

Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, 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.

Dr. **Yesid Reyes Alvarado**, Mg., director del
Departamento de Derecho Penal y Criminología de la
Universidad Externado de Colombia.

10 de agosto, 2026

1. La tentativa

La tentativa es una de las figuras que más tensiones sistemáticas genera al interior de la teoría del delito. Su usual entendimiento como delito imperfectoⁱ plantea el problema de la legitimidad de su castigo; su explicación a partir de la figura del *iter criminis*ⁱⁱ parece invertir el análisis tradicional del delito al sugerir que su estudio comienza por la intención delictiva; la extendida opinión de que en ella no hay un resultado parece impedir los análisis de causalidad e imputación objetiva que constituyen el núcleo del injusto; al caracterizarse porque la no sobrevenición del resultado querido obedece a circunstancias ajenas a la voluntad del autor, no es claro que el reproche de culpabilidad deba ser menorⁱⁱⁱ ni, por consiguiente, que su pena deba ser inferior a la prevista para el delito consumado.

a. Naturaleza jurídica de la tentativa

Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa hay básicamente dos posturas teóricas.

La opinión ampliamente mayoritaria, sostiene que la tentativa es un delito imperfecto (un *quasi delito*). Esa imperfección radicaría en el aspecto objetivo, porque tanto en el análisis de la causalidad como en el de la imputación objetiva (que -con matices según la concepción que se acoja- constituyen el núcleo del injusto) debe prescindirse del resultado, lo que a su vez impide establecer una relación causal; en resumen, a diferencia de lo que ocurre frente al delito consumado (o “perfecto”) el injusto de la tentativa se agota con el estudio de la causa o creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

Por el contrario, sostiene la opinión dominante, el aspecto subjetivo de la tentativa estaría completo en el sentido de que su análisis es el mismo que corresponde hacer frente al delito consumado. Pese a la aparente contundencia de esta afirmación, la pretendida equiparación subjetiva entre la consumación y la tentativa no es tan clara, como lo demuestra la discusión sobre si ésta última puede ser cometida con dolo eventual^{iv} (lo que a su vez reaviva la polémica sobre cómo diferenciarla nítidamente de la culpa con representación para evitar que se pueda castigar la tentativa imprudente). En la medida en que la opinión dominante considera viable el castigo de la tentativa con dolo eventual^v, mientras un sector minoritario lo desaconseja por razones de política criminal^{vi}, y la gran mayoría de las opiniones coinciden en la necesidad de negarla en casos de imprudencia^{vii}, parece claro que el aspecto subjetivo de la tentativa no es igual al del delito consumado. En estricto sentido, y aun cuando no se lo reconozca abiertamente, la doctrina mayoritaria no solo considera a la tentativa como un delito imperfecto desde el punto de vista objetivo (le faltaría el resultado y el nexo causal), sino también bajo la óptica subjetiva en cuanto está circunscrita al dolo directo.

Algo similar ocurre respecto del juicio de culpabilidad; la circunstancia de que la doctrina dominante recomiende una punibilidad menor para la tentativa frente a la prevista para la consumación, da a entender que el reproche de culpabilidad (sobre el que se fundamenta la necesidad de la pena) es menor en la tentativa, lo cual permite afirmar que tampoco desde esta faceta de la subjetividad (la culpabilidad) la tentativa es un delito perfecto.

Como consecuencia de esa concepción de la tentativa, un importante sector doctrinal^{viii} (apoyado en Colombia por la jurisprudencia^{ix}) califican a la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo. Con esta denominación se pretende mostrar que la descripción típica que de los delitos consumados se hace en la parte especial del Código no comprende la tentativa de cometerlos, razón por la cual haría falta un artículo que en la parte general del Código permitiera castigar también la tentativa. La denominación no es muy afortunada, porque lo que la norma de la tentativa permite es la sanción de una conducta que -según la doctrina mayoritaria- es “menos” que un delito consumado, en cuanto no alcanza el resultado perseguido por el autor. Desde esa visión de la tentativa como delito imperfecto, la denominación que mejor la describiría sería la de dispositivo amplificador de la pena^x, en cuanto permitiría sancionar a quien por no obtener el resultado buscado no subsume su conducta en la descripción típica del delito consumado.

En mi opinión (claramente minoritaria), una visión valorativa de la teoría del delito permite sostener que la tentativa es un delito perfecto, en cuanto su estructura es idéntica a la del delito consumado^{xi}. En una concepción valorativa de la teoría del delito el resultado que le interesa al derecho penal no es naturalístico (modificación del mundo exterior) sino normativo (quebrantamiento de una norma de prohibición penal)^{xii}. Desde esta perspectiva, tanto el delito consumado como la tentativa están objetivamente “completos” cuando el autor ha infringido una norma de prohibición, bien sea ella de “consumación” o de “tentativa”; recurriendo a un ejemplo, la conducta del autor puede quebrantar la norma que sanciona el homicidio o la que castiga la tentativa de homicidio. Las tentativas solo son punibles si están

recogidas en un tipo penal que así lo establezca, de tal manera que no hacen parte de la descripción típica de los delitos consumados, sino que se derivan de una norma independiente; es esa falta de tipicidad lo que explica que en Colombia no se pueda sancionar la tentativa imprudente (ni, en mi concepto, la tentativa con dolo eventual^{xiii} en cuanto no se aviene con la exigencia típica de que la conducta esté “inequívocamente” dirigida a la consumación) y que en Alemania solo se castigue la tentativa de los delitos graves.

Por consiguiente, siendo normas distintas las que castigan los delitos consumados y las tentativas, la infracción de cualquiera de ellas constituye el resultado (valorativo) con el que se cierra el juicio de imputación objetiva. Si además se admite que, como yo creo, la tentativa debe ser castigada hasta con la misma pena del delito consumado^{xiv}, el juicio de culpabilidad de esas dos manifestaciones delictivas (tentativa y consumación) sería idéntico. La consideración de la tentativa como un delito “perfecto” (“completo”), permite mantener la unidad de la teoría del delito y, en concreto, sancionar a los autores (y partícipes) de esas conductas solo en cuanto se les pueda imputar objetivamente el resultado (valorativo) y se les pueda formular el juicio de reproche propio de la culpabilidad.

b. Fundamento de la punibilidad de la tentativa

La doctrina tradicional clasifica en dos grandes grupos las teorías sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, dependiendo de si hacen énfasis en el aspecto objetivo o en el subjetivo. Esta distribución está hecha a partir del análisis de teorías del delito naturalistas, en las que la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo depende solamente de si se alude a elementos que están dentro o fuera de la mente del ser humano.

