, pone como ejemplo el caso de la persona que llama a la puerta ajena, lo cual en principio es una conducta normal, pero si ese acto tiene una finalidad el poder ingresar a la residencia para cometer un hurto, entonces debe ser reprochado, pues en este caso la acción ejecutiva se ha iniciado desde ese momento en el cual el agente con su

---

“Ejemplos: En un delito de dos actos como el robo con violencia o intimidación, la tentativa empezará ya en la fase inmediatamente anterior a ejercer la violencia o la intimidación: así, cuando el ladrón llega hasta la víctima con ánimo de amenazarle con un cuchillo que ya tiene en la mano, y sin necesidad de esperar a que tome el dinero. Sin embargo, aunque el tipo describa una sola conducta, como la de matar en el delito de homicidio, el plan del autor puede requerir distintos actos para la realización completa de tal conducta. Ejemplo: El autor tiene planeado matar a su víctima a golpes, para hacer mayor su sufrimiento; la acción de matar requiere aquí varios actos, los distintos golpes que sean necesarios, de modo que ya el primer golpe inicia la estricta realización de la conducta homicida; por ello, la fase inmediatamente anterior en que empieza la tentativa será la que precede al primer golpe, y no habrá que esperar a que el autor vaya a asestar el último golpe que acaba por matar. No basta, pues, tener en cuenta cuáles son el último y el penúltimo movimiento musculares. “En el supuesto más arriba propuesto del que tiende una trampa a su enemigo para disparar sobre él una vez en ella, la tentativa empezará cuando el autor inicia la acción de disparar, ya que ésta constituye la fase de conducta (dotada de unidad de significado) inmediatamente anterior a la producción de la muerte. No es preciso, en cambio, esperar al movimiento muscular de apretar el gatillo si el mismo forma parte de una global acción de disparar que se decide practicar sin interrupción desde que se coloca el arma en posición de tiro. Confrontar MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 9ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2011, P.357.

<sup>818</sup> ZACZYK, “Das Unrecht der versuchten Tat”, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, 243, 252 y 308. Citado por REYES ALVARADO, El delito de Tentativa, Cit., P.324.

<sup>819</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit. P. 324.

conducta *adquiere el control* sobre el bien jurídico afectado que logra una condición de superioridad sobre la víctima<sup>820</sup>.

Sin embargo esta tesis es bastante inconsistente, por cuanto acudir al criterio de la intencionalidad no se consigue la seguridad jurídica que se busca, pues como lo dice REYES ALVARADO, frente a la *intencionalidad*, en el caso del cirujano que desea la muerte del paciente que es su enemigo, por efecto de su ética profesional lo opera de forma exitosa, pero por haber invadido de tal forma un ámbito de libertad ajeno, tendría que responder por homicidio en la modalidad de tentativa, y frente al momento en el cual se *adquiere el control*, en el caso de una banda delincuencia que pretende atracar una estación de gasolina, tocan la puerta de una casa contigua con la esperanza de que alguien les permita el paso, sería inaceptable que en ese momento han adquirido el control sobre el bien jurídico o adquirieron una posición dominante sobre aquél, pues si no había nadie en dicho establecimiento no existiría la posibilidad de influir directamente sobre el empleado para que hiciera la entrega del dinero, por lo que tal criterio termina por desvanecerse, por lo frágil que termina siendo<sup>821</sup>.

#### **4. Actos ejecutivos y actos preparatorios: El interminable debate.**

Frente a este interminable debate, uno de nuestros primeros doctrinantes como el Dr. CONCHA, consideraba que para que existiera tentativa no era requisito que se hubiera dado inicio al hecho que constituye el delito, pues sólo basta con que el agente haya intentado realizar la conducta de una manera inmediata y directa, pues en su criterio la tentativa no puede entenderse solo como el principio de ejecución del acto que constituye el delito, sino también como “*el inicio de ejecución del delito de varios actos que sean más que la preparación y menos que la ejecución*”<sup>822</sup>.

---

<sup>820</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit. P. 325.

<sup>821</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit. P. 325

<sup>822</sup> Para ilustrar su planteamiento, pone como ejemplo la persona que una vez escalada una pared, ingresa a la vivienda, pero es sorprendido sin que hubiera podido iniciar ningún tipo de conducta, por lo que considera que no puede ser castigado como autor de la tentativa de algún delito, pues dicho acto aún sigue siendo equívoco, en tanto que bien podía tener la intención de hurtar o de “rpto” u otra conducta. Caso contrario sería el caso de la persona que compra un veneno con el fin de matar a otra, y se lo entrega a su criado para que se lo suministre en el alimento, y éste efectivamente lo proporciona en la comida que se le ofrece a la

Concluye entonces que son *actos preparatorios* los que no tienen relación directa e inmediata con un delito determinado, y por ende *no son punibles*<sup>823</sup>, en tanto que los *actos ejecutivos* por el contrario son aquéllos que tienden directa e inmediatamente al cumplimiento del delito como lo define la ley. Sin embargo, hace dos precisiones puntuales respecto a los actos preparatorios: que 1) los actos preparatorios en sí mismos pueden no ser punibles si están referidos con los actos ejecutivos de una conducta, pero ser punibles por ser ellos solos constitutivos de otro delito, y 2) que los actos preparatorios de un delito consumado que ejecutó otro, pueden ser punibles, pero no a título de tentativa, sino a título de complicidad<sup>824</sup>.

Para otro de nuestros “clásicos” doctrinantes como GAITAN MAHECHA lo que diferencia los *actos preparatorios* de los *ejecutivos*, es que los primeros aún siguen siendo equívocos, como cuando se compra un arma de fuego, en tanto que *los ejecutivos* ya tienen la característica de ser *unívocos*, como cuando la acción no deje duda del perfeccionamiento del delito<sup>825</sup>. Sin embargo, esta distinción en nuestro criterio, no resulta del todo clara, pues lo que bajo unas circunstancias considera como un *acto preparatorio* en otros lo considerará como un *acto ejecutivo*, y así lo deja ver cuando ejemplifica el caso de la persona que compra un arma, en donde señala que dicho acto como tal es preparatorio, pero será ejecutivo cuando se valoren otras circunstancias como la enemistad, públicas manifestaciones del ánimo, preparación, y permitan advertir que dicho acto se realizó con la finalidad de matar<sup>826</sup>, postura que se acompasa más con la nueva estructura de la tentativa italiana, en la que se suprimió el principio de ejecución, y que para la doctrina dominante permite punir actos, que bajo el prisma del principio de ejecución tan sólo serían preparatorios.

---

víctima, pues éste acto si es ya ejecutivo, y en consecuencia hay tentativa de homicidio. CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, Ob. Cit. P. 59.

<sup>823</sup> La razón por la que los actos preparatorios no deben ser punibles, es que los mismos resultan ser equívocos, pues por lo general no permiten establecer con certeza la intención criminal del agente, es decir, no se pueden determinar con un delito específico,

<sup>824</sup> CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, Ob. Cit. P.60

<sup>825</sup> GAITAN MAHECHA, Curso de Derecho Penal General, P.104

<sup>826</sup> GAITAN MAHECHA, Curso de Derecho Penal General, P

El maestro LUIS CARLOS PÉREZ por su parte refiere que resultaría incorrecto afirmar que los únicos actos punibles son los ejecutivos, pues en su criterio, pueden existir actos que siendo preparatorios resultan ser “*auténticas formas de ejecución*”, por lo que señala los cuatro criterios que permiten distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos: a) *el cronológico*, que tiene en cuenta la cercanía del acto con el resultado buscado, por lo que serán preparatorios los más lejanos y ejecutivos los más próximos, b) *la índole propia del acto*, en donde tienen un carácter equívoco los preparatorios, respecto al carácter unívoco de los ejecutivos, c) *el origen*, en tanto que se individualiza el acto preparatorio en su contenido causal, y d) *el psicológico*, pues en el acto ejecutivo se exterioriza la intención la voluntad, en tanto que en los preparatorios no<sup>827</sup>.

Considera por tanto que se debe rechazar toda postura que inadmite la punibilidad de los actos preparatorios, y *contrario sensu*, debe asumirse una postura más flexible frente a ello, en tanto que es factible que, al analizar diversas circunstancias propias del caso en concreto, pueda determinarse la naturaleza ejecutiva de actos preparatorios, y en consecuencia puedan ser castigables<sup>828</sup>.

Concluye entonces, que además del *principio de ejecución*, también debe atenderse a la *idoneidad y univocidad de los actos*, así como también a las *reglas de la experiencia*, es decir, al sentido común, pues si alguien es sorprendido escalando un muro, no lo hace para asustar o divertirse, o si es sorprendido al interior de una vivienda con las ganzúas utilizadas para abrir una cerradura, generalmente no se hace por dar un paseo en casa ajena.

También se ha dicho por otro sector de la doctrina como TORRES VELÁSQUEZ, que es verdaderamente dificultoso poder establecer una línea o criterio que permita definir cuando un acto es preparatorio y cuando uno es ejecutivo, por lo que propone que se atienda al tipo penal en concreto, pues sólo así podrá definirse bajo las circunstancias que rodean el caso establecer el proyecto delictivo del autor, y con fundamento en ello determinar que actos son preparatorios y cuáles ejecutivos<sup>829</sup>.

---

<sup>827</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob.Cit. P. 372

<sup>828</sup> PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Ob.Cit. P. 373.

<sup>829</sup> TORRES VÁSQUEZ FILENÓN, Manual de Derecho Penal, Ediciones USTA, Bogotá, 2011, P.413.



## 5. Nuestra posición:

Luego de hacer un recorrido por las diferentes posturas existentes, consideramos que la discusión debe situarse en dos planos diferentes, es decir, una cosa es establecer conceptualmente *qué son los actos preparatorios* y los *actos ejecutivos*, desde donde creemos que si es posible hacer una tal, no sólo importante, sino necesaria distinción, y otra cosa es fijar un criterio único que permita en todos los casos poder decir *a partir de que acto o momento* es o no ejecutivo, es decir, fijar un criterio que resuelva el debate, lo que creemos improbable.

La evolución del propio ser humano, pero por sobre todo el acelerado desarrollo de la tecnología a niveles nunca antes imaginados, el cambio climático, la globalización de la economía, de la política y también del derecho<sup>830</sup>, ha conllevado infortunadamente a nuevas formas de criminalidad nunca antes imaginadas, pero inevitables, que traen nuevos retos principalmente para el derecho penal<sup>831</sup>, al punto de que se discuta ya la existencia de un nuevo modelo de justicia penal globalizada<sup>832</sup>.

Cuando los padres del derecho penal, y cuando digo padres<sup>833</sup>, me refiero principalmente a la academia italiana y alemana, que a no dudarlo, son los dos países más importantes del derecho penal en el mundo, construyeron de forma consistente y sólida la teoría del delito, lo hicieron sobre la base de una criminalidad en mi criterio “normal”, es decir, de crímenes

---

<sup>830</sup> BORJA JIMÉNEZ EMILIANO, Globalización y Concepciones del Derecho Penal, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, P.19-87.

<sup>831</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Formas Nuevas Y Emergentes De Delincuencia: Amenazas Con Que El Mundo Debe Contar, Documento no oficial, pero de carácter informativo únicamente, en el marco del 13o CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL Doha, del 12 al 19 de abril de 2015, se puede revisar en el siguiente link: <http://www.un.org/es/events/crimecongress2015/pdf>; consultado 04 de mayo de 2018.

