

La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos en el Código Penal Colombiano

Francisco Bernate Ochoa *

1. Presentación del problema

La ley penal no solo sanciona los actos que efectivamente lesionan el interés jurídicamente por ella tutelado, sino también aquellas situaciones en que lo protegido es puesto en peligro mediante la conducta del agente¹. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la tentativa, en la que el agente inicia la comisión de un hecho considerado como delictivo por la ley, pero no logra su consumación por hechos ajenos a su voluntad.²

El inicio de la ejecución del delito por parte del agente es requisito para que se estructure la tentativa. Determinar el momento a partir del cual la conducta desplegada por el sujeto activo se inserta dentro de las redes de lo penal, es un asunto que ha suscitado arduas discusiones al interior de la teoría del delito.

En el presente escrito estableceremos el momento a partir del cual es punible la tentativa, acudiendo para ello a la teoría del delito como herramienta que permita brindar una solución metodológicamente satisfactoria, aplicada al caso colombiano.

2. La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos en la teoría del delito

La tentativa como dispositivo amplificador del tipo penal, pone de relieve la toma de postura que un determinado ordenamiento realiza frente a la discusión dogmática entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. La prueba de ello, la encontramos en la punición en algunos ordenamientos de la tentativa imposible y la tentativa inidónea, así como en la rebaja de pena para el conato frente a la imponible para el caso del delito consumado, fenómenos que no son uniformes en las legislaciones.³

Así, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos como punto de discusión en torno a la tentativa, debe resolverse a partir de la concepción del injusto que maneje un determinado ordenamiento, en el caso concreto, la legislación colombiana.

* Profesor – Investigador de Derecho Penal. Universidad del Rosario, Bogotá, DC, Colombia.

¹ CÓRDOBA ANGULO, Miguel Fernando. *La tentativa*. Universidad Externado de Colombia. P. 15.

² Igual sucede en los eventos en los que se sancionan actos preparatorios, o en los que se consignan delitos de peligro, en los cuales la antijuridicidad se representa por cuanto se incurre en conductas peligrosas para el interés tutelado por la Ley Penal.

³ En igual sentido, CÓRDOBA ANGULO. *La tentativa*. "...para intentar resolver de una manera coherente y sistemática algunos interrogantes que se plantean en torno a la tentativa, es necesario partir del fundamento o razón de su prohibición..." P. 71

En la doctrina mayoritaria, encontramos que los autores contemporáneos se clasifican en quienes optan por la adopción de tesis monistas, ya sea por que entienden el injusto como norma subjetiva de determinación o como norma objetiva de valoración exclusivamente, o las tesis dualistas que parten de una mixtura entre ambas posiciones, encontrando en algunos casos autores que dan prevalencia a algunos de los componentes.⁴

2.1. Desvalor de acción y desvalor de resultado.

El fundamento de la punición de la tentativa va a jugar un papel determinante a la hora de distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos⁵. En efecto, según la postura que se adopte, el sustento de la punición del conato criminal variará, y ello afectará, a su vez, la posición en torno a la distinción entre acto ejecutivo y acto preparatorio, por lo que a continuación procedemos a esbozar los conceptos de norma objetiva de determinación y norma subjetiva de determinación.⁶

2.1.1. La norma penal como norma objetiva de valoración

Un planteamiento que parta de la comprensión de la norma penal como norma objetiva de valoración, entenderá que el sistema punitivo tiene como finalidad la protección de determinadas situaciones que son valiosas para la sociedad, ya sea que se entiendan dichas circunstancias como anteriores al legislador, o como creación suya.⁷

Así entonces, la norma se encuentra establecida para proteger bienes jurídicos, y el contenido del injusto estará dado por la lesión o puesta en peligro del mismo, lo cual será verificable mediante lo objetivo.

El optar por un entendimiento de la norma como norma objetiva de valoración tiene las siguientes repercusiones al interior de la teoría del delito.