Las tesis objetivas, tienen a su vez dos vertientes: una primera, estrechamente vinculada a las concepciones causalistas de la teoría del delito, está representada por quienes sostienen que la tentativa se sanciona penalmente porque la conducta desplegada por el autor habría podido -hipotéticamente- generar el resultado perseguido por el autor^{xv}. Si bien se la criticó duramente en una época en la que se consideraba que la relación causal solo podía edificarse alrededor de la certeza y valorarse desde una perspectiva *ex post*, el desarrollo de la física teórica ha terminado por demostrar que la causalidad funciona en torno a la probabilidad y, por lo tanto, también es susceptible de valoraciones *ex ante*. Los partidarios de la segunda vertiente objetiva consideran que la razón de ser de la punibilidad de la tentativa radica en la peligrosidad de la conducta^{xvi}, que al ser un pronóstico a futuro solo admite una evaluación desde el punto de vista *ex ante*. Desde esta perspectiva, la diferencia entre los delitos consumados y las tentativas radicaría en que mientras aquellos lesionan el bien jurídico protegido, estas solo lo ponen en peligro.

Una crítica común a estas dos vertientes de la teoría objetiva es la de que ignoran el aspecto subjetivo (interno) del delito; en ese sentido, se afirma que la única manera de saber si alguien que se dispone a salir de un restaurante con un abrigo ajeno cometió una tentativa de hurto o tan solo confundió la prenda de otro con la suya, es determinando si quería o no apoderarse de ella. Ejemplos como este pondrían de presente que el aspecto objetivo de la tentativa (bien

sea la causalidad hipotética o la peligrosidad de la conducta) no son suficientes para explicar la punibilidad de la tentativa.

Dentro de las tesis subjetivas también pueden distinguirse dos corrientes; las más antiguas son aquellas que ponen el énfasis en la peligrosidad del autor como la razón de ser del castigo de la tentativa, surgidas a la par con las concepciones positivistas italiana^{xvii} y alemana^{xviii} de la teoría del delito. Aun cuando se las suele criticar con el argumento de que castigan la pura intención delictiva y, por consiguiente, son una inaceptable manifestación del derecho penal de autor, lo cierto es que desde sus primeras manifestaciones a mediados del siglo XIX sus partidarios aclararon que lo punible es la intención delictiva objetivada^{xix}. Una segunda vertiente subjetiva se desarrolló a partir de concepciones teóricas como el finalismo, en las que se privilegiaba el desvalor de acción sobre el desvalor de resultado. Al interior de esta corriente doctrinal, algunos sostienen que el desvalor de resultado carece de toda importancia en la teoría del delito, lo cual elimina cualquier diferencia entre el delito consumado y la tentativa^{xx}; ambos serían delitos perfectos, se castigarían por las mismas razones y tendrían la misma pena. Otros -la mayoría- consideran que el desvalor de resultado interesa al derecho penal, pero en una proporción inferior a la relevancia que posee el desvalor de acción que constituye uno de los elementos estructurales del finalismo. En cuanto la antigua teoría subjetiva exige la objetivación de la intención delictiva, y el finalismo (mayoritariamente) concede importancia al desvalor de resultado, bien puede decirse que ninguna de las dos es una teoría subjetiva “pura” sobre la razón de ser de la punibilidad de la tentativa.

La llamadas teorías mixtas son aquellas que reconocen expresamente lo que las objetivas y subjetivas solo dejan entrever: que la sanción penal de la tentativa se explica por la conjunción de factores objetivos y subjetivos. Eso permite entender que haya quienes se declaren partidarios de tesis mixtas con tendencia objetiva, para diferenciarse de quienes propugnan por un concepción mixta con tendencia subjetiva^{xxi}.

A medida que se han ido desarrollando concepciones valorativas de la teoría del delito, también fueron surgiendo nuevos planteamientos sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa. Una de las más difundidas en Europa central es la denominada teoría de la impresión, que soporta la sanción penal de la tentativa en la impresión negativa que la conducta del autor genera en la comunidad social^{xxii}. El principal reproche que se dirige en contra de esta tesis tiene que ver con la dificultad de medir el grado de impresionabilidad que puede despertar un determinado comportamiento, dado que lo usual es que varíe de persona a persona.

En mi opinión, la tentativa se sanciona penalmente por las mismas razones por las que se castiga el delito consumado: porque se trata de conductas que pueden ser valoradas como formas indebidas de ataque al bien jurídico. O, dicho de forma un poco más técnica, porque son conductas que crean un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado (entendido como quebrantamiento de una norma de prohibición penal). Desde este punto de vista, en cuanto a la razón de ser de la punibilidad no hay ninguna diferencia entre el delito consumado y la tentativa, lo cual ayuda a consolidar la unidad del sistema^{xxiii}.

c. Clases de tentativa

Al definir la tentativa, el artículo 27 del Código penal dice que la ejecución de la conducta punible debe realizarse “mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos” a la consumación del delito. El empleo de la expresión “actos idóneos” por parte del legislador ha llevado a que la jurisprudencia^{xxiv} y la doctrina^{xxv} colombianas sostengan de manera casi unánime que la llamada tentativa inidónea no es punible.

Esta conclusión es equivocada por dos razones: la primera, porque la fórmula que alude a los “actos idóneos e inequívocamente dirigidos” a la consumación del delito no se creó para diferenciar entre unas tentativas idóneas punibles y unas inidóneas impunes. Surgió en Italia como un criterio para delimitar el comienzo de ejecución de la tentativa; lo que se pretendió fue dejar en claro que los actos inidóneos o equívocos frente a la producción del resultado eran actos preparatorios, mientras los idóneos e inequívocos constituían actos de ejecución punibles^{xxvi}. Con ese mismo propósito -no con la idea de negar la punibilidad de la llamada tentativa inidónea- esa misma expresión fue posteriormente incorporada a la legislación penal colombiana.

La segunda razón por la que esa interpretación es equivocada tiene que ver con la perspectiva que se utilice para evaluar la idoneidad de la conducta. Si se recurre a una perspectiva *ex post* -como hacen la doctrina y la jurisprudencia colombianas- es evidente que **todas** las tentativas son inidóneas porque ninguna alcanza el resultado perseguido por el autor; si alguna tentativa lo consiguiera, entonces dejaría de ser tentativa y se convertiría en un delito consumado. La valoración sobre la idoneidad de la conducta debe hacerse desde una perspectiva *ex ante* porque solo desde ese punto de vista se puede realizar un pronóstico sobre su aptitud para alcanzar el resultado. Si alguien -pensando que es un arma de fuego- acciona una pistola de agua contra otro con el ánimo de matarlo, la idoneidad de esa conducta debe establecerse en el momento en que se despliega (*ex ante*) y no cuando se hace evidente que solo lanzó un chorro de agua (*ex post*). Frente a un comportamiento como ese, la pregunta correcta no es si una pistola de agua es apta para matar, sino si la pistola que el autor se dispone a accionar es (luce como) un arma de fuego. Si desde un punto de vista intersubjetivo esa conducta puede ser entendida como el disparo de un arma de fuego contra un ser humano (aunque *ex post* se demuestre que se trataba solo de una pistola de agua), no solo estaremos frente a una conducta punible, como tentativa, sino que además aquel respecto de quien se está accionado el arma podría reaccionar válidamente (amparado por la legítima defensa) contra quien luce como agresor.