<sup>832</sup> CAFFARENA MAPELLI BORJA, El traslado de personas condenadas entre países (hacia un nuevo modelo de justicia penal globalizada) Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

<sup>833</sup> Sólo de forma enunciativa podemos citar en Italia: Beccaria, Carrara, Rocco, Petrocelli, Impallomeni, Bettiol, Vannini, Manzini, Antollisei, Gallo, etc.; y en Alemania, Fierbahr, Welzel, Mezger, Mayer, Von Liszt, Beling, Von Buri, Maurach, etc.

“tradicionales”<sup>834</sup> como el homicidio, las lesiones, los delitos sexuales, los delitos contra la administración pública, etc., pues, si bien es cierto, siempre han existido crímenes atroces, los mismos, se cometían en el seno de conflictos armados internacionales, como las dos guerras mundiales<sup>835</sup>, y algunos conflictos internos en varias regiones del mundo, como Ruanda o la extinta Yugoslavia, que forzaron la creación de tribunales internacionales, hasta la creación de un instrumento penal internacional como el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional<sup>836</sup>.

Pero la humanidad<sup>837</sup> no estaba preparada para las nuevas formas de criminalidad, como el *crimen organizado*, el *terrorismo*<sup>838</sup> a escala internacional principalmente, pues indudable

---

<sup>834</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “*Formas Nuevas Y Emergentes De Delincuencia: Amenazas con que el Mundo debe contar*”, Documento no oficial, pero de carácter informativo únicamente, en el marco del 13o Congreso De Las Naciones Unidas Sobre Prevención Del Delito Y Justicia Penal, Doha, del 12 al 19 de abril de 2015.

En relación con este mismo aspecto: “Hace algunos decenios el fraude con tarjetas de crédito era apenas imaginable. En los últimos años, el ritmo del progreso tecnológico, las formas emergentes de delincuencia, la creciente globalización y el crecimiento exponencial de los mercados mundiales han brindado provechosas oportunidades para cometer actividades delictivas, pues generan nuevas formas de valor, crean nuevos vínculos entre posibles víctimas y autores del delito y reducen el riesgo de detección mediante nuevas formas de anonimato. Al aprovechar dichas oportunidades no solo han surgido nuevas formas de delincuencia, sino que también se han revitalizado delitos que se consideraban, en gran medida, de naturaleza histórica. La piratería actual sirve como ejemplo de una forma reemergente de delincuencia.” Se puede leer el documento: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: “*Enfoques amplios y equilibrados para prevenir y afrontar adecuadamente formas nuevas y emergentes de delincuencia transnacional*” Documento de trabajo preparado por la Secretaría, en el marco del 13º Congreso De Las Naciones Unidas Sobre Prevención Del Delito Y Justicia Penal, Doha, del 12 al 19 de abril de 2015, en el link: [https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/A-CONF.222-8/ACONF222\\_8\\_s\\_V1500541.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/A-CONF.222-8/ACONF222_8_s_V1500541.pdf), consultado el 04 de mayo de 2018.

<sup>835</sup> LONDOÑO JIMÉNEZ HERNANDO, Derechos Humanos y Justicia Penal, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, P. 372.

<sup>836</sup> MARTY MIREILLE DELMAS, Umanità, Specie Umana e Diritto Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LV, fasc.3, julio – septiembre de 2013, P.741-752.

<sup>837</sup> “En la época de la mundialización la humanidad está marcada por el relativismo de la cultura (en muchas lenguas la palabra “hombre” designa ante todo al miembro de un grupo para distinguirlo del bárbaro, del extraño extranjero, de lo apenas humano) y del universalismo que inspira o que debería inspirar, la idea misma de un “humanismo jurídico” del cual los conceptos jurídicos de “patrimonio común de la humanidad, “familia humana” y “crímenes contra la humanidad” constituyen recientes expresiones. Tal paradoja podría explicarse si se combinan, el concepto de humanidad y el de especie humana”. MARTY MIREILLE DELMAS, Umanità, Specie Umana e Diritto Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LV, fasc.3, julio – septiembre de 2013, P.741-752.

<sup>838</sup> “**ARTICULO 343. Terrorismo.** (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005). El texto con las penas aumentadas es el siguiente: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta

resulta que a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001<sup>839</sup> en Nueva York realizados por *Al Qaeda*, el mundo jamás volvería a ser el mismo<sup>840</sup>, en tanto que nunca se pensó que un país podría ser víctima en su territorio de un ataque terrorista realizado por un grupo extremista de medio oriente, lo que generó en su momento la adopción de diversas medidas para combatir no sólo el terrorismo sino a *Bin Ladem* el líder de dicha organización<sup>841</sup>, pero que se agudizó con la aparición de otros grupos terroristas como el Estado Islámico<sup>842</sup>, y los atentados de París el 14 y 15 de noviembre de 2015<sup>843</sup> por parte de este mismo grupo, que declararon formalmente una guerra frontal contra occidente, por lo que arreció sus ataques contra Francia, Inglaterra, y España<sup>844</sup>.

Y qué decir del uso de las tecnologías dentro de la criminalidad, pues ahora se habla de la “*cibercriminalidad*”, es decir, el uso de la informática para la comisión de delitos, como el hurto, las estafas, la pornografía infantil, el hackeo, el lavado de activos, ciberterrorismo,

---

y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.”

“Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (ARBOLEDA VALLEJO MARIO, Código Penal y de Procedimiento Penal, Cuarta Edición, UNIACADEMIA, 2018.)

Frente al delito de terrorismo, se habla actualmente de dos clases de terrorismo, *el político* y *el religioso*, siendo el primero no es el terrorismo político tradicional, pues no son visibles, ni tienen una organización jerarquizada, sino que sus manifestaciones son en *marchas públicas* con uniforme, o contra los inmigrantes en una evidente adhesión a la ideología nazi, en tanto que el segundo, promueve un mundo fuerte que considera que la religión especialmente “islámica” debe resistir la ideología occidental que se quiere imponer. (MUSACCHIO VINCENZO, Dottrine Americane e Nuove Dimensioni del Terrorismo, La Giustizia Penale, Parte Prima, 2002, P.283-288).

<sup>839</sup> VILLEGAS MYRNA, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Revista Política Criminal. N° 2, A3, 2006, P. 1-31.

<sup>840</sup> MUSACCHIO VINCENZO, Terrorismo Internazionale e Stato Democratico, La Giustizia Penale, Vol.CX, 2005, P.268-288. En igual sentido se puede leer ZACCHIA ARIANNA, Delitti contro la Personalità dello Stato (Osservazioni a Cass. Pen. Sez. VI, N.28009, 15 maggio, 2014), Cassazione Penale, fasc.3, 2015, pag. 1115.

<sup>841</sup> REITANO SIMONA, Le Misure di Contrasto al Terrorismo Internazionale tra Unione Europea e Normativa Italiana di Adattamento, Nuova Serie Anno VII N.3, Settembre – Dicembre 2004, P.1173 – 1231.

<sup>842</sup> Internacionalmente conocido como ISIS o DAESH que es el acrónimo árabe de ISIS, que declara la guerra mundial contra la humanidad, consultar <https://www.infobae.com/2015/11/17/1770424>.

<sup>843</sup> FORNACIARI MARCO BRUNO, Il Diritto Penale del Nemico nel contesto del Terrorismo di Guerra, La Giustizia Penale, Anno CXX, dicembre 2015, Fasc.XII, P.335-345.

<sup>844</sup> “El [Estado Islámico](#) ha hecho un llamamiento a la “**guerra total**” contra los países occidentales durante el Ramadán. Mediante un mensaje de audio en árabe difundido en Nashir, los canales del grupo en Telegram, la organización yihadista llama a sus “**soldados**” a atacar “hogares, sus mercados, sus carreteras y sus puntos de reunión” Fuente: <https://www.elconfidencial.com/mundo/2017-05-26/estado-islamico-guerra-total-occidente-ramadan>.

infracción de los derechos de autor, infracción del copyright de bases de datos, interceptación de e-mail, estafas electrónicas, transferencia de fondos y *phishing*?<sup>845</sup>, entre otras, que han exigido la creación de nuevos bienes jurídicos para poder extender la protección más amplia de los derechos e intereses de los asociados, como ha sucedido en nuestro medio con la expedición de la ley 1236 de 2008<sup>846</sup> por medio de la cual se modificaron algunas disposiciones y se crearon otras para contrarrestar la comisión de delitos sexuales, fundamentalmente la pornografía infantil<sup>847</sup>; la ley 1273 de 2009<sup>848</sup> que creó un nuevo bien jurídico denominado "*de la protección de la información y de los datos*" con el fin de preservar integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones<sup>849</sup>, creando para el efecto 10 nuevos tipos penales en el Título VII Bis del Código Penal; o los delitos contra la *genética humana*<sup>850</sup>; o contra el

---

<sup>845</sup> GÓMEZ LOZANO VICENTE MIGUEL, Hacking y Ciberdelito, en: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/11856>.

<sup>846</sup> "Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual".

<sup>847</sup> **Artículo 218. Pornografía con menores.** El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Para efectos de determinar los miembros o integrantes de la familia habrá de aplicarse lo dispuesto por el artículo 35 y siguientes del Código Civil relacionados con el parentesco y los diferentes grados de consanguinidad, afinidad y civil".

**"Artículo 219-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores.** El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años, y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años".

<sup>848</sup> Entre los tipos penales que creó el legislador están: Artículo 269A: *Acceso abusivo a un sistema informático*; Artículo 269B: *Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación*; Artículo 269C: *Interceptación de datos informáticos*; Artículo 269D: *Daño Informático*; Artículo 269E: *Uso de software malicioso*; Artículo 269F: *Violación de datos personales*. Artículo 269G: *Suplantación de sitios web para capturar datos personales*; Artículo 269I: *Hurto por medios informáticos y semejantes*; Artículo 269J: *Transferencia no consentida de activos*.

<sup>849</sup> Sobre las nuevas formas de criminalidad a través de los medios virtuales o del ciberespacio, existe hoy la denominada estafa on-line puede leerse: PECORELLA CLAUDIA, *Truffe- on line: Momento Consumativo e Competenza Territoriale*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LV, 2012, P. 113-134.

<sup>850</sup> **ARTICULO 132. Manipulación Genética.** (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005). El texto con las penas aumentadas es el siguiente El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses.

*patrimonio cultural sumergido*<sup>851</sup>; o los delitos contra los *recursos naturales y el medio ambiente*<sup>852</sup>, etc.

Esta diversidad de nuevos comportamientos delictivos genera nuevos retos para el derecho penal, pues implica el poder combatir esas nuevas formas de criminalidad, que antes eran impensables, pero que hoy son una realidad, por lo que conceptos como el *Derecho Penal del Enemigo*<sup>853</sup> que restringe de forma drástica las garantías de quien es señalado como un enemigo de la sociedad por la magnitud de la agresión, lejos de ser reprochado, cada vez toma más fuerza sobre todo en los países desarrollados que han sido víctimas del terrorismo, como una forma de combatir eficazmente tal criminalidad, en una especie de lucha contra el *autor del delito*<sup>854</sup>.

---

**ARTICULO 133. Repetibilidad del Ser Humano.** (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005) El texto con las penas aumentadas es el siguiente: “El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”.

**ARTICULO 134. Fecundación y Trafico de Embriones Humanos.** (Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005). El texto con las penas aumentadas es el siguiente: “El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.” “En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.”