El fundamento de la punición de la tentativa dentro de las posturas de corte objetivo está dado por la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado⁸. En primer lugar, si se entiende que el injusto es de carácter objetivo, dado que la norma tiende a la protección de situaciones valiosas, es imperativo el optar por una disminución punitiva en aquellos eventos en que se dé inicio a la ejecución del delito sin que el mismo se consume. En efecto, si entendemos que la norma está diseñada para proteger situaciones valiosas, es claro que debe distinguirse

⁴ Así, GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. *Dogmática penal y teoría del injusto en el Nuevo Código Penal*. P. 213. "...el desvalor de resultado es el elemento necesario e imprescindible para a construcción del injusto penal, esto es, el elemento fundante; el desvalor de acción cumple la función auxiliar de fijar la dirección de la voluntad y por lo tanto se constituye en elemento cofundante..."

⁵ ZAFFARONI, ALAGIA, SKOLAR. *Derecho Penal, Parte General*. P. 778. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. P. 337. Igual. CÓRDOBA, Vid. Nota 2.

⁶ En medio de ambas teorías se ubica la denominada *Tesis de la impresión*, en virtud de la cual la punición de la tentativa "según la cual la punibilidad de la tentativa sólo es admisible cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho sea adecuada para conmovir la confianza en la vigencia del orden normativo y el sentimiento de la seguridad jurídica en los que tengan conocimiento de la misma. ZAFFARONI, ALAGIA, SKOLAR.. Ob. Cit. En igual sentido, ROXIN. *Acerca del fundamento penal de la tentativa*. En: *Dogmática penal y política criminal*. Ed. Idemsa, Lima, 1998. P. 258. Una tesis en este sentido permite la punición de la tentativa inidónea, como lo pone de manifiesto ROXIN, por lo que no la consideramos aplicable para el caso colombiano que claramente descarta su punición. ROXIN. Ob. Cit. p. 260 y ss.

⁷ CÓRDOBA ANGULO. Ob. Cit. P. 71.

⁸ CÓRDOBA ANGULO. Ob. Cit. P. 72. VELÁSQUEZ V. Fernando. *Manual de Derecho Penal*. P. 425 y ss.

aquellos eventos en los que se lesiona dicha situación, de aquellos en que apenas es puesta en peligro.

En igual sentido⁹, los actos preparatorios por su lejanía respecto del bien jurídicamente tutelado, se considerarán en todo caso impunes, al igual que sucede con la tentativa inidónea y la tentativa imposible, en las cuales la conducta no tiene la entidad para poner en peligro el objeto de protección.

En segundo lugar, si se opta por una posición de corte objetivo, para el reconocimiento de las causales de justificación será suficiente con que concurren los elementos objetivos de la misma, es decir, con que se haya salvado un bien jurídico, sin importar el aspecto subjetivo de quien la ejerce.

2.1.2. La norma penal como subjetiva de determinación

Entender la norma penal como subjetiva de determinación, significa sostener que ella establece un patrón de conducta que se busca sea interiorizado por sus destinatarios, de manera que cuando es contrariada, lo sancionado es la exteriorización de una voluntad rebelde hacia el mandato legal.

En efecto, entender la norma penal como subjetiva de determinación significa afirmar que la misma establece un patrón de conducta que debe ser introyectado por sus destinatarios, y en el evento en que se contraría su mandato es procedente la sanción, mas allá de que se lesione o no una situación valiosa, pues para estas hipótesis, lo protegido –el bien jurídico, si se me permite a expresión- es la fidelidad hacia la norma. El contenido del injusto para estas posturas estará dado por el desvalor de acción.

Optar por esta tesis, genera las siguientes consecuencias.