Las anteriores consideraciones explican que, fuera de Colombia, la doctrina ampliamente dominante afirma que la tentativa inidónea es punible^{xxvii}. Para evitar confusiones, considero preferible que, siempre utilizando una perspectiva *ex ante*, se distingan dos clases de conductas: (i) aquellas que al no ser valoradas como aptas para la producción del resultado deben permanecer impunes, y (ii) aquellas que al ser valoradas como aptas para la producción del resultado deben ser punibles. Dentro de la primera categoría están la llamada tentativa

supersticiosa o irreal y el delito putativo; dentro de la segunda categoría están las tentativas punibles (que algunos denominan idóneas e inidóneas, pero siempre punibles). La errónea consideración que en Colombia se tiene sobre la impunidad de las tentativas inidóneas ha hecho que ni la doctrina ni la jurisprudencia nacionales se ocupen de estudiar la forma de diferenciarlas de las tentativas supersticiosa (o irreal) y de los delitos putativos; estas distinciones, sobre las que casi nada se dice en Colombia, constituyen dos de los problemas teóricos más complejos de la tentativa.

La doctrina mayoritaria distingue entre la tentativa (inidónea) punible y la tentativa irreal o supersticiosa (impune), con base en la diferencia que existe entre los errores ontológicos y los nomológicos^{xxviii}. Según este parámetro, cuando el autor se equivoca sobre un aspecto material de la conducta que desarrolla (convencido de que es arsénico, esparce sal sobre la comida de aquel a quien quiere matar) incurre en una tentativa (inidónea) punible. Si, por el contrario el autor yerra sobre el contenido y alcance de una ley natural (con la convicción de que el diente de león es un poderoso veneno, lo mezcla con la comida de aquel a quien quiere matar), estaremos frente a una tentativa irreal (o supersticiosa) impune. Pese a lo generalizado de esta postura teórica, hay hipótesis en las que no resulta fácil distinguir entre un error ontológico y uno nomológico, como ocurriría en el caso de quien dispara un arma de fuego contra alguien que se encuentre fuera de su alcance; ese error puede presentarse como ontológico (calculó mal la distancia del objetivo), o como un error nomológico (erró sobre la potencia del arma empleada), ante lo cual no se podría despejar la duda de si estamos frente a una tentativa (inidónea) punible, o ante una tentativa irreal (o supersticiosa) impune.

En su manifestación más simple, el delito putativo se caracteriza por ser una conducta que el autor considera típica, pero que en realidad no lo es; su impunidad se explica muy fácilmente por aplicación del principio de legalidad. La solución se torna más compleja cuando el error no recae sobre la existencia del tipo penal, sino sobre el alcance de alguno de sus elementos, como cuando alguien cree equivocadamente que tiene un vínculo matrimonial vigente (contrajo nupcias religiosas pero no registró el casamiento), y a sabiendas contrae uno nuevo. Para la opinión dominante, si el autor incurre en un error de tipo al revés, responderá por una tentativa (inidónea) punible porque así como el error de tipo (invencible) elimina el juicio de reproche, el error de tipo “al revés” permite fundamentarlo. Si, por el contrario, el autor incurre en un error de prohibición “inverso”, estaremos frente a un delito putativo impune porque, así como el error de prohibición (invencible) no elimina el juicio de reproche propio del injusto, el error de prohibición “al revés” no permite fundamentarlo^{xxix}.

En mi opinión, hay una forma más simple de distinguir entre la tentativa (inidónea) punible y los casos de tentativa irreal o supersticiosa y de delito putativo (impunes) derivado de errores en el alcance de los elementos típicos. En condiciones normales, invocar al demonio para que le cause la muerte a otro no es interpretado intersubjetivamente como una forma indebida de ataque al bien jurídico, razón por la cual quien así se comporta habrá desplegado una conducta que encaja dentro del concepto de tentativa irreal (o supersticiosa). Si cualquier persona en el lugar del autor hubiera interpretado que quien se disponía a disparar contra otro lo hacía utilizando un arma de fuego cargada, estaremos ante un caso de tentativa (inidónea)

punible aunque luego se haga evidente que (sin saberlo) el tirador accionó realmente una pistola de utilería. Cuando alguien se apodera de una cosa propia porque cree erradamente que es ajena, su conducta será punible a título de tentativa si su conducta puede ser intersubjetivamente valorada como la apropiación de una cosa mueble ajena; si, por el contrario, ese comportamiento se percibe intersubjetivamente como el apoderamiento de una cosa propia, se estará delante de un delito putativo^{xxx}.

Esta propuesta de diferenciación hace parte de una concepción valorativa de la teoría del delito en la que la realidad sobre la que opera el derecho penal no se reduce a lo que existe en el plano ontológico, sino que se la entiende como el resultado de las interpretaciones que socialmente se hacen sobre esa realidad naturalística^{xxxi}. Lo determinante no es, para volver a un ejemplo ya mencionado, si el arma es de utilería, sino si luce como un arma real, cargada y funcional. Adicionalmente, esta propuesta está elaborada sobre el supuesto de que la imputación objetiva funciona de la misma manera respecto de los delitos consumados y de las tentativas, por lo que la valoración de si una conducta constituye o no un riesgo jurídicamente desaprobado corresponde a un juicio intersubjetivo desde una perspectiva *ex ante*. Por polémico que resulte, este planteamiento permite hacer sostener la existencia de una tentativa (inidónea) punible cuando se intenta robar la bóveda vacía de un banco (que se piensa está repleta de dinero), o matar a quien ya está muerto (en la creencia de que está vivo). A mi juicio, si una interpretación intersubjetiva de conductas como esas coincide con la del autor, constituye la realidad sobre la cual se debe edificar el juicio de imputación objetiva.

d. El comienzo de ejecución

Sobre la manera en que se deben diferenciar los actos preparatorios impunes de los ejecutivos punibles existen diversas teorías, cuya configuración y alcance guardan estrecha relación con las tesis sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa. Para los defensores de la formal objetiva, basta con que el autor realice un elemento del tipo como ocurriría cuando, frente al homicidio, alguien comienza a matar^{xxxii}. El problema de esta propuesta radica en que no permite determinar -para seguir con el ejemplo- cuándo se comienza a matar: cuando se acciona el disparador, cuando se posa el dedo sobre él, cuando se apunta el arma contra la víctima, cuando se la desenfunda, etcétera.

Desde una óptica objetivo material, es la “unidad natural de conducta” la que permite resolver problemas como los acabados de mencionar, puesto que desenfundar el arma, apuntarla contra la víctima, posar el dedo sobre de disparador y accionarlo son todos momento de una acción natural única que mostraría el comienzo de ejecución del delito de homicidio^{xxxiii}. El inconveniente de esta tesis es que no permite establecer un límite claro a esa amplitud de la unidad natural; si alguien lleva a un centro penitenciario un pastel que oculta dentro una lima con la que se espera facilitar la fuga de un preso, ¿hasta dónde llega esa unidad natural de conducta? ¿Hasta el momento en que pone la masa en el horno, cuando lo retira ya hecho, cuando aborda con él un vehículo rumbo a la prisión, cuando pasa el primero de cuatro

controles de seguridad, o solo cuando llega al último de ellos o cuando se encuentra con el destinatario de la lima?