<sup>851</sup> Este nuevo tipo penal se creó en virtud de la Ley 1675 de 2103, por medio de la cual se creó un nuevo tipo penal: “**ARTÍCULO 269-1. Delitos contra el Patrimonio Cultural Sumergido.** El que por cualquier medio o procedimiento, sin autorización de la autoridad competente, explore, intervenga, aproveche económicamente, destruya total o parcialmente bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de hasta mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En iguales penas incurrirá quien por cualquier medio compre o venda los bienes que conforman el Patrimonio Cultural Sumergido. **PARÁGRAFO.** Cuando se incurra sucesivamente en cualquiera de los verbos rectores de este delito, la pena prevista se aumentará hasta en las tres cuartas partes.”

<sup>852</sup> Si bien existe consenso en la necesidad de proteger el medio ambiente y los recursos naturales, no existe el mismo consenso cuando se define la expresión recursos naturales se trata. Cfr. COLINA RAMÍREZ EDGAR IVÁN, La Teoría de los Intereses Difusos. Especial referencia al Derecho Medio Ambiental, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, P. 338-367. MARTY MIREILLE DELMAS, Umanità, Specie Umana e Diritto Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LV, fasc.3, julio – septiembre de 2013, P.750-751.

<sup>853</sup> BORJA JIMÉNEZ EMILIANO, Globalización y Concepciones del Derecho Penal, Ob. Cit. P. 59-61. Respecto a la cada vez más aceptada incorporación en las legislaciones europeas de los criterios sobre los que se basa el así llamado derecho penal del enemigo, FLORA se refiere a ello, indicando que por efecto de la lucha frontal contra el terrorismo también por Italia, quien ha adoptado diferentes leyes para combatirlo, el país itálico no ha optado por un derecho penal del enemigo, sino por un “*derecho penal adaptado al enemigo*” que tiene entre otros deberes, el de identificar quién es el enemigo. FLORA GIOVANNI, Profili Penali del Terrorismo Internazionale: Tra Delirio di Onnipotenza e Sindrome di Autocastrazione, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008, P.62-75.

<sup>854</sup> Sobre este aspecto del derecho penal del enemigo conviene hacer referencia a la nueva visión del derecho penal ya no desde la lógica del derecho penal del acto, sino del derecho penal del autor, pues al poner como centro de la lucha del Estado contra al autor, se dice que hay una mutación de la legitimidad de las formas de

Bajo esos derroteros, el *concurso de personas* y la *tentativa*, dos figuras clásicas de la dogmática penal, se tornan relevantes hoy más que nunca para el derecho penal, pues frente a las nuevas formas de criminalidad organizada, es necesario poder establecer cuál es el límite de la punibilidad de tales comportamientos, que impedirían por la misma naturaleza y estructura de los tipos penales, fijar una única fórmula<sup>855</sup>.

Es la revolución tecnológica la que ha conllevado, a una velocidad impresionante, los cambios sociales, políticos, económicos, jurídicos y hasta climáticos, que no han permitido al derecho penal el poder asimilarlos y estudiarlos con la misma velocidad a la que se desarrollan y mucho menos, responder de una forma más seria de la que se quisiera, pues por la inmediatez de la información que existe hoy día, es decir, casi que en tiempo real, gracias a las redes sociales<sup>856</sup>, y a los medios de comunicación, se genera en la sociedad un impacto tal, que se ejerce un control social sobre la vida política, económica y jurídica<sup>857</sup>, que exige respuestas inmediatas ante tales formas de delincuencia, logrando generar tal presión a los estamentos del Estado, que casi siempre se terminan por adoptar medidas mediáticas y muchas veces populistas para mostrar una respuesta efectiva ante tales situaciones, así las mismas no sean eficaces, motivo por el cual hoy día se habla de un *derecho penal simbólico*<sup>858</sup>.

---

combatir la criminalidad, pues si el terrorismo usa la guerra como forma de criminalidad, a partir de ahora el Estado podrá usar la guerra como una forma legítima de contrarrestar el terrorismo. Cfr. FORNACIARI MARCO BRUNO, *Il Diritto Penale del Nemico nel contesto del Terrorismo di Guerra*, Ob. Cit. P.339.

<sup>855</sup> PALAZZO FRANCESCO, *Il Tentativo, un problema ancora aperto?* (Tipicità ed Offesa tra Passato e Futuro), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno LIV, 2011, P. 38-57.

<sup>856</sup> Facebook, twitter, Instagram,

<sup>857</sup> POSADA MAYA RICARDO, *Los Juicios Paralelos, el Derecho a la Honra y al Debido Proceso Penal: ¿Quis Custodiet Custodies?* Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012, P.209.

<sup>858</sup> “Se está imponiendo globalmente (o al menos, en la mayoría de los Estados democráticos) el denominado Derecho Penal Simbólico, como tendencia a la utilización de la reforma de la legislación penal para frenar la alarma social originada ante determinados brotes de criminalidad (en muchas ocasiones, dicha alarma social es creada o exagerada artificialmente por los medios de comunicación). También se recurre a la reforma punitiva como mecanismo para satisfacer las demandas de conciencia de amplios sectores sociales. Este Derecho Penal simbólico encuentra su explicación en el pensamiento “efectista” de la mundialización económica.” BORJA JIMÉNEZ EMILIANO, *Globalización y Concepciones del Derecho Penal*, Ob. Cit. P.85,86.

Por ello, lo que hoy puede ser un comportamiento permitido es factible que mañana no lo sea, pues las circunstancias especiales del momento pueden llevar a punir actos que antes no lo hubieran sido, y viceversa, por tanto, mal podría el derecho penal pretender fijar un criterio único y general que permita definir cuando un acto en la comisión de una conducta deja de ser preparatorio para convertirse en ejecutivo.

Debemos precisar que lo que decimos, no es que no se puedan diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos o de la tentativa, sino que como bien lo señala GIACONA<sup>859</sup>, no es posible demarcar un derrotero que diga cuando un acto dejó de ser preparatorio y cuando ejecutivo, pues no todos los casos son iguales aún cuando puedan ser bastante similares, ya que lo que permite fijar con precisión una tal delimitación son las circunstancias propias del caso, el cual analizado con los criterios ya forjados por la doctrina y la jurisprudencia, puede resultar mucho más fácil que sin ellos.

Creo que tal vez por eso cuando el legislador italiano suprimió el principio de ejecución de la estructura de la tentativa, lo hizo pero no porque no fuera importante una tal diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, pues indudablemente sólo pueden ser punibles los actos ejecutivos como ahora lo explicaremos, sino porque al advertir que no es posible fijar un criterio como el que por años se ha tratado de encontrar que permita tal diferenciación, podría resultar más útil eliminar dicha expresión, para que dependiendo del caso en concreto, lo que en principio puede ser un acto preparatorio puede ser ejecutivo bajo unas especiales circunstancias.

Es para nosotros un error considerar que existen actos que aun siendo preparatorios pueden ser punibles, y que ello dependerá del caso en concreto, ya que es factible que bajo ciertas circunstancias un determinado acto que normalmente es considerado preparatorio, resulte siendo en últimas un acto ejecutivo, pues en otras circunstancias no lo sería, o que debido a las circunstancias del caso era necesario punirlo, pues aceptar una tal proposición, es

---

<sup>859</sup> GIACONA IGNAZIO, Criteri giuridico-formali e guidizi fattuali nell'individualizzazione dell'inizio della punibilità nel tentativo, Revista Cassazione Penale, Fasc.9, 2009, P.3363

quebrar el principio de la lógica aristotélica, *de no contradicción*, pues algo no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Si para que un acto sea punible a título de tentativa se requiere que además de idóneo (tanto por la acción como por el medio), sea también inequívoco, unívoco, claro, obvio, evidente en su dirección hacia la consumación, y por ende sólo así puede ser punible<sup>860</sup>, significa que dicho acto no es preparatorio, sino ejecutivo<sup>861</sup> pero única y exclusivamente bajo esas precisas y únicas circunstancias y no en otras, y ese es precisamente el fundamento de su punibilidad, lo que legitima su sanción, su naturaleza ejecutiva, unívoca, inequívoca, evidente de cometer un delito, pues lo contrario sería tan sólo un capricho de cada quien correr el límite de punibilidad.

Si la pregunta es cuándo una acción es punible dentro del camino criminal, la respuesta no puede ser otra que cuando se ha puesto efectivamente en riesgo el bien jurídico, por un sistema penal cimentado sobre el “*principio del acto*”<sup>862</sup> como el italiano y el nuestro, sólo puede castigar aquéllos actos que han generado un riesgo jurídicamente desaprobado, y sólo a partir de allí es justificable la sanción penal, luego todo lo que quede fuera de dicha esfera, no es punible, y en consecuencia no será ejecución de la conducta.

Lo que le da la connotación de ejecutivo al acto no es el simple hecho de actuar, de realizar una conducta, sino de entrar en lo que podríamos decir “*el radio de acción*” del sujeto pasivo de la conducta, es decir, sólo cuando la conducta toca de forma sensible no sólo el

---

<sup>860</sup> Como lo refiere la doctrina italiana, la univocidad no debe entenderse como un criterio de prueba, sino como un criterio de la esencia del acto, es decir, debe ser una característica objetiva del acto, es decir, que los actos puestos en marcha deben poder evidenciar en sí mismos la intención criminal de los mismos. GIACONA IGNAZIO, Criteri giuridico-formali e guidizi fattuali nell’individualizzazione dell’inizio della punibilità nel tentativo, Ob. Cit. P.3363.

<sup>861</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, (Sez.I, N.40058, 24 Settembre 2008) Cassazione Penale, Vol. XLIX, N.09, 2009, P 3355-3363.

<sup>862</sup> “Este principio exige que la responsabilidad penal se cimiente en el hecho, en la conducta en los actos y no en los pensamientos o en la peligrosidad del autor.

Esta norma rectora referida al derecho penal de acto tiene su base constitucional en el artículo 29 inciso 2 cuando se hace referencia a que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al **acto** que se le imputa y se desarrolla en el Código Penal y de Procedimiento Penal cuando se hace referencia al debido proceso, al Juez natural, al principio de cosa juzgada, entre otros.” BERNAL ACEVEDO GLORIA, Las Normas Rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano, Colección Estudios Breves – Penal 2, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Bogotá, 2002, P.223.



derecho, sino el interés y la expectativa razonable de sentirse seguro frente a una amenaza, la misma debe ser punible.

Pero ¿qué significa entonces o como puede entenderse el “*radio de acción*”? Para poder dar una explicación un poco más clara, el *radio de acción* es una expresión que se usa en el ámbito militar, referido al momento en el cual se activan los escudos antimisiles cuando detectan una amenaza balística que entra en su *radio de acción*<sup>863</sup>, por lo que este radio de acción se entiende como el alcance al que se extiende la influencia de una cosa, máximo de la eficacia de un agente o instrumento<sup>864</sup>, lo que significa que cuando los sistemas de defensa establecen que a una cierta distancia existe ya una amenaza contra la seguridad, los mismos e activan para repeler tal agresión.

Así entonces, podríamos decir, que desde el punto de vista jurídico el *radio de acción* sería la distancia determinada a partir del cual un determinado acto realizado por el agente pone en amenaza efectiva o riesgo el bien jurídico y por tanto si es puesto en riesgo, a partir de allí debe ser atacada la agresión, es decir, que en el ámbito penal el escudo antimisiles será la sanción penal de los actos que han puesto riesgo la seguridad del otro. De lo anterior podemos extraer, que un criterio determinante para poder establecer el momento a partir del cual un acto es punible es el factor *temporo-espacial*, esto es, la distancia existente entre el acto desplegado con la posibilidad segura de realización y probable de consumación del hecho querido.