Primero, en el ámbito de la tentativa, tenemos que la sanción debe ser la misma para el delito tentado que para el consumado¹⁰. En efecto, tanto en el delito consumado como en el delito frustrado, el actor ya ha puesto todo de sí, por lo que la consumación del hecho es algo que depende del azar. Así entonces, es claro que en ambos –tanto en el delito consumado como en el tentado- el agente ha mostrado su rebeldía hacia la norma, por lo que deben identificarse punitivamente ambos eventos.¹¹

Igualmente, dentro del ámbito de la tentativa, de acogerse una postura de corte subjetivista, serían punibles tanto la tentativa imposible como la inidónea, pues en estas, también el autor ha manifestado su rebeldía hacia la norma.

En segundo lugar, en el ámbito de las causales de justificación, tenemos que si la norma protege la fidelidad hacia la misma, bastará con que concurren los elementos subjetivos de la causal para que pueda ser reconocida, sin que importen las circunstancias objetivas para su reconocimiento.

⁹ CORDOBA ANGULO. Ob. Cit. P. 72.

¹⁰ CORDOBA ANGULO. Ob. Cit. P. 74. Eventualmente se puede establecer una disminución punitiva para el caso de la tentativa, pero la misma será facultativa para el Juez.

¹¹ ROXIN. Ob. Cit. p. 268. VELÁSQUEZ V. Fernando. *Manual de Derecho Penal*. P. 425 y ss.

2.1.3. Las posturas mixtas

La mayoría de los doctrinantes en la actualidad¹², entiende que el injusto debe contener tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, o lo que es lo mismo, que la norma penal debe entenderse tanto como norma objetiva de valoración, como norma subjetiva de determinación.

Son varios los argumentos para optar por una tesis en este sentido. En primer lugar, si se tiene en cuenta que las funciones del derecho penal están dadas por la función de motivación y la función de protección de bienes jurídicos¹³, puede llegarse a entender que el injusto se constituye tanto por el desvalor de acción como por el de resultado.

Mediante la función de protección de bienes jurídicos, el legislador busca que el derecho penal proteja aquellas circunstancias necesarias para que el individuo pueda desarrollarse dentro de una sociedad determinada. Así entonces, el Derecho Penal será la rama del ordenamiento que conmine mediante penas aquellas conductas que atenten de manera grave contra la convivencia dentro de la comunidad. Como consecuencia de ello surge el denominado principio del derecho penal como *última ratio*, en virtud del cual solo es lícito acudir a la punición de conductas mediante el Derecho Represor cuando: i. Se atente de manera grave contra intereses esenciales para la convivencia en una comunidad determinada. ii. Cuando todas las demás ramas del ordenamiento jurídico han mostrado ser insuficientes para poner fin a la comisión de la conducta nociva y, iii. Cuando se establezca que el bien a proteger tiene cuando menos igual, o superior importancia a aquel que se va a sacrificar, la libertad del individuo.

Por otra parte, mediante la función de motivación, el Derecho Penal busca que sus normas sean interiorizadas por los individuos, quienes se abstendrán de incurrir en las conductas sancionadas por la ley penal ya sea, por que introyectan el valor protegido por la ley, o por el temor a la sanción.

Así entonces, para el caso de la función de protección de bienes jurídicos la norma penal obrará como norma objetiva de determinación, mientras que en el caso de la función de motivación, la norma se entenderá como subjetiva de determinación.

2.1.4. Injusto penal y Constitución

La doctrina nacional más autorizada, entiende que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad determina el contenido del injusto. En efecto, para estos autores, el mencionado derecho fundamental marca el lindero entre lo que el legislador puede considerar punible, y lo que no.

Para el caso colombiano, el artículo 16 de la Constitución de 1991 establece que:

“Art. 16. Se garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.”

Así entonces, el constituyente de 1991 optó por limitar lo sancionable a aquellos eventos en que se contraría el orden jurídico y los derechos de los demás, de manera acumulativa. Entienden los cultores de esta doctrina que cuando el legislador se refiere a *los derechos de los demás*, quiere poner de relieve la existencia de situaciones valiosas para la vida en

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol II. Editorial Trotta. , Madrid. 1999. P. 36

¹³ BERDUGO / ARROYO/ GARCÍA/ FERRÉ/ SERRANO. *Lecciones de Derecho Penal*. Editorial Praxis. Barcelona, 1999.

comunidad, o, lo que es lo mismo, para que se pueda sancionar una conducta, es necesario que la misma lesione o ponga en peligro bienes jurídicos.