Para los defensores de las teorías subjetivas -que cuentan con un gran reconocimiento a nivel doctrinal- es la actitud interna del autor la que indica el comienzo de ejecución de la tentativa; cuando él se dice a sí mismo “vamos”^{xxxiv}, “a ello” o alguna expresión similar, su conducta puede ser considerada como tentativa (punible). Como suele ocurrir con las concepciones subjetivas, su principal dificultad radica en establecer lo que ocurría en la mente del autor mientras se disponía a desarrollar sus planes; no hay forma de establecer si ya se había dicho a sí mismo “vamos” o si tan solo seguía cavilando en medio de actos preparatorios impunes.

Desde la perspectiva de una concepción valorativa de la teoría del delito, el comienzo de ejecución de la tentativa depende de la forma en que la conducta pueda ser intersubjetivamente interpretada; o, dicho de otra manera, depende de lo que el autor comunica con su comportamiento. Si esa actuación puede ser valorada como la de alguien que ha dado comienzo a la ejecución del delito, deberá responder como autor de una tentativa aun cuando internamente no haya tomado aún la decisión de dar comienzo a la ejecución del delito. Por el contrario, si pese a estar subjetivamente convencido de que está ejecutando el delito su conducta es intersubjetivamente apreciada como un mero acto preparatorio, permanecerá por fuera del ámbito de acción del derecho penal^{xxxv}.

En cuanto al comienzo de ejecución en la coautoría, existen dos tesis. De acuerdo con la primera conocida con el nombre de solución individual, la tentativa surge de manera independiente para cada uno de quienes toman parte en la conducta delictiva, cuando despliegan un comportamiento que puede ser considerado como un acto ejecutivo^{xxxvi}. En favor de este planteamiento puede decirse que es compatible con una concepción ontológica de la acción que descarta la existencia de conductas colectivas. Uno de sus principales inconvenientes tiene que ver con casos de coautoría por división del trabajo en el que alguno de los intervinientes no realiza el aporte al que se había comprometido, bien sea porque no hizo falta (su función era avisar si eventualmente la policía llegaba al lugar donde el delito se estaba perpetrando), o porque no tuvo tiempo de hacerlo (su labor era esconder el botín, pero fueron sorprendidos por las autoridades antes de poder disponer de él). En ambos casos, pese a haber acordado con los demás la ejecución del delito, esta persona no respondería penalmente de nada porque desde el punto de vista individual no desarrolló un comportamiento que pudiera ser valorado como el comienzo de ejecución de una tentativa.

Una segunda teoría -conocida como solución global- sostiene que la tentativa comienza para todos los intervinientes en el momento en que alguno de ellos, de acuerdo con lo convenido, despliegue una conducta que constituya un acto de ejecución^{xxxvii}. En contra de esta postura se afirma que está edificada sobre ficciones, porque no existen ni las voluntades grupales, ni las acciones colectivas; cada persona -se afirma críticamente- despliega de manera individual sus propias conductas de acuerdo con su propia voluntad, aun cuando en algunos casos ella coincida con las de otros con quienes se ha convenido actuar de determinada manera. Esa crítica es perfectamente compatible con las concepciones ontológicas de la teoría del delito,

que siguen siendo las más difundidas a nivel doctrinal y jurisprudencial. Si, por el contrario, se comparte una visión valorativa en la que lo relevante no es la consideración aislada de las causas que pueden producir modificaciones en el mundo exterior, sino la interpretación que de ellas pueda hacerse desde un punto de vista social, la situación cambia^{xxxviii}.

Así, quienes a través de una pluralidad de acciones individuales roban un banco, no responden por lo que cada uno de ellos haya hecho (eliminar la alarma, inmovilizar a los vigilantes, abrir la caja de seguridad, apoderarse del dinero, conducir el vehículo en el que huyen, o esconder el botín), sino por la conducta considerada en su totalidad: el robo a un banco. De la misma manera, si en el ejemplo comentado los integrantes de la banda son sorprendidos por las autoridades cuando con el dinero en la mano se disponen a abordar el vehículo en el que escapan, todos responderán por la tentativa de robo, aun cuando ni el conductor del automóvil haya prestado la colaboración a la que se había comprometido, ni lo hubiera hecho quien conforme a lo convenido esperaba en algún lugar para ocultar el producto del crimen.

En lo atinente al comienzo de ejecución en la autoría mediata, las opiniones también están divididas, pues mientras algunos se inclinan por hacerlo depender de la actuación del autor mediato^{xxxix}, otros proponen atarlo al comportamiento del instrumento^{xl}. En el caso de quien subrepticamente pero con la intención de causar la muerte de su nuera vierte veneno en el té que la suegra prepara para su hija convaleciente^{xli}, ¿incurre en una tentativa desde el momento en que realiza esa conducta, o solo cuando la suegra acerque el té a su hija para que lo beba? Y si esto último nunca ocurre, ¿su conducta debe permanecer impune? En contra de la segunda solución (equivocadamente llamada por algunos “solución global”) suele decirse que deja la responsabilidad del autor mediato librada al azar, pues pese a haber hecho todo lo que desde su punto de vista era necesario para que el delito se consumara, solo sería responsable si el instrumento (o la propia víctima, cuando es utilizada como instrumento) desarrolla un acto ejecutivo. La crítica a la primera propuesta de solución (equivocadamente llamada por algunos “solución individual”) tiene que ver con aquellos casos en los que el autor mediato no incide sobre la conducta del instrumento, sino que se limita a crear las condiciones para que alguien cometa el delito, como ocurriría con quien instala en un edificio un aparato incendiario para que, cuando alguien accione el interruptor de la luz, se inicie una conflagración^{xlii}.

En mi opinión, el comienzo de ejecución de la tentativa en la autoría mediata puede fijarse con ayuda de una concepción valorativa de la imputación objetiva en la que se entienda el resultado como quebrantamiento de una norma de prohibición (no como toda modificación del mundo exterior), y en la que la determinación de la sobrevención del resultado se lleve a cabo desde el punto de vista de las probabilidades (no de la certeza)^{xliii}. Si se entiende la imputación objetiva de esta manera, no solo se la puede aplicar a la tentativa (como ya se indicó en páginas anteriores), sino que dentro de ella permite resolver el problema que plantea el comienzo de ejecución en la autoría mediata. Desde este punto de vista puede afirmarse que el autor mediato comienza la ejecución de una tentativa cuando con su conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado que -desde una perspectiva *ex ante*- luce como

probabilísticamente apto para provocar el resultado querido. Retomando los ejemplos ya mencionados, si las probabilidades de que la suegra hubiera dado el té envenenado a su hija convaleciente eran altas, quien vertió la sustancia tóxica en él debe responder como autor de una tentativa de homicidio; y quien programó un artefacto incendiario para que iniciara una conflagración cuando alguien accionara el interruptor de la luz será considerado como autor de una tentativa si era muy probable que esto último ocurriera.

e. La punibilidad

El debate sobre si la tentativa debe ser sancionada con el mismo rigor del delito consumado o no, está estrechamente vinculado al de la razón de ser de su punibilidad, y al de su naturaleza jurídica. Para quienes consideran que la tentativa es un delito imperfecto o un *cuasi delito*, lo coherente es que la pena se reduzca para compensar esa imperfección; dicho de forma gráfica, a un delito “imperfecto” le corresponde una sanción “imperfecta” en el sentido de menor a la prevista para el delito consumado. Para los defensores de concepciones subjetivas extremas como aquella que resta toda relevancia al desvalor de resultado, la pena de las tentativas debe ser la misma prevista para los delitos consumados, porque en ambos casos lo único relevante desde el punto de vista del injusto es el desvalor de acción.; en otras palabras, si el injusto de la tentativa y el del delito consumados son iguales (puro desvalor de acción) la pena para el autor de cualquiera de ellas debe ser también igual.