Pero tal *radio de acción* a partir de cual el acto es punible por ser una amenaza, dependerá del bien jurídico que se pretenda afectar, pues no es lo mismo querer afectar la vida que afectar el patrimonio económico, pues el derecho a la vida es mucho más sensible y desde ese punto de vista puede ser protegido en un espectro mucho más amplio, atendiendo a diferentes criterios como podría ser la importancia o dignidad que ostente la víctima en la

---

<sup>863</sup> Cuando salta la alerta sobre la existencia de una amenaza balística en el aire, se activa el escudo antimisiles. El componente informático del sistema calcula la trayectoria y velocidad del proyectil enemigo. Una vez se encuentra en el radio de acción –de unos centenares de kilómetros- de los **misiles SM-3 y THAAD**, estos son lanzados a gran velocidad contra el objetivo a derribar..” Consultar en: <https://www.elconfidencialdigital.com/defensa/funciona-Unidos-nuclear-Corea-Norte>

<sup>864</sup> <https://www.biodic.net>

vida política o social del país (Presidente, Magistrado, Parlamentario, Procurador, etc.), la edad (un niño), etc., que si lo que se protege es el patrimonio económico, que puede resistir un espectro mucho más reducido.

Piénsese por ejemplo en el caso de quien escala un muro externo de una casa con el fin de hurtar una caja fuerte que se encuentra en el sótano de la misma, y es sorprendido apenas en los jardines externos de la casa sin que haya podido entrar siquiera a la casa, podría aceptarse más fácilmente que tal acto aun no sea ejecutivo, por la distancia existente aún con el bien objeto del hurto, todos los sistemas de seguridad que aún debe sobrepasar para poder ingresar, que si la persona es sorprendida con una pistola con silenciador escondido a las afueras de la casa esperando a su víctima, quien está por salir en unos minutos, y quien ostenta su calidad de “Primer Ministro”, pues frente al bien jurídico de la vida tal acto reviste mucho más peligro, en términos de riesgo para la vida como bien jurídico, pues resulta mucho más invasiva su expectativa razonable de sentirse segura en su integridad.

Así entonces consideramos que en nuestra opinión son los criterios desarrollados por la doctrina italiana como los de la *proximidad temporal y espacial de la acción*, sobre la base *total de las circunstancias, ex ante*, con un *pronóstico posterior y conforme al plan del autor en concreto* los que mejor permiten hacer un juicio que ayuda a identificar a partir de cuándo los actos son ejecutivos y por ende punibles<sup>865</sup>.

---

<sup>865</sup> Frente a este aspecto, también se puede tener en cuenta lo dicho por MENCARELLI: “Nella logica di un diritto penale dell'offesa, punto di riferimento costante resta quello, pur approssimativo, del pericolo attuale di realizzazione di un delitto e allora giustamente la suprema Corte ribadisce ancora una volta la punibilità di atti diversi dalla condotta tipica del delitto avuto di mira e che solo per comodità descrittiva possono continuare a chiamarsi atti preparatori. Per questo motivo la controversia sull'attuale rilevanza della distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi è di scarsa importanza e rileva solo sul piano terminologico (45). Nel diritto vigente non ogni atto con cui il reo realizza nel mondo esteriore il suo proposito criminoso è punibile: esistono atti preliminari esenti da pena, e ciò si desume non solo dal requisito dell'univocità, ma anche dal sistema del codice (46). Data l'esistenza nel nostro ordinamento di atti preliminari non punibili, la distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi permane solo se per esecutivi si intendono gli atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto. Atti preparatori saranno invece quelli che, pur idonei, manchino del requisito dell'univocità (47). Altrimenti, sostenere che gli atti sono esecutivi se danno inizio alla condotta descritta dalla fattispecie di parte speciale non serve ai fini dell'individuazione del tentativo punibile, dal momento che questo sussiste anche con riferimento ad atti precedenti a quelli tipici della figura criminosa.” MENCARELLI ANNAELENA, La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante, Ob. Cit. P. 3955

## CAPÍTULO V

### DE UN CASO ESPECIAL DE TENTATIVA. ALGUNAS CRÍTICAS A LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA<sup>866</sup>

#### 1. Introducción:

Analizados *grosso modo* los aspectos más relevantes en nuestro país, respecto a la figura de la tentativa, no es posible estudiar el instituto de la tentativa sin hacer referencia a la Sentencia de Casación 25974 del 09 de agosto de 2007, por medio de la cual nuestra Corte Suprema de Justicia, estudió la Sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en la que confirmó la condena de los acusados como coautores del delito de tentativa de homicidio agravado, pronunciamiento bastante importante por el análisis que realizó frente a la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, pero inadmisibles desde el punto de vista dogmático.

Los hechos fueron resumidos por la Corte de la siguiente manera:

*“El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la PIZZERIA D’OMO de la carrera 21 No.39-70 de Bogotá a JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro”.*

La Fiscalía Seccional de Bogotá, luego de adelantar la investigación, profirió Resolución de Acusación de BUITRAGO GONZÁLEZ y PUERTAS TRIANA, como coautores del concurso de delitos de *rebelión y tentativa de homicidio agravado*, delitos por los cuales el

---

<sup>866</sup> Frente a este caso, puede revisarse también el artículo desarrollado por el Profesor WOLFHÜGEL respecto a ésta misma sentencia: WOLFHÜGEL GUTIÉRREZ CHRISTIAN, La Tentativa y el Comienzo de Ejecución de la Conducta Típica, Los Aparatos Organizados de Poder, en Cuadernos de Derecho Penal [En Línea] No.1 (2009) [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-de-ejecucion-cwg.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-de-ejecucion-cwg.pdf).

Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, condenó a BUITRAGO GONZÁLEZ a la pena de 252 meses de prisión, en tanto que a PUERTAS TRIANA lo condenó a 180 meses como coautor responsable del delito de tentativa de homicidio, pues lo absolvió por el delito de rebelión, sentencia que una vez apelada fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá D.C.

La defensa interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue inadmitido, pero dispuso estudiar oficiosamente el caso, en protección de los derechos fundamentales y el desarrollo de la jurisprudencia. Luego de hacer una pequeña reseña sobre las diferentes teorías objetivas, subjetivas y mixtas que se han desarrollado sobre el principio de ejecución, la Corte refirió que resolvería el asunto con fundamento en las mixtas, esto es, atendiendo al juicio *ex ante* - *plan del autor*, y posteriormente a *los actos socialmente adecuados* para poder determinar que el bien jurídico se encuentra efectivamente en riesgo.

Consideró entonces la Corte:

“...no hay duda que los actos de los procesados ya se encontraban en fase de ejecución, por cuanto los mismos ya se “encontraban merodeando las instalaciones de la empresa caracol, de donde sabían tendría que salir su víctima, para acto seguido adherir la bomba al vehículo que ya había identificado suficientemente y huir, dado que antes de cinco minutos se produciría la explosión.”<sup>867</sup>.

Más adelante prosigue la Corte:

*“... para el momento en que se produjo su captura había pasado dos veces por el lugar donde se encontraba el vehículo Mercedes Benz, sobre la acera al frente de la puerta afuera del canal, es claro que de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar el artefacto explosivo y conseguir su propósito.” (...)*

*“En este caso el ataque consistía precisamente en esperar que el periodista abordara su automotor e inmediatamente acercarse al mismo para adherir el artefacto a la puerta o al techo mediante un imán, retirar la espoleta y huir, pues unos segundos después tendría lugar la explosión, dado que se trataba de un “sistema de ignición inelétrico de acción directa (halón).” (...)*

*“...encuentra la Sala que la ponderación de tal cuadro conjunto permite concluir que los acusados no se encontraban en la fase de preparación del delito, sino en el*

---

<sup>867</sup> Sentencia de Casación 25974 del 09 de agosto de 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos, P.25

*comienzo de su ejecución, pues su intención se encontraba dirigida a la producción del resultado pretendido y adelantaban acciones socialmente adecuadas y unívocamente dirigidas a la consecución de su propósito criminal”<sup>868</sup>.*

Continúa la Corte haciendo una reseña de las clases de tentativa que a lo largo del tiempo han existido en nuestro país, indicando que con el Código Penal del año 2000 se consagraron la tentativa acabada, la inacabada y la desistida, y que conforme a ello, en el caso de estudio se presentó la tentativa inacabada pues en su criterio *“los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión”*. (Subrayados fuera del original).

Sin embargo, esta decisión no fue pacífica al interior de la misma Corte, ya que fue objeto de dos salvamentos de voto y una aclaración de voto, que sucintamente expondremos, salvo la aclaración por no tener ningún tipo de relación con el tema de la tentativa.

El primer salvamento, expresa que no puede confundirse la idoneidad del medio con la idoneidad de los actos, pues la idoneidad de los actos debe desprenderse de la aptitud y suficiencia de los actos, según la experiencia, para la producción de la conducta punible, luego nunca existió una puesta en peligro para el bien jurídico de la vida del periodista, pues aún se debían realizar varias acciones como lo eran i) esperar a que el vehículo pasara por donde ellos estaban, ii) luego adherir la bomba a una de las puertas del vehículo y iii) y por último detonar el artefacto, por dicha razón, la inidoneidad de la conducta de los procesados no puede confundirse con la inidoneidad del elemento que se utilizaría para atentar contra el periodista<sup>869</sup>.

El segundo salvamento, estima que la postura de la Corte tal vez obedeció a la confesión que hiciera uno de los acusados de pertenecer a las FARC y haber recibido la orden de

---

<sup>868</sup> Sentencia de Casación 25974, Cit., P. 27

<sup>869</sup> Sentencia de Casación 25974, Salvamento de Voto del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, Cit., Pgs.50-52

asesinar un periodista de Caracol Radio, olvidando que el derecho penal en Colombia se funda en el principio del acto y no del autor, por lo que no constató la lesión o puesta en peligro del bien jurídico “vida” del periodista, tan sólo anticipó la protección a ese bien jurídico, pues tomó como ejecutivos actos meramente preparatorios. Así expresó que su preocupación radicaba en la expansión por vía de la jurisprudencia de las categorías dogmáticas de forma indebida, como la de extender la punibilidad hasta los actos preparatorios, y de igual forma el anticipar el ámbito de protección normativa, sin consideración a la existencia de lesión o riesgo de lesión para el bien jurídico, sino sólo con la peligrosidad del autor<sup>870</sup>.

Reafirma entonces su postura con el hecho de que, la intervención de la policía obedeció a una llamada hecha por un tercero, ante la actitud sospechosa que tenían los implicados, quienes aún se encontraban en el establecimiento comercial, así como también lo reafirma que ni siquiera la potencial víctima tuvo conocimiento de lo que sucedió, sino mucho tiempo después cuando las autoridades le informaron del plan criminal en su contra. Concluye entonces, que adoptar una decisión como la adoptada por la mayoría, exigiría una reforma constitucional y legal, pues está cimentado sobre criterios de peligro y derecho penal de autor, contrariando nuestro sistema jurídico, en tanto que el mismo tiene como ámbito de protección los bienes jurídicos, y no sólo la vigencia del derecho por el derecho en sí mismo, concepción propia del *normativismo puro* que no encuentra asidero en nuestro país<sup>871</sup>.

## **2. Nuestro criterio frente al caso:**

Sin desconocer la noble intención del máximo Tribunal Penal, en fijar pautas para el no fácil asunto de los actos preparatorios y ejecutivos, debemos decir, que compartimos los argumentos esbozados en los salvamentos de voto, por considerarlos ajustado al sistema penal existente actualmente en nuestro país, como lo expondremos a continuación.