Por su parte, cuando el artículo superior se refiere al ordenamiento jurídico, establece la necesidad de que los miembros de la comunidad introyecten sus mandatos, o, lo que es lo mismo, entender la norma penal como subjetiva de determinación.

Pero el constituyente estableció las limitantes de manera conjunta, y ligadas por la conjuntiva “y”, con lo que dejó en claro que es necesario que concurren ambas para que se pueda establecer un injusto, en términos penales.¹⁴

Algunos autores abogan por la primacía del desvalor de resultado sobre el desvalor de acción, entendiendo que si bien ambos son necesarios para que se estructure el injusto, el segundo se limita a ser un acompañante del primero, por lo que bastaría con los elementos objetivos para reconocer una causal de justificación.¹⁵

2.2. La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos a partir del entendimiento de la norma penal y de la teoría del delito

En el acápite anterior hemos mostrado las diversas posturas sobre la naturaleza de la norma penal y como, para el caso del ordenamiento colombiano, es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto tanto por el desvalor de acción, como por el de resultado, de manera conjunta.

El denominado *íter criminis* fue desarrollado por CARRARA. Así, el principal autor de la escuela clásica italiana enseña que el mismo comprendía las siguientes fases:

- a. Fase ideativa, o de ideación, en la que surge la idea criminal en la mente del delincuente.¹⁶
- b. Fase preparativa, en la cual el agente dispone los medios elegidos con miras a crear las condiciones básicas para la realización del delito perseguido.¹⁷
- c. Fase ejecutiva, en la que el agente emplea los medios elegidos para realizar el delito perseguido.
- d. Fase de consumación en la que el agente obtiene el resultado típico propuesto, mediante los medios por él dispuestos para el efecto.¹⁸

¹⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Derechos fundamentales, Constitución y dogmática penal*. En: Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal. Primera Parte, Gustavo Ibáñez, Bogotá. P. 80. El mismo, *Dogmática penal y teoría del injusto en el Nuevo Código Penal*. En: Estudios de dogmática en el Nuevo Código Penal. Primera Parte, Gustavo Ibáñez, Bogotá. P. 154.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ CÓRDOBA ANGULO, Ob. Cit. P. 16. Abarca esta primera fase los momentos de la ideación del delito, la deliberación que precede a la decisión de cometerlo y la resolución criminal, en la que la voluntad se inclina por la realización del delito.

¹⁷ REYES ECHANDÍA considera que en esta fase preparativa los actos aún son equívocos, para hacer referencia a que pueden estar dispuestos tanto para cometer el delito, como para otro comportamiento. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La tipicidad*. P. 146. Ejemplo de acto preparatorio es la compra del revolver con el que se ultimaré a la víctima del delito.

¹⁸ Algún sector doctrinal distingue la consumación formal, en la que se realiza el tipo en todos sus elementos, como cuando en los delitos contra la vida se obtiene la muerte del sujeto pasivo de la consumación material en la que el agente consigue, además del resultado típico, satisfacer la necesidad personal que perseguía, como heredar al tío multimillonario. Cfr. CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*. P. 18.

El primer presupuesto para que se estructure la tentativa es la necesidad de exteriorización de la conducta mediante la realización de actos idónea e inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho. En efecto, gracias al principio del acto, es necesario que el sujeto activo de la conducta exteriorice su personalidad mediante actos que supongan algo más allá de su fuero interno. Para que la conducta entre en las redes de lo penal es requisito que el actor realice una conducta en el sentido jurídico penal del término, lo cual, en todo caso, supondrá la realización de una serie de actos externos sin que se pueda penar a alguien por su forma de ser, de pensar etc.