Algunas legislaciones como la alemana se inclinan por una fórmula más amplia al establecer que la tentativa se sanciona con una pena cuya magnitud puede ser igual a la prevista para el respectivo delito consumado. La atenuación facultativa de la sanción penal me parece la solución más adecuada, porque permite graduar la pena de acuerdo con la gravedad del ataque al bien jurídico, cuya magnitud puede llegar a ser equiparable a la del delito consumado. Eso puede ocurrir cuando quien con la intención de matar a otro le deja en estado vegetativo el resto de la vida, o cuando la agonía del herido resulta más prolongada que el proceso penal seguido en contra del victimario. En el primero de los ejemplos mencionados, si la vida y la integridad personal se entienden desde el punto de vista de la dignidad (y no como el mero mantenimiento de las funciones vitales), es tanto más grave la incapacidad permanente en que se deja a la víctima, que el causarle la muerte. En la segunda de las hipótesis mencionadas, una atenuación punitiva obligatoria luce desproporcionada cuando el autor se beneficia de ella por el solo hecho de que la víctima falleció (como consecuencia de las heridas que él le causó) después de que el proceso penal en su contra -iniciado por la tentativa de homicidio- hubiera terminado de manera definitiva.

En la legislación penal colombiana la tentativa tiene prevista una pena reducida frente a la del delito consumado, solución que coincide con la opinión dominante de la jurisprudencia y la doctrina nacionales en torno a la comprensión de la tentativa como un delito imperfecto. En cuanto a la dosificación de la pena dentro de los límites máximo y mínimo (reducidos frente a los previstos para el delito consumado), el Código Penal establece que debe tenerse en cuenta “el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo” del delito (inciso 4º del artículo 61 del C. P.).

2. El desistimiento

El artículo 15 del Código Penal colombiano de 1936 disponía que a quien “voluntariamente desiste de la consumación de un delito iniciado, se aplica solamente la sanción establecida para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o contravención”. Cuando comenzaron los trabajos para la expedición de un nuevo Código Penal se consideró que el contenido del artículo era tan obvio que no se justificaba conservarlo; al ser la única referencia normativa que existía sobre el desistimiento, su eliminación desde 1980 llevó a que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia nacionales prestaran cada vez menos atención a esa figura, hasta que en el Código Penal de 2000 se introdujo un párrafo sobre una modalidad de desistimiento, del que me ocuparé más adelante.

La falta de una norma que en el Código Penal colombiano defina el desistimiento y señale cuáles son los requisitos que deben darse para su reconocimiento, ha dificultado su desarrollo teórico y su aplicación práctica en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Sin embargo, si se prescinde de una lectura exegética del artículo 27 del Código Penal, se puede inferir la estructura del desistimiento y vislumbrar algunos de sus elementos. En la medida en que el legislador circunscribe la tentativa a una acción que estando orientada a la consumación de un delito no lo consigue por razones ajenas a la voluntad del autor, bien puede decirse que - *a contrario sensu*- existirá un desistimiento cuando alguien despliega una conducta orientada a la consumación de un delito, si esta no se produce por razones atribuibles a propio autor. Como más adelante se expondrá, de esta noción de desistimiento se puede colegir que la no consumación obedece a una especie de “imputación objetiva inversa”, en el sentido de que no explica la sobrevención del resultado sino su ausencia como consecuencia de la conducta del autor.

a. Naturaleza jurídica del desistimiento

Mientras en Alemania el desistimiento es usualmente visto como causa de exclusión de la punibilidad y en España la opinión mayoritaria lo considera un elemento negativo del tipo de la tentativa^{xliv}, un sector de la doctrina suele abordar su estudio como si fuera una manifestación especial de la tentativa; no es infrecuente que, incluso, algunos se refieran a ella con el nombre de “tentativa desistida”^{xlv}. Detrás de esta denominación está la concepción del desistimiento como un momento posterior al surgimiento de la tentativa, con lo cual se da a entender que primero debe existir una tentativa para que posteriormente se pueda desistir de ella (consideración global).

En mi opinión, esa idea no es correcta, porque envuelve un contrasentido. Si uno de los requisitos de la tentativa es que el resultado no se consiga por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, mientras uno de los elementos del desistimiento es que la no sobrevención del resultado sea atribuible al autor, la existencia de una tentativa hace imposible que pueda ser seguida de un desistimiento. Si el resultado no se dio por razones ajenas a la voluntad del autor (tentativa), es jurídicamente inviable que a continuación -y frente a la misma conducta-

pueda afirmarse que la no aparición del resultado le es imputable a él (desistimiento). Si se recurre a la antigua y didáctica imagen del *iter criminis*, podría decirse que la tentativa y el desistimiento recorren varias de las fases de esa senda del crimen; en ambas figuras hay una intención delictiva, unos actos preparatorios y un comienzo de ejecución. A partir de ese momento la tentativa y el desistimiento siguen caminos diferentes, puesto que en un caso los actos ejecutivos no consiguen alcanzar el resultado por razones ajenas a la voluntad del autor (tentativa), y en el otro los actos ejecutivos no logran la sobrevención del resultado por razones atribuibles al propio autor. Esta revisión de la estructura de ambas figuras permite ver con claridad que el desistimiento no es una clase de tentativa, sino una figura jurídica distinta de la tentativa, aun cuando comparta con ella algunos de los elementos propios del *iter criminis*.

b. Fundamento de su impunidad

La consideración global del desistimiento (de acuerdo con la cual este solo puede presentarse con posterioridad a la tentativa) dificulta la explicación de su impunidad; la razón es simple: si una vez que los actos ejecutivos desembocan en la tentativa la conducta pasa a ser considerada como típica y antijurídica, ¿por qué el desistimiento puede hacer desaparecer su antijuridicidad? Para superar esa dificultad se han propuesto soluciones que apuntan a considerar el desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento^{xlvi}, o como un presupuesto negativo de la aplicación de la norma de sanción^{xlvii}. Desde unas perspectivas más amplias, también se sostiene que el desistimiento es una conducta del autor que al ser positivamente valorada debe conducir a reconocerle el levantamiento del castigo (teoría del perdón), o que su impunidad se deriva de la falta de necesidad de la pena, con lo que se facilita al autor su propósito de abandonar la senda del delito (teoría del puente de plata)^{xlviii}.