---

<sup>870</sup> Sentencia de Casación 25974, Salvamento de Voto del Magistrado Javier Zapata Ortíz, Cit., P.58

<sup>871</sup> Sentencia de Casación 25974, Salvamento de Voto del Magistrado Javier Zapata Ortíz, Cit., P.63,64.

Como puede advertirse la Corte divide involuntariamente la acción, en dos momentos que resultan relevantes para resolver el asunto, y que terminan vertiéndose en su contra, pues del simple entendimiento de ellos, puede advertirse que lo que hizo nuestro Tribunal de Casación, fue extender la línea de punibilidad hasta donde convenientemente estimó necesario, es decir hasta los actos preparatorios, que si bien tienen la connotación de riesgosos en forma abstracta, no significaba que lo fueran en forma concreta, tal como se desarrollaron los mismos.

El primer momento en el análisis de la Corte es:

*“...arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor...”*

Y un segundo momento es:

*“acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión”*

Esto genera varios interrogantes al respecto como los siguientes: ¿en cuál de los dos momentos los actos idóneos resultan ser unívocos?, ¿en qué momento los actos exteriorizados por sí mismos por los agentes criminales, denotaban en forma concreta la intención criminal?, ¿en qué momento de toda la acción desplegada, los actos se tornan tan evidentes en la intención delictiva que dejan de ser equívocos, y no admitirían ninguna posibilidad de marcha atrás para los autores?, ¿en qué momento existió más aproximación a la acción típica de matar?

Consideramos, sin lugar a dudas, que es en el segundo episodio donde existe un verdadero inicio de ejecución, si hacemos uso de nuestra fórmula: Voluntad del Autor + Proximidad Típica de la Acción (V.A. + P.T.A = APA), tendremos como resultado la acción según el plan del autor (APA).

- **Voluntad del Autor:** en el caso concreto será la de asesinar a un periodista de Caracol radio conforme a las instrucciones dadas por el comandante de las FARC, utilizando un artefacto explosivo que se debía colocar en su vehículo, para detonarlo una vez puesto.

- ***Proximidad Típica de la Acción:*** El actuar de los miembros de las FARC que esperaban a que su víctima saliera de la oficina, subiera a su vehículo, y saliera del edificio de su trabajo, pero que fueron capturados por la Policía 10 minutos antes de que saliera el periodista, según el autor del hecho.
- ***Acción según el Plan del Autor:*** Conforme a la conducta desplegada hasta este punto, la misma resulta ser preparatoria, pues como se puede advertir, la inmediatez del acto desplegado con la puesta en riesgo del bien jurídico es aún lejana, ya que no se puede olvidar que la tentativa exige un mínimo de realización de la acción típica, es decir que el desarrollo mínimo de la puesta en marcha de la acción ya no permita dar marcha atrás al autor, de suerte que la no consumación no dependa de un factor como la distancia entre el autor y su víctima, o el tiempo, existiendo ya un principio de ejecución que en el caso concreto hubiera sido, el momento en el cual se hubiera iniciado al menos el acercamiento al vehículo, pues tal comportamiento, puesto en los ojos de un tercero objetivo, realizando un juicio *ex ante* y bajo las mismas circunstancias de los autores del hecho, podría sin dificultad alguna concluir la inequívoca intención en la comisión del delito.

Como bien lo explica DE MATTIA, la univocidad de los actos no se predica o se sujeta al medio de prueba, que en el caso concreto lo fue la confesión de uno de los agresores, sino de la objetividad que los mismos actos denotan y de los cuales puede deducirse la intención criminal (teoría objetiva)<sup>872</sup>, pues si ello fuera así, la prueba de la intencionalidad dependería siempre de un medio de prueba externo del propio acto, lo que no solo sería un contrasentido, sino que se dejarían impunes muchos hechos delictivos que sin necesidad de una confesión revelan por sí mismos el querer criminal.

Es que ni siquiera era posible arribar a la tentativa inacabada, como lo hizo la Corte, pues, para que se hubiera podido arribar a semejante conclusión, hubiera sido necesario como se

---

<sup>872</sup> DE MATTIA SIMONA, Tentativo E Circostanze: Applicazione In Tema Di Concorso Di Persone Nel Reato, Giur. merito, fasc.10, 2008, P.. 2702B.



dijo en precedencia, al menos en un mínimo de realización de la acción típica, que en el caso concreto se hubiera satisfecho con el inicio del seguimiento al vehículo, sin que hubiera sido necesaria lógicamente la realización de otros actos, como alcanzar efectivamente el vehículo, la adhesión del explosivo al vidrio del vehículo y su posterior activación, que hubieran sido propios de la tentativa acabada.

Y es que era tan equívoco aún tal comportamiento por lo lejano con el inicio de realización del tipo penal, que el propio condenado en su confesión indicó que estuvo allí desde las dos de la tarde y que “*faltaban diez minutos para que el señor saliera cuando fui capturado*” lo que confirma la indeterminación aún en el inicio de la ejecución, pues ni siquiera habían podido avizorar a su víctima porque aún no estaba, es decir que para el momento de la captura era materialmente imposible la realización del delito, constituyéndose así un delito imposible que no tiene asidero jurídico en nuestra legislación.

Y si bien debe tenerse en cuenta el plan concreto del autor, como criterio para determinar el inicio de ejecución, ello no significa que sea de forma *subjetiva*, y sin relación a las circunstancias concretas del caso, es decir, no puede aplicarse dicho criterio para analizarse la acción desplegada desde lo que internamente pensaba el autor, como, en nuestro sencillo criterio, realizó la Corte, sino que debe realizarse es desde lo que objetiva o externamente se evidencia con la acción desplegada como el *plan concreto del autor*<sup>873</sup>, ya que admitir una tal postura llevaría entonces al absurdo, de correr el límite de la punibilidad no sólo hasta los actos preparatorios más remotos, sino incluso a la fase interna o de ideación del plan criminal expresada verbalmente, excusados en una aplicación del “plan de autor” erróneamente entendido, pues si fuera por eso, sería punible la sola preparación del hecho, una vez se hubiera dado a conocer el plan del autor, ya que todos los actos que comprenden las fases del *iter criminis*, son en sí mismos dolosos y tienen por fin la ejecución criminal,

---

<sup>873</sup> En el análisis de la Corte no se tuvieron en cuenta otros criterios que le hubieran permitido despejar cualquier sombra de duda frente la inexistencia de la tentativa, como hubiera sido pues deja de lado el análisis de criterios como la inmediatez del acto desplegado con el inicio de realización de la conducta del tipo (tiempo), la distancia existente de la acción con la víctima y la idoneidad del medio utilizado en relación con esa distancia (modo), la presencia de la víctima en el lugar del hecho (lugar), etc.

olvidando por un lado que la tentativa exige la exteriorización de los actos, y por otro que nuestro derecho penal es de acto<sup>874</sup>.

Cuántas posibilidades o eventualidades se habrían podido presentar en la espera de los sicarios, las cuales podemos referir de modo solo enunciativo: i) que el periodista no estuviera, ii) que el periodista no saliera), iii) que hubiera salido en otro carro, iv) que hubiera salido por otra puerta, v) que hubieran tenido que desistir del atentado por la presencia en el lugar de efectivos de la policía, o como sucedió vi) fueran interceptados por la policía, por su actitud sospechosa.

Es obvio que toda acción ejecutiva requiere unos actos previos que pueden denotar una intención criminal, y un cierto grado de peligrosidad, pero no por ello los actos preparatorios son punibles<sup>875</sup>, pues para que la conducta sea punible no es suficiente con que la misma sea típica, sino que además conforme con el artículo 11 del Código Penal, debe ser también antijurídica, es decir que *ponga efectivamente en peligro*” el bien jurídico, lo que significa que la exigencia del legislador no es la sola puesta en peligro, se requiere que sea *efectivamente puesto peligro*, luego punir el sólo peligro viola el *principio de lesividad*, y por ende el principio de legalidad, como lo hizo la Corte.

No cabe duda que la vida del periodista desde la intencionalidad de los agentes, estaba en peligro, pues existía un plan para asesinarlo ordenado por un comandante de las FARC, pero para que la conducta desplegada por los agentes, fuera punible se requería el inicio en la realización de la ejecución, y que esa conducta hubiera puesto efectivamente peligro la vida del periodista para que pudiera hablarse de la tentativa de homicidio. Ahora, obsérvese que algunos de los actos preparatorios desplegados constituían por sí mismo un delito, como el hecho de portar el explosivo conforme con el artículo 366 del C.P., caso en el cual la actuación no hubiera quedado impune y se hubiera respetado el principio de legalidad penal.

---

<sup>874</sup> REYES ALVARADO, El Delito de Tentativa, Ob. Cit. P.335.

<sup>875</sup> ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, (Sez.I, N.40058, 24 Settembre 2008) Cassazione Penale, Vol. XLIX, N.09, 2009, P. 3355-3363.

## CONCLUSIONES:

1. Conforme a los trabajos preparatorios y el contenido que tiene ahora la figura de la tentativa en el así denominado Código de Rocco, el principio de ejecución fue suprimido de la estructura de la tentativa de la legislación penal italiana, por cuanto en vez de ayudar a delimitar cuando inicia la tentativa punible, es decir, cuando se pasaba de los actos preparatorios a los ejecutivos, se generaba mayor incertidumbre y confusión, resultando necesaria su eliminación.
2. Si bien es cierto la postura dominante en la doctrina italiana se inclina por la inexistencia, desde la descripción legal, del principio de ejecución, en tanto que de la propia estructura que contiene el artículo 56 del Código Penal, se puede advertir que tal inicio o principio fu eliminado de la norma, y por tanto el límite de la punibilidad de la tentativa punible ya no depende de él, cada vez toma más fuerza la postura de la doctrina minoritaria que señala que el hecho de no estar expresamente consagrado en el artículo 56 el inicio de ejecución, no significa que haya desaparecido, pues cuando la norma habla de actos unívocos dirigidos a cometer un delito, está hablando precisamente de actos ejecutivos, es decir, del inicio de ejecución.
3. El principio de ejecución, es el resultado o surge como consecuencia del auge del pensamiento liberal en Europa a finales del 800, y comienzos del 900, que deviene también como consecuencia de la revolución francesa, que en aras de ser más garantista buscaba reprimir sólo los actos efectivamente ejecutados y no los meros pensamientos o intenciones consolidando el llamado derecho penal del acto, en tanto que la eliminación del principio de ejecución tuvo como motor el surgimiento del régimen fascista, y por tanto buscaba castigar también no sólo los actos ejecutivos sino también en algunos casos, los actos preparatorios.