Así entonces, la doctrina ha distinguido en el desarrollo del *íter criminis* los denominados actos preparatorios de los actos ejecutivos, para señalar, que solo a partir de los segundos, es punible la tentativa.

La distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, es uno de los puntos más problemáticos dentro de la teoría del delito, por lo que es fácil encontrar un sinnúmero de posibilidades teóricas para solventar esta cuestión.

En primer lugar, tenemos las denominadas teorías objetivas¹⁹, en las que la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se realiza ya sea, a partir del tipo o a partir de la vulneración al bien jurídicamente tutelado²⁰. En el primer caso, estamos frente a las denominadas teorías objetivo-formales, en las que la distinción se hace teniendo en cuenta el significado lingüístico del verbo rector sancionado en el respectivo tipo penal²¹. Estaremos entonces frente a un acto ejecutivo cuando el agente inicia la actividad descrita por el tipo respectivo, así v.gr., estaremos frente a una tentativa de homicidio cuando el sujeto comience a “matar”, o frente a un conato de hurto cuando el sujeto comience a “apoderarse”. La inexactitud de estas tesis condujo a su fracaso, debido a que no es claro en que eventos se da inicio lingüísticamente a la conducta sancionada por la ley penal.

Partiendo de un entendimiento de la norma penal como objetiva de valoración y de la función protectora de bienes jurídicos por parte del derecho penal, surgieron las denominadas teorías objetivo-materiales, en las que la distinción entre acto preparatorio y acto ejecutivo se da a partir del momento en que se comienza a poner en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal²². Así entonces, en el acto preparatorio aún no se alcanza a poner en peligro el bien

¹⁹ Limitamos en este punto el estudio a las denominadas teorías objetivas formales y materiales, que sin embargo no son las únicas que se han esbozado para resolver este interrogante. Así, por ejemplo, CARRARA en un primer momento (Programa, V, pp. 247 y ss.) sostenía que en los actos preparatorios se caracterizan por su equivocidad ya que pueden o no conducir a un hecho punible, en tanto, los actos ejecutivos se destacan por su univocidad, en tanto que se dirigen siempre a un hecho ilícito. Posteriormente y ante las dificultades de este primer planteamiento, reformuló su tesis para encontrar la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos en la teoría del *ataque a la esfera jurídica ajena*, en virtud de la cual los actos preparatorios son los que permanecen en la esfera del sujeto activo y actos ejecutivos son aquellos que invaden la esfera del sujeto pasivo lesionando sus intereses jurídicos.

²⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. P. 337. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el principio de antijuridicidad material: Sentencia del 9 de agosto de 1889, 22 de agosto de 1959, 28 de marzo de 1966, 19 de agosto de 1976, 21 de septiembre de 1979, del 15 de febrero de 1980, del 6 de junio de 1981, 1º de marzo de 1982.

²¹ CÓRDOBA ANGULO, Ob. Cit. Afirma sobre estas tesis. “...los actos ejecutivos dan comienzo cuando el autor empieza a realizar la “acción típica” por que es precisamente en ese momento cuando los actos realizados constituyen tentativa. Los comportamientos previos no subsumibles directamente en la “acción típica”, por ser previos a la misma, no originan todavía responsabilidad penal por tentativa, sino que son actos preparatorios impunes.”. Paradigmático, FRIAS CABALLERO. “*El tipo en la tentativa es el comienzo de ejecución recurriendo al tipo especial que se halle en consideración en cada caso...En el homicidio son actos ejecutivos los actos que signifiquen un “comenzar a matar”*”. FRIAS CABALLERO, JORGE. *Teoría del delito*. Ed. Livrosca. Caracas, 1996, 344 y ss.

²² GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito*. P. 1199. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 1987. MP Guillermo Duque Ruiz.

jurídico, lo cual si sucede en el caso del acto ejecutivo²³. De acuerdo con estas tesis, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos v.gr. en el caso del hurto, estaría en el momento en que se comienza a poner en peligro el bien jurídico patrimonio económico del sujeto pasivo.²⁴

El finalismo, por su parte entiende que el contenido del injusto está dado por la rebeldía que muestra el agente frente al llamado de la norma, por lo que la entienden como norma subjetiva de determinación²⁵. A la luz de la tentativa, para explicar la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos acudieron al concepto del *plan del autor*²⁶. Así, atendiendo lo querido por el autor y según su plan criminal, estaremos frente a actos preparatorios, cuando para él determinados actos sean apenas la antesala del hecho, y frente a actos ejecutivos cuando, de acuerdo a su plan, estemos frente a actos que ya constituyan actos de ejecución de la conducta criminal. En este evento, se parte de la prevalencia del desvalor de acción a nivel del injusto jurídico-penal.²⁷

Por último, surgen las denominadas tesis objetivo-subjetivas, o tesis mixtas, en las que se combinan las tesis objetivas con las subjetivas. Una primera alternativa en este sentido, plantea la combinación entre la teoría subjetiva y la teoría objetivo-formal, para sostener que la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos se procede en primer lugar, a observar el plan del autor y posteriormente, determinar si de acuerdo con esa imagen, el comportamiento realizado se encuentra estrechamente ligado a la acción típica de manera que no haya eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización.²⁸

CÓRDOBA ANGULO, por su parte, plantea que para distinguir el acto ejecutivo del acto preparatorio se debe determinar, en primer momento, cual es el plan del autor (teoría subjetiva). Establecido lo anterior, es necesario acudir a criterios objetivos relacionados primero, con el bien jurídico (teoría objetivo-material) y en segundo lugar, es necesario que el acto que se realiza sea inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo penal, conocido como principio de inmediatez temporal.²⁹

²³ Esta posición la acogió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en Sentencia del 12 de septiembre de 1963. MP. Simón Montero Torres.

²⁴ Las críticas a estas tesis son: 1. Desconoce todo aspecto subjetivo. 2. Es demasiado amplia, pues es incierto qué debe entenderse por poner en peligro el bien jurídicamente tutelado. Cfr. CÓRDOBA ANGULO, Ob. Cit. P. 27.

²⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. P. 337.

²⁶ CÓRDOBA ANGULO denomina estas tesis que diferencian los actos preparatorios de los ejecutivos *teorías subjetivas limitadas* para contraponerlas a las *Teorías subjetivas extremas*, en las que no se admite la distinción entre el delito consumado y el delito tentado. Nosotros no la incluimos en este acápite, pues nos referimos a doctrinas que parten de una distinción entre uno y otro y proponen fórmulas para el efecto. Cfr. CÓRDOBA, ANGULO, Ob. Cit. p. 21.

²⁷ "Serán actos ejecutivos aquellos que para el sujeto ya constituyen la fase decisiva de su plan... lo que importa para determinar la cuestión de si el autor da comienzo a la realización del tipo, es cómo ha imaginado el sujeto agente y de qué manera quería comenzar a ejecutar la acción típica...para determinar si la conducta desplegada por el autor constituye un "principio de ejecución", el juez necesita saber si el sujeto se proponía cometer una acción punible, cuál y en que forma. Por ejemplo, si intentaba apoderarse de un televisor ajeno, escalando el muro de la casa, en el momento que coloca una escalera para ello, estaríamos ya frente a un acto ejecutivo punible...". CÓRDOBA ANGULO, Miguel Fernando. Ob. Cit. P. 23.

²⁸ CÓRDOBA ANGULO, Ob. Cit. P. 27. Según esta tesis, es acto ejecutivo el que, de conformidad con el plan del autor significa ponerse de inmediato o directamente en la realización del hecho delictivo.

²⁹ CÓRDOBA ANGULO. Ob. Cit. p. 30 y ss.