Si se admite, como pienso que debe hacerse que, aun cuando compartan algunos de los elementos del *iter criminis*, la tentativa y el desistimiento son figuras distintas, ya no resulta necesario explicar por qué el desistimiento es capaz de hacer desaparecer la antijuridicidad propia de la tentativa. Como ya señalé anteriormente, considero que el desistimiento se refiere a un comportamiento con el que el autor ha dado comienzo a la ejecución de un delito, cuya consumación no se consigue por razones atribuibles a él. Expresado en otros términos, como la conducta desplegada por el autor creó un riesgo jurídicamente desaprobado que no se realizó en el resultado (entendido como quebrantamiento de la norma de prohibición), respecto de él no puede cerrarse el juicio de imputación objetiva. Por el contrario, la tentativa sí permite cerrar respecto del autor el juicio de imputación objetiva, porque hay una norma de prohibición que permite sancionar a quien realiza actos de ejecución de un delito pero no logra consumarlo por razones ajenas a su voluntad. Como no hay una norma de prohibición que faculte la imposición de una pena a quien habiendo desplegado actos ejecutivos impide la sobrevención del resultado, la conducta de quien desiste no quebranta ninguna norma de prohibición y, por consiguiente, no permite que respecto del autor se cierre el juicio de imputación objetiva.

Dicho de una forma más sencilla: mientras la tentativa es punible porque el resultado (infracción de la norma que prohíbe intentar cometer un delito) le es objetivamente imputable al autor, el desistimiento es impune porque al faltar la realización del riesgo en el resultado, no hay nada que imputarle objetivamente al autor.

c. Clases de desistimiento

Una de las clasificaciones tradicionales de la tentativa permite diferenciarlas en función de qué tan lejos avanzó el autor en la ejecución del delito; dependiendo de la teoría a partir de la cual se pretenda hacer la distinción, la perspectiva utilizada para efectuarla será la del propio autor (subjetiva) o la de un hombre medio situado en su posición (objetiva). La tentativa será acabada cuando se han desplegado todos los actos ejecutivos necesarios para la consecución del resultado, e inacabada cuando no se alcanzaron a desplegar todos los actos de ejecución necesarios para que el resultado sobreviniera. Esta clasificación resulta útil en legislaciones que, como la colombiana, imponen el deber de graduar la pena de la tentativa tomando en consideración la cercanía de la conducta con el momento de consumación del delito (inciso 4º del artículo 61 del Código Penal colombiano).

Una segunda utilidad de esta distinción tiene que ver con el desistimiento, porque los requisitos que debe cumplir el autor para que le sea reconocido dependen de si su comportamiento puede ser calificado como una tentativa inacabada o acabada. En la primera hipótesis, al autor le basta con dejar de desplegar actos de ejecución para que el resultado no surja^{xlix}, puesto que hasta ese momento no había hecho todo lo necesario para conseguirlo. Por el contrario, como en el segundo caso ya desplegó (acabó) la totalidad de los actos ejecutivos, la única manera que tiene de impedir el resultado es mediante el desarrollo de una nueva conducta que lo impida^l; la doctrina suele referirse a esta segunda modalidad de desistimiento con la denominación de arrepentimiento activo, precisamente para poner de presente que si el autor no despliega un comportamiento que impida el resultado, no puede invocar en su favor la figura del desistimiento.

Aun cuando la opinión ampliamente mayoritaria hace este planteamiento sobre el supuesto de que el desistimiento es una fase posterior a la tentativa (consideración global), es perfectamente válido defenderlo a partir del reconocimiento de la independencia de esas dos figuras. Basta con afirmar que quien ya ha realizado todos los actos de ejecución que objetivamente deberían conducir al resultado, solo puede desistir si desarrolla una conducta que impida su sobrevenición, y que quien no ha alcanzado a hacer todo lo que desde un punto de vista objetivo haría falta para la consecución del resultado puede desistir con solo dejar de actuar en esa dirección. Con esta formulación se mantiene la esencia de las dos modalidades de desistimiento sin necesidad de utilizar las expresiones “tentativa acabada” y “tentativa inacabada” que -como ya se vio- no son fácilmente compatibles con el desistimiento.

d. Requisitos del desistimiento

En lo atinente a los requisitos que deben cumplirse para poder reconocer el desistimiento, doctrina y jurisprudencia coinciden en que son tres: (i) la no sobrevenición del resultado inicialmente perseguido por el autor de la conducta; (ii) la eficacia del desistimiento; y (iii) la libertad del desistimiento. El primero de ellos no presenta dificultades; se da por cumplido si el delito emprendido por el autor no llega a consumarse. Los otros dos, por el contrario, han dado lugar a diversas interpretaciones sobre la forma en que deben ser entendidos y aplicados.

i. Eficacia del desistimiento

El desistimiento es eficaz cuando se establece que fue la conducta (activa o pasiva, dependiendo de si se trata de una tentativa acabada o inacabada) del autor la que impidió que el resultado inicialmente buscado ocurriera. El entendimiento de esa eficacia como la necesidad de demostrar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del autor y la no sobrevenición del resultado tiene el inconveniente de que reabre la discusión sobre si la causalidad requiere un vínculo de certeza entre la causa y el resultado, y el debate sobre si es factible valorar las relaciones de causalidad desde una perspectiva *ex ante* como meras hipótesis (probabilísticamente). Estos inconvenientes se evitan si la eficacia del desistimiento se valora con la lógica de la imputación objetiva, en el sentido de que lo que debe establecerse es si la conducta del autor es la que explica la no aparición del resultado^{li}. Pero para que funcione correctamente debe admitirse que el resultado con el que opera la imputación objetiva es valorativo (infracción de la norma de prohibición), y que la conexión que con él debe tener la conducta del autor es probabilística (no de certeza).

El inciso 2º del artículo 27 del Código Penal colombiano se refiere a una muy particular manifestación del desistimiento: aquella en la que el autor decide libremente evitar la consumación del delito cuya ejecución ha comenzado, pero no lo consigue porque la ausencia del resultado obedece a razones ajenas a su voluntad. Un examen superficial de hipótesis como esta parece indicar que se trata de casos en los que no es posible reconocer el desistimiento porque la conducta desplegada por el autor para impedir el resultado no es la que explica su ausencia; en otras palabras, el desistimiento no se configuraría por falta de uno de sus requisitos: la eficacia.

El legislador colombiano dispone que en situaciones como esta el autor sea beneficiado con una reducción de la pena, probablemente sobre el supuesto de que el juicio de reproche de culpabilidad es menor que el de quien no se detiene en su propósito (al final no conseguido) de consumir un delito. Sin embargo, creo que la solución no es correcta porque está fundamentada en un equivocado análisis de la eficacia como elemento del desistimiento. En primer lugar, porque el resultado al que se refiere es entendido desde el punto de vista naturalístico como modificación del mundo exterior; en segundo lugar, porque la valoración sobre la eficacia se efectúa desde una perspectiva *ex post* (lo que ya impidió el resultado fue una conducta ajena al autor).