4. Frente al límite de la tentativa punible en el derecho penal italiano, pueden diferenciarse dos teorías o posturas claramente diferenciables: i) la que erige la punibilidad de la tentativa sobre el principio de ejecución, ii) y aquélla que se cimenta simplemente sobre la idoneidad y univocidad de los actos. Si se acepta la existencia del principio de ejecución como límite de punibilidad de la tentativa, el criterio diferenciador entre los actos preparatorios y los ejecutivos, es el de *la puesta en marcha*, es decir *el grado de desarrollo de la acción*; pero si el límite ya no es el inicio de ejecución sino la idoneidad de los actos y su univocidad hacia la comisión de un delito como mayoritariamente se acepta por la doctrina italiana, el criterio para poder establecer cuando los actos son punibles a título de tentativa es el del *pronóstico posterior*, es decir, la realización de un juicio *ex ante*, respecto a los *actos en concreto*, y sobre *la base parcial* de las circunstancias, es decir, sobre las circunstancias conocidas por el agente al momento de cometer el delito, o que pudieran ser conocibles por un hombre normal, puesto en las mismas circunstancias del agente.
5. Pese a que de la estructural literal que contiene la tentativa en Italia, se suprimió el inicio de ejecución, es posible afirmar junto con la posición minoritaria que el principio de ejecución no ha desaparecido como límite de la punibilidad de la tentativa aun cuando ya no se encuentre descrito expresamente en el artículo 56 del Estatuto Penal Italiano, pues si lo que se exige para que un acto sea punible además de la idoneidad, es que el mismo esté dirigido de forma inequívoca hacia la comisión de un delito, significa que dicho momento a partir del cual se expresa de forma objetiva su univocidad, es el momento desde el cual se ha iniciado la ejecución de la conducta.
6. Como consecuencia principalmente de la conquista española, Colombia adolece de un derecho penal propio, ajustado a las necesidades sociales, culturales y económicas propias de nuestra realidad, que si bien es cierto ha venido construyéndose con el paso del tiempo, lejos está de tener toda una dogmática propia, pues casi que todo el avance jurídico que se tiene es la mayor de las veces

una importación de otras latitudes y asumida como propia, fundamentalmente de Italia hasta finales de los años 70 y de Alemania desde los 80 hasta nuestros días, razón por la cual, gran parte de la doctrina que se tuvo en cuenta en el acápite referido a Colombia es Alemana en tanto que es la principal fuente de estudio en Colombia.

7. Reconociendo nuestra escaso desarrollo en materia de dogmática penal, no puede desconocerse que la estructura de la tentativa del Código Penal Colombiano regulado en el artículo 27, fue construido sobre los pilares del Código Penal Italiano, y de allí sus semejanzas, pues si bien en el estatuto italiano fue eliminado desde 1930 el principio de ejecución, aún se encuentra consagrado el principio de ejecución como límite de la tentativa punible en Colombia, conservándose todos los demás elementos como que los actos de la tentativa deben ser idóneos e inequívocamente dirigidos hacia la comisión del delito.



## **BIBLIOGRAFÍA:**

ALCÁCER GUIRAO RAFAEL, Estudios sobre la Tentativa y el Desistimiento en Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá D.C, 2006.

ALIMENA BERNARDINO, Lo Studio del Diritto Penale nelle condizioni presenti del sapere, Prolusione al corso di Diritto e Procedura Penale nella R. Università di Modena, 8 de marzo di 1900, Estratto dalla Rivista di Diritto Penale e Sociologia Criminale, Anno I, 1900, Fasc. 5-6, Pisa, Tipografi Editrice del Cav. F. Mariotti, 1900.

ANGIONI FRANCESCO, Un Modello di Tentativo per il Codice Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Vol.44, N.4, 2001.

ANTOLISEI FRANCESCO, Elementi di Diritto Penale, La Parte Generale, Giapichelli Editore – Torino, 1944. P.140.

ANTOLISEI FRANCESCO, Istituzioni di Diritto Penale, Giuffrè Editore, 2000, P.259.

ARAQUE MORENO DIEGO, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2011, P.

ARBOLEDA VALLEJO MARIO, RUIZ SALAZAR JOSE ARMANDO, Manual de Derecho Penal General, 13ª Edición, UNIACADEMIA LEYER, Bogotá D.C., 2016, P. 161.

ARENAS ANTONIO VICENTE, Compendio de Derecho Penal, Tercera Edición Actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá D.C., 1982.

AZZALI GIANPIERO, Idoneità e Univocità degli Atti. Offesa di Pericolo, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1958.

BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición Madrid, 1.999.

BACIGALUPO ENRIQUE, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tercera Reimpresión, Santa Fe de Bogotá D.C., TEMIS, 1996.

BALESTRINO UBALDO GIULIANI, Aspetti del Tentativo nei Delitti di Omissione, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XX, 1977.

BALMACEDA HOYOS GUSTAVO, Manual de Derecho Penal, Parte General Librotecnia, Primera Edición, Santiago de Chile, 2014.

BARTOLI ROBERTO, Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all'impunità: tra legalismo, teleología e costituzione, (Sez. Uni. 19 Aprile 2012 N. 34952), en Revista Cassazione Penale, No.01, Gennaio 2013, Giuffrè Editore.

BARTOLI ROBERTO, Sulla Struttura del Reato Permanente: Un Contributo Crítico, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Vol.44, Fasc.1, 2001.

BARTONE NICOLA, Diritto Penale Italiano: Sistema e valori, Giurisprudenza e Ottica Europea, Attuale e nueva codificazione, Seconda Edizione, CEDAM, 2007. P. 225.

BECCARIA CESARE, *Dei delitti e delle pene*, Letteratura italiana Einaudi, 1973, Milano.

BELTRANI SERGIO, Il Delitto Tentato, Parte generale e parte speciale, CEDAM, 2003. P.4

BELTRANI SERGIO, La compatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato tra orientamenti e disorientamenti, en Revista Cassazione Penale, No.5, maggio 2012, Giuffrè Editore.



BENIGNI ALESSANDRO, Ribadito dalla Corte Costituzionale il principio de necessaria offensività del reato, (Sentencia 21 novembre de 2000 N. 519) en Revista Cassazione Penale, 2001,

BENNATI ORESTE, Brevi Osservazioni sopra alcune disposizioni del primo libro del progetto del nuovo Codice Penale Pontremoli, 1888. P.4.

BERDUGO GÓMES DE LA TORRE IGNACIO y otros autores, Curso de Derecho Penal Parte General, Coordinador Cristina Rodríguez Yagüe, Ediciones Experiencia, S.L, Barcelona, 2004.

BERNAL ACEVEDO GLORIA, Las Normas Rectoras en el Nuevo Código Penal Colombiano, Colección Estudios Breves – Penal 2, Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Bogotá, 2002, P.223.

BERNATE OCHOA FRANCISCO, El Código Penal Colombiano de 1980, Revista Estudio socio-jurídico, Julio – Diciembre, de 2004, Bogotá, P.537.

BETTIOL GIUSSEPE, Diritto Penale, Parte Generale, V Edizione riveduta e aggiornata, G. Priulla Editore Palermo. P.432.

BINDING CARLO, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Prefazione, note e traduzione sulla Ottava Edizione Tedesca di ADELMO BORETTINI, Atheneum, Roma, 1927.

BORGHESE SOFO, Tentativo. Enciclopedia Forense, Diretta da Gaetano Azzariti, Ernesto Battaglini, Francesco Santoro-Passarelli, Volume VII, SO-Z, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, P.596-599.

BORJA JIMÉNEZ EMILIANO, Globalización y Concepciones del Derecho Penal, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

BRASIELO UGO, Tentativo – Diritto Romano. Novissimo Digesto Italiano, Diretto da Antonio Azarae Ernesto Eula, XVIII,Unione Tipografico - Editrice Torinese.

BRAZZI MASSIMO, Tentativo di Reati – Idoneità e univocità degli atti, *Con armi e strumenti diretti a travisare la persona nei pressi de una banca: Tentativo Punibile*, Diritto e Giustizia on line, fasc.0. 2012,pag.325.

BUSTOS RAMÍRE JUAN J., Lecciones de Derecho Penal, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

CADOPPI ALBERTO – VENEZIANI PAOLO, Elementi di Diritto Penale, Parte Generale, CEDAM, 2002, P. 369.

CADOPPI ALBERTO, CANESTRARI STEFFANO, MANNA ADELMO, PAPA MICHELE, Trattado di Diritto Penale, Parte Generale II, Il Reato, UTET Giuridica.

CAFFARENA MAPELLI BORJA, El traslado de personas condenadas entre países (hacia un nuevo modelo de justicia penal globalizada) Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

CARACCIOLI IVO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 2ª Edizione, CEDAM, 2005.

CARINGELLA FRANCESCO, DELLA VALLE FRANCESCA, MICHELLE DE PALMA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, IV Edizione, DIKE, 2013.

CARIOTI CLAUDIA, La Scissione tra perfezionamento e consumazione del reato nella fatispesie di disastro innominato, (Sez.I, 19 novembre, 2014, N.7941), La Giustizia Penale, Anno CXX, Luglio 2015, Fascicolo VII.

CARNELUTTI FRANCESCO, Il danno e il reato. Padova 1920.

CARNINO LUCA, Un caso di atti univoci, ma non idonei ad integrare il tentativo di omicidio, (Sez.V, 7 Luglio 2004), La Giustizia Penale, 2005, Parte Seconda, P.385-388.

CARRARA Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, dettato nella Università di Pisa, Undecima Edizione, Volume Primo, Firenze, Casa Editrice Libreria “Fratelli Camelli, 1924, p.303.

CARRARA FRANCISCO, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del Grado en la Fuerza Física del Delito, traducida por VICENTE ROMERO GIRÓN, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1877.

CARRARA, *Cantú y Carmignani* en “*Opusculos del Derecho Criminal*” Tenmis 1976, II.

CASAROLI GUIDO, Attentato, Pericolo, Offesa. Le Costanti nel pensiero di Ettore Gallo, L’Indice Penale, Nuova Serie Anno VI – N.1, Gennaio – Aprile, CEDAM, 2003.

CEREZO MIR JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Adenda a la sexta edición, julio de 2006, Editorial Tecnos.

CEREZO MIR JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría Jurídica del Delito 2, Adenda a la primera edición abril de 2005, Editorial Tecnos.

CODICE PENALE E DI PROCEDURA PENAL, a cura di Luigi Alibrandi, Piermaria Corso, 42ª Edizione, LA Tribuna, 2015.

COLINA RAMÍREZ EDGAR IVÁN, La Teoría de los Intereses Difusos. Especial referencia al Derecho Medio Ambiental, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

CONCHA JOSÉ VICENTE, Tratado de Derecho Penal y comentarios al Código Penal Colombiano, 3ª Edición, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, Librería Paul Ollendorf, 50 Chaussée D'antin 50, Paris.

CONDEMI MARIA, Atti idonei diretti in modo non equivoco ed intenzionalità del dolo nel delitto di abusso d'ufficio (Sez.VI, - Ud. 30 aprile 1999, N.12928) en Revista Cassazione Penale, 2001.

CONTENTO GAETANO, Principio di Legalità e Diritto Penale Giurisprudenziale, Il Foro Italiano, 1988.

CÓRDOBA ANGULO Miguel, La Tentativa, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1993, P.33.

CÓRDOBA ANGULO Miguel, La Tentativa, Monografías de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1993.

CORDOBA ANGULO MIGUEL. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Lección 17, La Tentativa, Universidad Externado, Bogotá D.C.

COUSIÑO MAC IVER LUIS, Derecho Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975.

CRIVELLARI GIULIO, *Il Codice Penale per il Regno D'Italia*, Roma, Torino, Napoli, Unione Tipografica Editrice, 1889.

DAZA LORA JUAN FELIPE, Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva? Colección Ciencias Penales, Universidad de los Andes, Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Il Tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico, en Revista Cassazione Penale, maggio 2013, No.5, P. 1733,1734.

DE FRANCESCO GIOVANNANGELO, Trattato teorico-prattico di Diritto Penale:Le forme di manifestazione del reato, Diretto da FRANCESCO PALAZZO e CARLO ENRICO PALIERO , Giapichelli Editore.

DE LUCA MARIA LETIZIA, La Problemática delle Circonstanze nel Tentativo, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XVII, 1974.