3. La tentativa en el Derecho Penal Colombiano

Colombia cuenta, desde el 25 de julio del año 2001, con la entrada en vigencia de un nuevo Código Penal que sustituyó el que se expidiera en el año 1980. La presente exposición analizará la temática discutida, es decir, la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios tanto en el Código Penal de 1980, como en el Código Penal Militar Colombiano, contenido en la Ley 522 de 1999 y en el Nuevo Código Penal Colombiano del año 2000.

3.1. La tentativa en el Código Penal de 1980

El artículo 22 del Decreto 100 de 1980, definía la tentativa de la siguiente manera:

“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”

Desde el inicio de la redacción del estatuto represor de 1980, se deja en claro que es necesaria la ejecución del hecho punible, con lo que deja en claro la impunidad de los actos preparatorios. Dogmáticamente, el Código de 1980 seguía una marcada influencia neokantiana, como lo ponen de presente las siguientes circunstancias:

- a. La exigencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado (art. 4º).³⁰
- b. El carácter prevalentemente objetivo tanto de la tipicidad como de la antijuridicidad, lo cual se pone de presente cuando se plasma el principio de culpabilidad (Art. 5º).
- c. El considerar el dolo y la culpa como formas de culpabilidad (art. 35).
- d. La regulación del error de tipo (art. 40 num. 4º) y el de prohibición (art. 40 num. 3º) como causas excluyentes de la culpabilidad. En el caso del error de prohibición vencible, de conformidad con ese estatuto, es procedente la sanción por delito culposo (art. 40 num. 4º).

Así entonces, dentro de un estatuto como este, la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos debe darse a partir de la teoría objetivo-material, es decir, estaremos, en este estatuto, en presencia de un acto preparatorio cuando se inicie el peligro de lesión para el interés jurídicamente tutelado sin que sea necesario tener en consideración el plan del autor, pues dogmáticamente ello sería incorrecto.³¹

³⁰ “Art. 4º. **Antijuridicidad.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”

³¹ Paradigmático, RUÍZ, Servio Tulio. *La concepción del delito en el Nuevo Código Penal*. Ed. Temis, 1983. Para este autor nacional, redactor del Código Penal de 1.980 la antijuridicidad es objetiva, pues los aspectos subjetivos se analizan en el estrato de la culpabilidad. P. 28.

3.2. La tentativa en el Código Penal Militar

Colombia cuenta con un estatuto especial que se aplica a los miembros de la Fuerza Pública que comentan delitos relacionados con el servicio mientras se encuentren como miembros activos de las Fuerzas Militares, conocido como el Código Penal Militar, contenido en la Ley 522 de 1999.

Increíblemente, y desconociendo de manera grosera su fundamento teórico y su función³², el Código Penal Militar se adscribe al entendimiento de la norma penal como objetiva de valoración, al consagrar en el artículo 4º el principio de antijuridicidad material (art. 9º). En cuanto a la estructura dogmática de este estatuto, tenemos que sigue el camino trazado por el derogado Código Penal de 1980 al adscribirse al neokantismo.

a. El artículo 10º establece en iguales términos que el Código Penal de 1980 el carácter prevalentemente objetivo de las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad (art. 10º).

b. Presume el conocimiento de la ley penal por parte de los destinatarios, en una clara muestra de la filosofía kantiana, en la que el sujeto del conocimiento introduce valoraciones al objeto del conocimiento (Art. 15).

c. El dolo, la culpa y la preterintención son formas de culpabilidad (art. 39).

d. El error de tipo y el error de prohibición anulan el dolo y, por ende, excluyen la culpabilidad (art. 35)

e. El error vencible de prohibición da lugar a la sanción respectiva pero por el delito culposo (art. 35, num. 3º).

Al igual que los estatutos ordinarios, el Código Penal Militar establece la punición de la tentativa a partir de la realización de actos ejecutivos, como lo pone de presente la expresión "el que iniciare la ejecución del delito mediante actos que deberían producir su consumación..."(Art. 24 CPM). (Subrayado fuera del texto original).