Como ya indiqué en párrafos anteriores, considero que la eficacia del desistimiento no debe valorarse a partir de los criterios ontológicos que caracterizan la relación de causalidad, sino con base en los parámetros propios de una imputación objetiva entendida integralmente desde una concepción valorativa. Esto quiere decir que el punto de referencia no es un resultado interpretado como modificación del mundo exterior, que la valoración sobre la eficacia se debe hacer desde una perspectiva *ex ante*, y que su existencia depende de que la conducta asumida por el autor probablemente hubiera podido evitar la aparición del resultado. La valoración correcta sobre la eficacia del desistimiento debería comenzar por establecer si el comportamiento del autor se corresponde con el que se esperaría de alguien que en su lugar buscara impedir el resultado; en ese sentido se debe entender la referencia del inciso 2° del artículo 27 a que el autor haya “realizado todos los esfuerzos necesarios para” impedir la consumación. Una vez establecida la corrección de ese comportamiento, se debe determinar si desde una perspectiva *ex ante* ese comportamiento puede apreciarse como apto (desde el punto de vista de las probabilidades, no de la certeza) para evitar la sobrevenición del resultado^{lii}. Esta forma de valorar la eficacia de la conducta con la que el autor espera evitar la consumación conduce a reconocer la existencia de un desistimiento (impune) en estas hipótesis, una conclusión que si bien es admitida por la doctrina dominante y por códigos penales como el alemán^{liii}, es rechazada por la legislación colombiana al prever la imposición de una sanción (aun cuando reducida) al autor que no logre evitar la consumación pese a haber hecho “todos los esfuerzos necesarios para impedirla”.

Idéntica solución debería aplicarse en aquellos casos en los que interviene una pluralidad de personas en la ejecución del delito: la eficacia del desistimiento dependerá, respecto de cada uno de ellos, de que se demuestre que (i) desplegaron una conducta que impidió el surgimiento del resultado, o (ii) intentaron impedir, seria, firme y decididamente la consumación del delito^{liv}. La redacción de la norma colombiana impide esta solución, y conduce a reconocer el desistimiento al primero de los intervinientes que haya logrado evitar el resultado; los demás tendrían que ser sancionados aun cuando hubieran hecho todo lo que estaba a su alcance para impedir la consumación (“todos los esfuerzos necesarios para impedirla”, dice la norma), solo porque su compañero fue más rápido que ellos.

ii. Libertad del desistimiento

La opinión dominante se refiere a este segundo requisito del desistimiento aludiendo a la voluntariedad^{lv}; la expresión no es correcta porque, en estricto sentido, lo que en estas hipótesis está en discusión no se si el autor actúa de manera voluntaria, sino si esa voluntad con la que actúa es libre. El ladrón que al verse sorprendido por la policía antes de consumar el delito deja de ejecutarlo, probablemente lo hace de manera voluntaria y no accidental; otra cosa es si en un escenario como ese su voluntad de no continuar adelante con el crimen puede ser considerada como libre o, por el contrario, como forzada por las circunstancias.

Para circunscribir el alcance de esa libertad han surgido dos teorías^{lvi}. Conforme a la primera, el desistimiento es libre si el autor pudo consumar el delito, pero no quiso hacerlo^{lvii}; si se aplica esa fórmula^{lviii} a un ejemplo como el mencionado en el párrafo anterior, se puede

concluir que la intervención de la autoridad llevó a que el autor no pudiera ya consumir el delito, lo cual excluye la posibilidad de reconocer el desistimiento. Si se modifica el ejemplo en el sentido de que el ladrón avanza sin tropiezos en la ejecución del delito (no ha sido sorprendido por la policía, las alarmas no han saltado, tiene el dinero a la mano y la ruta de escape sigue siendo expedita), pero al recordar consejos de su abuelo sobre el respeto a la propiedad ajena decide abandonar el robo, su desistimiento será voluntario porque, pudiendo consumir el delito, no quiso hacerlo. Es importante tener en cuenta que desde el punto de vista de la libertad del desistimiento, las razones por las que se toma la decisión de abandonar la ejecución del delito son irrelevantes^{lix}; pueden ser loables (como el remordimiento, o el temor a la autoridad del Estado), pero también moralmente censurables (como abandonar ese robo para poder cometer otro que le reporta mayores beneficios económicos). Lo único que interesa es determinar si el autor, aunque podía consumir el delito, no quiso hacerlo^{lx}.

De acuerdo con la segunda tesis, el desistimiento se considera libre si de acuerdo con la “lógica del delincuente”^{lxi} eso era lo recomendable; si, por el contrario, en la situación en que el autor se encontraba la “lógica del delincuente” hubiera aconsejado continuar con la ejecución del delito, el desistimiento de quien lo abandona debe ser considerado libre.

Si se entiende que la primera de las mencionadas teorías no implica determinar lo que efectivamente pasa por la cabeza del autor en el momento en que decidió suspender la ejecución del delito, sino valorar si una persona en su lugar podía consumir el delito, resulta preferible frente a la de la “lógica del delincuente”. El inconveniente de esta segunda tesis es que su nombre y la forma en que opera da a entender que existe una especie de rol social de delincuente del que surgen ciertas expectativas de comportamiento, con las cuales se compara la conducta del autor. No me parece correcto admitir que exista un rol social de delincuente ni -menos aún- asumir que hay un modelo de “buen delincuente” que pueda ser utilizado como parámetro para evaluar la libertad del desistimiento.

ⁱ Carrara Francesco, Teoría de la tentativa y de la complicidad, F. Góngora y Compañía editores, Madrid, 1877, traducción de Vicente Romero Girón., pp. 4 y 79.

ⁱⁱ Carrara Francesco, Teoría, ed. cit., p. 94.

ⁱⁱⁱ Schmidhäuser, por ejemplo, piensa que debe ser igual; cfr. Schmidhäuser Eberhard, Strafrecht - Allgemeiner Teil Lehrbuch, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage 1975, §15/20, p. 595.

^{iv} En contra de esa posibilidad, por ejemplo, cfr. Lampe Ernst-Joachim, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1958, 1. Halbband, p. 332.

^v En favor de sancionar la tentativa con dolo eventual, con apoyo en un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia alemana, cfr. Jakobs Günther, Derecho Penal – parte general, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, trad. de Joaquín Cuello Cointerras y José Luis Serrano González de Murillo, §25/24, p. 866.

^{vi} Cfr. Tamarit Sumalla Josep-Maria, La tentativa con dolo eventual, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, 1992, p. 558.

^{vii} Cfr. Jakobs Günter, Derecho Penal, ed. cit., §25/28, p. 868.

^{viii} Cfr. Farré Trepas Elena, La tentativa de delito, editorial Bosch, Barcelona, 1986, p. 44; Córdoba Angulo Miguel, La Tentativa, publicaciones Universidad Externado de Colombia Bogotá, 1993, pp. 13 y 14.

^{ix} Cfr. C.S. de J., Rad. 33395, 10 de agosto de 2019.