DE MARISCO ALFREDO, Nuovi Studi di Diritto Penale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1951.

DE MATTIA SIMONA, Tentativo E Circostanze: Applicazione In Tema Di Concorso Di Persone Nel Reato, Giur. merito, fasc.10, 2008.

DE ROSA LUCA, Reato Putativo e Disvalore Di Intenzione, L'Indice Penale, Anno XII -N.2, Luglio – Dicembre 2010, CEDAM.

DEL CORSO STEFANO, Atti preparatori ed Atti esecutivi nel Pensiero di Francesco Carrara, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXXIII, 1990.

DEMURO GIAN PAOLO, Alla Ricerca di Limiti All'Espansione del Diritto Penale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.4, 2013.

DONINI MASSIMO,. Selettività e Paradigmi della Teoria del Reato, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.2, 1997, pag. 338.

EMANUELE PIER PAOLO, Controversie Dottrinali e Distorzione Giurisprudenziali in Tema de Condizione Obiettive di Punibilità, L'Indice Penale, Nuova Seire Anno VII N.3, Settembre – Dicembre 2004.

ESER ALBIN, BURKHARDT BJÖRN, Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Traducción de Silvana Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Editorial COLEX, 1995.

ESTRADA VÉLEZ Federico, Derecho Penal, Parte general, Segunda Edición, Editorial TEMIS, 1986.

FARRET TREPAT ELENA, La Tentativa de Delito, Doctrina y jurisprudencia, Librería BOSCH – Ronda Universidad 11 – Barcelona, 1986.

FERNANDEZ CARRASQUILLA JUAN, Concepto y Límites del Derecho Penal, TEMIS, Santa Fé de Bogotá, 1992.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA JUAN, Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Vol. II, Dispositivos Amplificadores, Concursos y Pena, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

FERRAJOLI LUIGI, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, 2009.

FERRARO CHIARA, Tentativo de Reati: Idoneità e univocità degli atti, Osservazioni alla Cassazione Penale, (Sez. II, 20 marzo 2007 N.18747), en Revista Cassazione Penale, Fasc.2, 2008.

FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO, Diritto Penale Parte Generale, Settima Edizione, Zanichelli Editore.

FILIÈ MASSIMO, Delitto Tentato e Dolo Eventual, Rivista Italiana di diritto e procedura penal., fasc.2, 1997, Pag. 338.

FINI GIORGIO, Delitto tentato e Circostanze con particolare riferimento a quelle di cui agli art.61.7 e 62.4 C.P. (Trib. Roma, 9 dicembre de 1987), Cassazione Penale, P.1551.

FIORE CARLO, Diritto Penale, Parte Generale.Volume secondo, *Le forme de manifestazione dell reato, concorso di reati, e concorso di norme, le sanzione*. UTET.

FLORA GIOVANI, Verso un Diritto Penale del Tipo di Autore, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008.

FLORA GIOVANNI, Appunti di Diritto Penale, Parte Generale, II Edizione, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015.

FLORA GIOVANNI, Profili Penali del Terrorismo Internazionale: Tra Delirio de Onnipotenza e Sindrome de Autocastrazione, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008.

FLORIAN EUGENIO, Trattato di Diritto Penale, Quarta Edizione, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1934.

FONTAN BALESTRA, Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

FORNACIARI MARCO BRUNO, Il Diritto Penale del Nemico nel contesto del Terrorismo di Guerra, La Giustizia Penale, Anno CXX, Fasc.XII, dicembre 2015.

FOUCAUT MICHEL, Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión, Siglo Veintiuno Editores, Traducción de Aurelio Garzón del Camino, 2015.

FRIAS CABALLERO JORGE, CODINO RODRIGO, CODINO DIEGO, Teoría del Delito, Livrosca c.a., Caracas, 1996, P.346,347.

GAITAN MAHECHA BERNARDO, Curso de Derecho Penal General, Primera Edición, Ediciones Lerner, Bogotá – Colombia, 27 de abril de 1963.

GALLISAI PILO MARIA GIUSEPPINA, Ancora in Tema di Tentativo Circostanziato, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XXI, 1978.

GALLO ETTORE, Digesto delle Discipline Penalistiche, Attentato (delitti di), Volume I A-B, UTET.

GALVEZ ARGOTE CARLOS AUGUSTO, Siglo y medio de Codificación penal. Las motivaciones reales de los Códigos Penales Colombianos, Revista Foro Penal.

GARCÍA CAVERO PERCY, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, GRIJLEY, Lima, Perú, 2008.

GAROFALO RAFAEL, La Criminología: Estudio sobre el delito y sobre la Teoría de la represión. Traducción por Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, Cuesta de Santo Domingo.

GAROFALO RAFAELE, Il delitto come Fenomeno Sociale, Lucca Tipografia Editrice Alberto Marchi, 1899.

GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, IV Edizione, Giuffré Editore.

GAROFOLI ROBERTO, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Nel Diritto Editore, 2011.

GIACONA IGNAZIO, Criteri giuridico-formali e guidizi fattuali nell'individualizzazione dell'inizio della punibilità nel tentativo, Revista Cassazione Penale, Fasc.9, 2009.



GIACONA IGNAZIO, El Concepto d'idonietá nella struttura del delitto tentato. Itinerari de Dilitto Penale 9, Collana Diretta da G. FIANDACA, E. MUSCO, T. PADOVANI, F.PALAZZO, G. Giapichelli Editore – Torino, P.60-61.

GIACONA IGNAZIO, Il Problema del Accertamento Dell'idoneità degli Atti *ex* Art.56 con particolare riferimento a un Caso di Tentativo di Congiunzione Carnale, Rivista Italiana di diritto e procedura penal., Anno XLI, 1998.

GIUSINO MANFREDI PARODI, La Condotta nei Reati a Tutela Anticipata, L'Indice Penale, Nuova Serie Anno II – N.1, Gennaio Aprile 1999.

GÓMEZ BERSARION, Desarrollo del Pensamiento Jurídico Colombiano – Perspectiva Histórica del Derecho Penal en Colombia, en Revista Diálogos y Saberes No.24, Enero – Junio de 2006.

GÓMEZ PRADA AGUSTÍN, Derecho Penal Colombiano, Parte General, Segunda Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1959.

GRANATA LUIGI, Compendio di Diritto Penale, Parte Generale, Edizioni Dell'Ateneo – Roma.

GRASSO GIOVANI, L'Anticipazione della Tutela Penale: I Reati di Pericolo, e i Reati di Attentato, Anno XXIX, 1986.

GRISPIGNI FILIPPO, Derecho Penal Italiano, Volumen I, Las normas penales sintéticamente consideradas, Traducido de la 2ª edición original italiana, y anotado con la legislación y doctrina, de los países latinoamericanos, por ISIDORO DE BENEDETTI, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1949.

GROSSO CARLO FEDERICO, MARCO PELISERO, DAVID PETRINI, PAOLO PISA, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Clicca e sfoglia.

GUTIERREZ ANZOLA, Jorge Enrique, El Código Penal de 1837, Revista Foro Penal No.38, 1987.

HURTADO POZO JOSÉ, Manual de Derecho Penal, EDDILI, 2ª Edición, Lima, 1987.

JAKOBS GÜNTHER, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis González de Murillo, 2ª Edición Corregida, MARCIAL PONS, Ediciones Jurídicas S.A.

JESCHEK HANS-HEINRICH, WEIGEND THOMAS, Tratado de Derecho Penal, 5ª Edición Renovada y Ampliada, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares S.L., 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Tratado de Derecho Penal, TOMO VII, El Delito y su Exteriorización, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1977.

KINDHÄUSER URS, Tendencias del Derecho Penal Contemporáneo, Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Ediciones USTA, Bogotá D.C., 2012.

LA SCALA A.M., Il Tentativo punibile nel vigente ordinamento giuridico, Cacucci Editore 2011.

LAI ANTONELLA, La Circo stanza attenuante della riparazione del danno e il delitto tentato, (Sez. II – Ud 29 maggio 1985), Cassazione Penale, Vol.28 No.1, 1998.

*Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume III, Parte 1ª, Articoli 1-80, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1928, Anno VI, p. 9.

LETO GAETANO, Di Esecuzione nel Tentativo, Palermo, Alberto Rebbert Librería della Real Casa, 1908.

LISZT FRANZ VON, Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 20ª Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa, y Adicionado con el Derecho Penal Español, por Quintiliano Saldaña, Tomo III, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1917.

LONDOÑO JIMÉNEZ HERNANDO, Derechos Humanos y Justicia Penal, Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO, Tratado de Derecho Penal, Parte General, CIVITAS – THOMSON REUTERS.

MAGGIORE GIUSEPE, Principi di Diritto Penale, Volume I, Parte generale, 2ª Edizione Riveduta e Ampliata, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937 – XV.

MANCINI DAVID, Il Furto Nei Supermercati: la linea di confine tra tentativo e consumazione, Cassazione Penale, Vol. XL – Marzo 2000, 3.

MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte Generale II, CEDAM, 2008.

MANNA ADELMO, Corso di Diritto Penale, Parte generale, Seconda Edizione, CEDAM, 2012.

MANNA ADELMO, La Strategia del Terrore e i Delitti di Attentato, L'Indice Penale, Nuova Serie, Anno XVI – N.1, Gennaio – Giugno 2013

MANTOVANI FERRANDO, Diritto Penale, Parte Generale, Nona edizione, Wolters Kluwer – CEDAM, 2015, P.433.

MANZINI VINCENZO, Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Sesta Edizione Aggiornata, CEDAM, Padova, 1937-XV, P.80.

MANZINI VINCENZO, *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, Quinta Edizione aggiornata da Pietro Nuvolone e Giandomenico Pisapia, Cit. Pag.481.

MANZINI VINCENZO, *Tratatto di Diritto Penale*, Nuova Edizione completamente aggiornata, Volume Primo, Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1948, P.612.

MARINI GIULIANO, *Lineamenti del Sistema Penale*, Giapichelli Editore, Torino.

MARINUCCI GIORGIO, DOLCINI EMILIO, *Corso di Diritto Penale 1, Le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica*, seconda Edizione, Giuffé Editore.

MARINUCCI GIORGIO, *Suggettivismo e Oggettivismo nel Diritto Penale Uno Schizzo Dogmatico e Político-Criminal*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2011.

MARINUCCI GOIRGIO, DOLCINI EMILIO, *Manuale di Diritto Penale*, Quarta Edizione,, Giuffrè Editore, P.292.

MARINUCCI GOIRGIO, DOLCINI EMILIO, *Manuale di Diritto Penale*, Seconda Edizione,, Giuffrè Editore.

MARQUEZ ESTRADA, José Wilson, *Control Social y Construcción del Estado, El Código Penal de 1837 y su influencia en la Legislación Criminal del Estado Soberano de Bolívar de 1870-1880*, *Revista Historia Caribe*, Volumen VI No.18, Enero – Junio de 2011.

MARTY MIREILLE DELMAS, *Umanità, Specie Umana e Diritto Penale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno LV, fasc.3, julio – septiembre de 2013.

MAURACH REINHART, *Derecho Penal, Parte General, 2, Formas de Aparición del Delito, y las Consecuencias Jurídicas del Hecho*, actualizado por KARL HEINZ GÖSSEL, y HEINZ ZIPF, Traducción de la 7ª edición alemana por JORGE BOFIL GENSZCH, Editorial Astrea de Alfred y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.

MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Traducción de Juan Córdoba Rueda, II, Ediciones Ariel, Barcelona.