Consecuente con su filosofía, consideramos que la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos en el Código Penal Militar se da mediante la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado (tesis objetivo-material).³³

3.3. El nuevo Código Penal Colombiano

El 24 de julio de 2000 se expidió la Ley 599 del citado año mediante la cual se promulgó un nuevo Código Penal que entró a regir un año después de su expedición, esto es, con la primera campanada del 25 de julio de año 2001. El nuevo Código Penal colombiano se compadece con la entrada en vigencia de una nueva Carta Política y con las modernas teorías en el marco de la dogmática penal.

Así, parte del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del sistema penal patrio, tornándolo congruente con la filosofía del Estado Social de Derecho adoptado por la Carta de 1991, pasando este postulado a ocupar el lugar prevalente en el sistema punitivo otrora reservado a la legalidad (¡situación que no ocurre en el caso del Código Penal Militar!), y adopta un esquema del delito que se aproxima bastante al finalista.

³² Cfr. BERNATE OCHOA., Francisco. *La estructura del delito en el Nuevo Código Penal*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional. Número 4 Legis Editores. Bogotá, DC, 2003.

³³ Vid. Nota 27.

En efecto, las modalidades de imputación subjetiva (dolo, culpa y preterintención) se consideran modalidades de la conducta punible (arts. 22 y 23). En segundo lugar, el error de tipo se entiende que anula ya no la culpabilidad, sino la tipicidad de la conducta. Frente al error de prohibición vencible, el código establece que la conducta conserva su carácter de doloso (prueba de su ubicación en el tipo), pero establece una rebaja automática en la punibilidad del hecho.

Pero no por ello se puede afirmar que el Código Penal Colombiano sea finalista, pues el artículo 11 claramente establece la necesidad de que la conducta típica lesione o ponga peligro efectivamente el bien jurídicamente tutelado, con lo que se produce su adscripción en el denominado movimiento post-finalista, es decir, la fusión entre algunos elementos del finalismo y otros del neokantismo.

Lo anterior se verifica si se comprueba que el Código establece una rebaja automática para el caso de la tentativa, con lo que deja en claro que el derecho penal patrio cumple con una función de protección de bienes jurídicos, pero sin dejar de lado la función de motivación, con lo que queda claro que el injusto, para el Código Penal Colombiano abarca tanto el desvalor de acción como el de resultado.

Ahora, en punto de la discusión atinente a la distinción entre actos preparativos y actos ejecutivos, en el Nuevo Código Penal Colombiano, tenemos lo siguiente:

1. El Código es consecuente con el principio constitucional del acto y por ello establece la necesidad de dar inicio a la ejecución de la conducta punible³⁴. Gracias al principio del acto, es necesario que los actos ejecutivos sean exteriorizaciones de la personalidad del agente para que puedan ser objeto de sanción penal.

2. Teniendo en cuenta que el injusto del Nuevo Código Penal es complejo, pues abarca tanto la norma objetiva de valoración, como la norma subjetiva de determinación, tenemos que, a nuestro juicio, al momento de establecer el criterio diferenciador entre actos preparatorios y actos ejecutivos, debe acudirse tanto al plan del autor (norma subjetiva de determinación) como a la puesta en peligro efectiva del bien jurídicamente tutelado por la ley penal (norma objetiva de valoración), sin perjuicio del criterio de la proximidad (tesis de la proximidad).³⁵

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 1987. MP. Guillermo Duque Ruíz.

³⁵ En igual sentido, GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito*. P. 1200. “En la legislación penal colombiana la punición de la tentativa se sustenta en dos aspectos: 1º. En la existencia de una voluntad que tiende a producir u resultado típico, esto es el dolo, bien sea directo o eventual, y 2º. En cuanto la acción exteriorizada sea idónea y genera peligro de daño para el bien jurídico protegido. Por lo tanto la tentativa siempre supone el dolo propio del delito consumado y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado en la norma”. Igual, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo de 1988. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de septiembre de 1987. MP Guillermo Duque Ruiz. VELÁSQUEZ V. Fernando. *Manual de Derecho Penal*. P. 426.