-
- ^x Cfr. Engisch Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en Festschrift zum hundertjährige Bestehen des deutschen Juristentag, C. F. Müller, Karlsruhe, Band I, 1960, p. 436.
- ^{xi} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2016, pp. 98 y ss.
- ^{xii} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit. pp. 112 y ss.
- ^{xiii} La jurisprudencia colombiana se inclina por admitir la tentativa con dolo eventual: (C. S. de J., Sala de Casación Penal, Rad. 49158, 27 de junio de 2018; C. S. de J., Sala de Casación Penal, Rad. 55250, 29 de noviembre de 2023 (con dos salvamentos de voto).
- ^{xiv} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 349 y ss.
- ^{xv} Cfr. Feuerbach Paul Johann Anselm Ritter von, Lehrbuch des Peinlichen Rechts (herausgegeben von Carl Joseph Anton Mittermaier), Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, 14 Auflage, p. 71.
- ^{xvi} Cfr. Von Hippel Robert, Deutsches Strafrecht, Scientia Verlag, Aalen, Band 2, (Neudruck der Ausgabe Berlin 1930), 1971, p. 405.
- ^{xvii} Cfr. Ferri Enrique, Principios de Derecho Criminal", ed. Reus, Madrid, 1933, 1a edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, p. 597.
- ^{xviii} Cfr. Von Buri Maximilian, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, 1881, Band 1, p. 199.
- ^{xix} Cfr. Köstlin Christian-Reinhold, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1845, pp. 372 y 373.
- ^{xx} Cfr. Zielinski Diethardt, "Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff", Duncker & Humblot, Berlin, 1973, p. 191.
- ^{xxi} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 47 y ss.
- ^{xxii} Cfr. Horn Arnold, Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie in Hinblick auf empirische Psychologie und Psysopsychologie, en Zeitschrift für die gesamte (ZStW) 20 [1900], pp. 314, 342, 356 y 357.
- ^{xxiii} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 63 y ss.
- ^{xxiv} Cfr. C.S. de J., Sala de Casación Penal, Rad. 35780, 14 de septiembre de 2015; C.S. de J., Sala de Casación Penal, Rad. 49158, 27 de junio de 2018.
- ^{xxv} Cfr. Córdoba Angulo Miguel, La tentativa, ed. cit., p. 63.
- ^{xxvi} Sobre el origen de esta expresión, ver Yesid Reyes, "La inequívocidad de la conducta en la tentativa", en <https://www.youtube.com/watch?v=cmOxxOyvyTA>
- ^{xxvii} Cfr. Jescheck Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, 4. Auflage, p. 477.
- ^{xxviii} Cfr. Alastuey Dobón Carmen, Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, número 5, 2011, pp. 32 y 33.
- ^{xxix} Cfr. Binding Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1918), Band 3, p. 485.
- ^{xxx} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 203 a 207 y 225 a 226.
- ^{xxxi} Cfr. Reyes Yesid, La imputación objetiva en una concepción valorativa de la teoría del delito, ed. Atelier – Universidad Externado de Colombia, Barcelona, 2026, pp. 59 y ss.
- ^{xxxii} Cfr. Zacharia Heinrich Albert, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Dieterichschen Buchhandlung, Göttingen, 1836, Erster Theil, p. 203.
- ^{xxxiii} Cfr. von Hippel Robert, Lehrbuch, ed. cit., p. 264.
- ^{xxxiv} Tröndle Herbert, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, §22 Rd. 11.
- ^{xxxv} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 324 y ss.
- ^{xxxvi} Cfr. Spendel Günter, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie — BGHSt 11, 268, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1969, p. 315.
- ^{xxxvii} Cfr. Küper Wilfried, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg-Hamburg, 1978, p. 22.
- ^{xxxviii} Cfr. Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 374 y ss.
- ^{xxxix} Cfr. Joshi Jubert Uyala, La doctrina de la "actio libera in causa" en derecho penal, J. M. Bosch editor S. A, Barcelona, 1992, p. 370.
- ^{xl} Cfr. Kühl Kristian, Versuch in mittelbarer Täterschaft — BGHSt 30, 363, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1983, p. 282.

^{xli} Cfr. RGSt 59, 1 (1).

^{xlii} Cfr. RGSt, 66 – 47 (141)

^{xliii} Cfr Reyes Yesid, El delito de tentativa, ed. cit., pp. 408 y ss.

^{xliv} Cfr. Mir Puig Santiago, Derecho Penal – parte general, ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 10ª edición, §13/95, p. 368.

^{xliv} Cfr. Córdoba Angulo Miguel, Lección 11: Tentativa, en Lecciones de Derecho Penal – parte general, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, 2ª edición, p. 343.

^{xlvi} Cfr. Pozuelo Pérez Laura, El desistimiento en la tentativa y la conducta posterior al hecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 247.

^{xlvii} Cfr. Montero Federico, Desistimiento de la tentativa – Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, en ADPCP, VOL. LXXIV, 2021, pp. 755 y ss.

^{xlviii} Cfr. Mir Puig Santiago, Derecho Penal, ed. cit., §13/96, p. 368.

^{lix} Cfr. Pérez Ferrer Fátima, El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2008, pp. 226 a 229.

^l Cfr. Pérez Ferrer Fátima, El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español, ed. cit., pp. 229 a 234.

^{li} Cfr. Pérez Ferrer Fátima, El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español, ed. cit., pp. 235 y ss.

^{lii} Cfr. Alcácer Guirao Rafael, Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal, ed. Temis, Bogotá, 2006, p. 287 y ss.

^{liii} El §24 I 2 del Código Penal alemán dice que “[s]i el delito no llega a consumarse sin la intervención del sujeto que desiste, éste quedará impune si se ha esforzado voluntaria y seriamente en impedir la consumación”.

^{liv} Cfr. Mir Puig Santiago, Derecho Penal, ed. cit., §13/111, p. 372.

^{lv} Cfr. Silva Sánchez Jesús María, Derecho Penal – parte general, ed. Civitas, Madrid, 2025, §15/163, p. 1164.

^{lvi} Cfr. Silva Sánchez Jesús María, Derecho Penal – parte general, ed. cit., §15/163 a 15/169, pp. 1164 a 1167.

^{lvii} Cfr. Muñoz Conde Francisco, El desistimiento voluntario de consumir el delito, ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 83 y ss.

^{lviii} La fórmula proviene de Frank, para quien el desistimiento es libre cuando el autor se dice yo no quiero llegar hasta el final, aun cuando podría. Cfr. Frank Reinhart, das Strafgesetzbuch für das Deutsche Recht, Verlag von J. C. B. Mohr Paul Siebeck), Tübingen, 1931, 18ª edición, §46 II, p. 97.

^{lix} Cfr. Muñoz Conde Francisco, El desistimiento voluntario de consumir el delito, ed. cit., pp. 70 y ss.

^{lx} Sin embargo, en Colombia la Corte Suprema de Justicia sí condiciona la validez del desistimiento a las razones por las que el autor tomó la decisión (C. S. de J., Sala de Casación Penal, Rad. 58493, 18 de julio de 2025).

^{lxi} Aun cuando esta es la traducción usual de la teoría formulada por ROXIN (Roxin Claus, Literaturbericht, en ZStW 77 [1965], p. 97), en realidad él aludía a la “razonabilidad” de la decisión desde el punto de vista del plan del autor.