MAYER MAX ERNST, Derecho Penal, Parte General, Traducción de SERGIO POLITOFF LIFTSCHITZ, Colección Maestros del Derecho Penal, Editorial B de F, Argentina, 2007,

MAZZON RICCARDO, Il concorso di reati, e il concorso di persone nel reato, CEDAM, 2011, P.55

MENCARELLI ANNAELENA, La Delimitazione della Soglia del Penalmente Rilevante: Riflessioni sul criterio della direzione non equivoca degli atti e superamento della formula dell'inizio di esecuzione, Cassazione Penale, Fasc.11, 2013.

MENGONI ENRICO, Reati contro il Patrimonio, Dalle Sezione Unite Via Libera alla Compatibilità tra Tentativo ed Attenuante del Danno di Speciale Tenuità, (Sez. Un. 28243 del 28 marzo 2013), Cassazione Penale, N.11, 2013.

MESA GARCÍA, Esteban, El Frente Nacional y su naturaleza antidemocrática, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.39, N.110.

MEZGER EDMUND, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción de la 2ª Edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 8ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2006

MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, 9ª Edición, Edición Reppertor, Barcelona, 2011.

MIR PUIG, Iter Criminis, Enciclopedia Penal Básica, Diego Manuel Luzón Peña, Granada, 2002, P.856-857.

MONTANARA GIUSEPE, Il Tentativo, Enciclopedia del Diritto XLIV Tariffa - Trattato, Giuffr  Editore, P. 122-123.

MORSELLI ELIO, Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia, Volume Primo, Diritto Penale, Giuffr  Editore, 2.000, P.238.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, 4<sup>a</sup> Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Teoría General del Delito, Segunda reimpresi n de la tercera edición, Ediotrial Temis S.A., Bogot  – Colombia, 2013, P.166,167.

MUSACCHIO VINCENZO, Dottrine Americane e Nuove Dimensioni del Terrorismo, La Giustizia Penale, Parte Prima, 2002.

MUSACCHIO VINCENZO, Terrorismo Internazionale e Stato Democratico, La Giustizia Penale, Vol.CX, 2005.

ONECA JOSÉ ANTON, Derecho Penal, 2<sup>a</sup> Edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Moreno, AKAL, 1986.

ORAZIO SIMONE, La Non Punibilità dei Meri Atti Preparatori, (Sez.I, N.40058, 24 Settembre 2008) Cassazione Penale, Vol. XLIX, N.09, 2009.

PABÓN PARRA PEDRO ALFONSO, Manual de Derecho Penal, Parte General – Parte Especial, Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2003.

PACHECO JOAQUÍN FRANCISCO, El Código Penal, comentado y concordado, Quinta Edición corregida y aumentada, Tomo II, Madrid, Imprenta y Fundici n de Manuel Tello, Impresor de C mara de su Majestad Isabel la Católica, 23, 1881.

PADOVANI TULLIO, Diritto Penale, X Edizione, Giuffrè Editore, 2012.

PAGLIARO ANTONIO, Sommario del Diritto Penale Italiano, Parte Generale, Giuffrè Editore. P.294.

PAGLIARO ANTONIO, Trattato di Diritto Penale, Il reato, Giuffrè Editore, 2007.

PALAZZO FRANCESCO, Corso di Diritto Penale, Quarta Edizione, Giappichelli Editore, Torino.

PALAZZO FRANCESCO, Il Tentativo, un problema ancora aperto? (Tipicità ed Offesa tra Passato e Futuro), Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LIV, 2011.

PANNAIN REMO, Manuale di Diritto Penale, Seconda Edizione, aggiornata e riveduta-I, Parte Generale Unione Tipografico, Editrice Torinese.

PAOLI GIULIO, Il Diritto Penale Italiano, Volume I Parte Generale, 1 i fondamenti, CEDAM, Padova, 1936.

PECORELLA CLAUDIA, Truffe- on line: Momento Consumativo e Competenza Territoriale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LV, 2012.

PEDRAZZI CESARE, Diritto Penale I, Scritti di parte generale, Giuffrè Editore, 2.003.

PERDONÒ GIOVANI LUCA, Il Momento Consumativo nel Delitto di Favoreggiamento Personale: problematiche connesse alla difficoltà di accertamento del confine tra pericolo e tentativo (Cass. Sez.VI Penale, 21 marzo 2000, N.584), L'Indice Penale, Nuova Serie Anno VI N.1, Gennaio – Aprile 2003.

PÉREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, Partes General y Especial, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1981.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, Introducción al Derecho Penal, Séptima Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

PETROCELLI BIAGIO, Il Delitto Tentato, Studi. Padova, CEDAM – CASA EDITRICE DOTT.ANTONIO MILANI, 1955, p.8.

PIOLETTI UGO, Diritto Penale, Parte generale (corso di lezioni), Anno Accademico 1954-1955, Librería Editrice Ricerche, Roma, 1955.

PIRAS PAOLO, Delitto Tentato, Il Diritto, Enciclopedia Giuridica, del sole 24 ore, diretta da Prof. Avv. Salvatore Patti, Volume 4, Consi – Dep, P.697.

PISAPIA GIAN DOMENICO, Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Padova, CEDAM, 1965.

PISAPIA GIAN DOMENICO, Studi di Diritto Penale, CEDAM, Padova, 1956

POSADA MAYA RICARDO, Los Juicios Paralelos, el Derecho a la Honra y al Debido Proceso Penal: ¿Quis Custodiet Custodiet? Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal, Ricardo Molina López (Coord.), Biblioteca Jurídica DIKE – Universidad Pontificia Bolivariana, 2012.

PRITTWITZ CORNELIUS, Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazioanle ed Europeo, Diritto Penale del Nemico, un dibattito internzaionale, cura di Massimo Donnini e Michele Papa, Giuffré Editore 2007.

PULITANO DOMENICO, Diritto Penale, Terza Edizione, Giappichelli Editore, Torino.



RADESCO FRANCESCA, Sussiste il tentato omicidio quando la morte della persona offesa è il fine primo o alternativo dall'agente, *Rivista Diritto e Giustizia*, Fasc.18, 2015.

RAMACCI FABRIZIO, *Corso di Diritto Penale*, Quinta Edizione, Ristampa, Riveduta e Aggiornata a cura di Roberto Guerrini, 2015, Giappichelli Editore, Torino.

RANIERI SILVIO, *Manual de Derecho Penal*, Tomo II, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975

REITANO SIMONA, *Le Misure di Contrasto al Terrorismo Internazionale tra Unione Europea e Normativa Italiana di Adattamento*, Nuova Serie Anno VII N.3, Settembre – Dicembre 2004.

RESTREPO RODRÍGUEZ DIANA, *Genesi e Sviluppo del Concetto di Bene Giuridico in un "Diritto Penale Colonizzato": Il Caso Colombiano*, *L'Indice Penale*, Nuova Serie Anno XIV – N.1, Gennaio – Giugno 2011.

REYES ALVARADO YESID, "Causalidad y explicación del resultado", en *Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2005.

REYES ALVARADO YESID, *El delito de Tentativa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016.

REYES ECHANDIA ALFONSO, *La Tipicidad*, 5ª Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989, P.170,171.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Parte General*, Reimpresión de la Undécima Edición, Editorial Temis.

RICCARDI GIUSEPPE, *I Confini Mobili del Principio di Offensività*, *L'Indice Penale*, Nuova Serie – Anno II, N.1, Gennaio – Aprile, 1999.

RIZ ROLANDO, *Lineamenti di Diritto Penale*, Terza Edizione, CEDAM, 2001,

RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ MARÍA, SERRANO GÓMEZ ALFONSO, Derecho Penal Español, Parte General, 17ª Edición, DYKINSON, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO, Delito Imposible y Tentativa de Delito en el Código Penal Español, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2785111.pdf>, ADPCP, T. XXIV, Fasc.II, Mayo-Agosto 1971.

ROMANO BARTOLOMEO, Diritto Penale, Parte Generale, Seconda Edizione, Rinovata ed Ampliata, CEDAM, 2013, P.

ROMANO MARIO, Commentario Sistematico del Codice Penale I, Art.1-84, Terza Edizione, Rinnovata e Ampliata, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

ROMERO SOTO, Luis Enrique, El Código Penal de 1837: Marco histórico de su vigencia, Revista Foro Penal No.38, 1987.

ROXIN CLAUS Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª Edición Alemana, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, CIVITAS, Madrid, 1997.

ROXIN CLAUS Derecho Penal Parte General, Tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Traducción de la primera edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, José Manuel Peredes Castañón, CIVITAS, 2014.

RUSSO PÉREZ GUIDO, A proposito di una nuova formola per distinguere gli atti esecutivi dai preparatorii – note critiche, Palermo, Litografía A. Amoroso, Corso V.E.367, 1909.

SANTISE MAURICIO, ZUNICA FABIO, Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino 2016.

SANTORO ARTURO, Novissimo Digesto Italiano, Tentativo, Diretto da Antonio Azzara e Ernesto Eula, XVIII, Unione Ipografico Editrice Torinese.

SEMINARA SERGIO, Delitto Tentato e Reato Impossibile: i confini dell'azione punibile. Spazio Filosofico No.16, 2016, Pag. 4. en: [www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/](http://www.spaziofilosofico.it/Autore/sergio-seminara/)

SEMINARA SERGIO, *Il Delito Tentato*, P.16,17.

SERIANNI VINCENZO, La Desistenza volontaria e il ravvedimento attivo, Giuffr  Editore, Milano, 2008.

SINISCALCO MARCO, Tentativo, Enciclopedia Giuridica, Istituto de la Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, Volume XXXV.

TIEDEMAN KLAUS, L'Europeizzazione dil Diritto Penale, Traducción a cura di Ana Valentina Bernardi, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XLI, 1998.

TORRES VÁSQUEZ FILEN N, Manual de Derecho Penal, Ediciones USTA, Bogot , 2011.

TRAPANI MARIO, MASSARO ANTONELLA, Temi Penali, Giappichelli Editore, Torino.

TRINCHERA TOMMASO, Questioni in Tema di Aberratio Ictus, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.3, 2015.

VANINI OTTORINO, Il problema giuridico del tentativo, (Art.56 del Codice Penale) Nova ediciones riveduta e accresciuta, Giuffr  Editore, Milano,1952.

VASSALI GIULIANO, Diritto Penale e Giurisprudenza Costituzionale, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno LI, 2008.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, Derecho Penal, Parte General, 4ª Edición, Librería Jurídica COMLIBROS, Bogotá D.C.,2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, El Derecho Penal Colombiano y la Ley importada. Revista Foro Penal No.38, 1987.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal, Parte General, Primera Edición, 2017, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, La Teoría de la Conducta Punible en el Nuevo Código Penal, Revista, Nuevo Foro Penal, N.63, 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.

VILLEGAS MYRNA, Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Revista Política Criminal. N° 2, A3, 2006

VOLK KLAUS, Introduzione al Diritto Penale Tedesco, Parte Generale, CEDAM,1993.

VON LISZT FRANZ, Tratado de Derecho Penal, Traducido de la 18ª Edición Alemana, por Quintiliano Saldaña, TOMO 1º, Madrid, Hijos de Reus Ediotres, 1914.

WOLFHÜGEL GUTIÉRREZ CHRISTIAN, La Tentativa y el Comienzo de Ejecución de la Conducta Típica, Los Aparatos Organizados de Poder, en Cuadernos de Derecho Penal [En Línea] No.1 (2009) [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-de-ejecución-cwg.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-de-ejecución-cwg.pdf)

ZUCCALA GIUSEPE, Profili del Delitto di Attentato, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XX, 1977.

