

GÓMEZ ARÉVALO, PABLO, "La (in)admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual: Comentario jurisprudencial al caso SP510-2023 Radicado 55.250", *Nuevo Foro Penal*, 105, (2025)

**La (in)admisibilidad entre la tentativa
y el dolo eventual:
Comentario jurisprudencial al
caso SP510-2023 Radicado 55.250¹**

*The (in)admissibility between attempt
and dolus eventualis: A commentary on
Decision SP520-2023 by the Supreme Court of Justice*

PABLO GÓMEZ ARÉVALO^{*}

1. Introducción

§ 1 – La Sentencia de Casación Penal SP510 de 2023 estudió el caso del señor John Jairo Hernández Alcaraz, quien, encontrándose borracho a altas horas de la madrugada en la noche de las velitas del año 2016, disparó seis cartuchos al aire en dirección de las hijas de sus amigos. Uno de los proyectiles impactó en una de ellas. La menor evitó la muerte debido a la oportuna respuesta de los profesionales de la salud que la atendieron. La Corte Suprema de Justicia, en una decisión controvertida, confirmó la condena del procesado por el delito de tentativa de homicidio en grado

1 El presente comentario jurisprudencial es el resultado de una investigación dogmática inscrita en el Semillero de Investigación en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal «Carlos Eduardo Mejía Escobar» de la Universidad del Rosario, entre el segundo periodo académico de 2024 y el primer semestre de 2025; desarrollado bajo la supervisión de las profesoras María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Téllez Dávila.

* Estudiante de décimo semestre de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. En la actualidad se desempeña como dependiente judicial en asuntos de Derecho Penal, Disciplinario y de la Responsabilidad Fiscal. Correo electrónico: pablo.gomeza@urosario.edu.co

de dolo eventual; decantando por primera vez en el país la posición jurisprudencial respecto de la admisibilidad de la punición de la tentativa con el dolo eventual. Esta providencia fue objeto de dos salvamentos de voto, donde se indicaron los vicios argumentativos de la postura mayoritaria.

§ 2 – Tal y como subraya la profesora María del Carmen Gómez Rivero, el problema jurídico versa sobre dos estructuras intrincadas que por sí solas constan de diversas dificultades estructurales y no cuentan con una formulación unánime dados los vacíos conceptuales. De ello, se derivan los problemas de aplicación de ambas figuras de manera conjunta². Por un lado, se encuentra la tentativa como una forma punible de una ejecución imperfecta, y por el otro, el dolo eventual como una modalidad del elemento subjetivo del injusto que carece de una «voluntad real delictiva»³. El profesor Josep María Tamarit Sumalla indica que, a pesar de tratarse de un debate problemático y con multiplicidad de dimensiones de análisis, se ha producido escasa literatura en la materia; tanto por la jurisprudencia de países como España o Alemania, como los estudios doctrinales en la materia⁴. Entendiendo las fuertes implicaciones que tiene este tópico, la profesora Gómez Rivero considera que este tema corresponde al punto de encuentro entre las formas imperfectas de ejecución y el dolo eventual, constituyendo «un buen caldo de cultivo para un sentir que, en ocasiones, esté dispuesto a admitir espacios de impunidad a la luz de una consideración global de las circunstancias del caso»⁵.

§ 3 – En los términos propuestos por el doctrinario argentino Christian Courtis, este debate dogmático corresponde a un «problema de compatibilidad sistemática»⁶, que desafortunadamente no fue analizado a profundidad por la posición mayoritaria, tal y como se indica en ambos salvamentos de voto. En esa medida, el objetivo general del presente comentario corresponde a proponer de *lege lata* una interpretación más adecuada sobre la admisibilidad de la punición del delito

2 María del Carmen Gómez Rivero, “Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 66, n.º1, (2013); 160.

3 Juan Felipe Daza Lora. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2018), 15.

4 Josep María Tamarit Sumalla, “La tentativa con dolo eventual”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, n.º2, (1992); 516 y ss.

5 Gómez Rivero, “Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia”, 162.

6 Christian Courtis, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación dogmática*, ed. Christian Courtis (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2006), 114.

tentado en grado de dolo eventual. Lo anterior, en el marco de una revisión crítica de la providencia comentada.

§ 4 – La metodología empleada en el presente comentario consiste en: (I) reconstruir los hechos jurídicamente relevantes del caso; con posterioridad, (II) sintetizar las consideraciones de la Corte; haciendo distinción entre los argumentos de la postura mayoritaria y de cada uno de los salvamentos de voto; con base en ello (III) ubicar la SP510-2023 en el panorama doctrinal; y (IV) desarrollar el análisis que le faltó a la Sala sobre la compatibilidad entre ambas instituciones.

2. Hechos jurídicamente relevantes

§ 5 – En la noche de las velitas del año 2016, el señor John Jairo Hernández Alcaraz se encontraba en el andén de su vivienda consumiendo licor con amigos y familiares. Mientras tanto, tres menores de edad se encontraban jugando al frente de la propiedad. Sobre las 04:00 a.m., la compañera permanente del procesado le facilitó su arma de fuego para que pudiera disparar «al aire» como era de costumbre. De esta manera, Hernández Alcaraz descargó seis cartuchos en dirección de las menores; de los cuales uno impactó en una de ellas. La providencia bajo estudio precisó que «[e]l proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo»⁷. La niña evitó la muerte gracias a la oportuna respuesta de los médicos que la atendieron. Aun así, le diagnosticaron 40 días de incapacidad médica legal y deformidad física permanente.

§ 6 – El señor Hernández Alcaraz fue condenado en primera instancia por tentativa de homicidio agravado, indicando que había obrado en grado de dolo eventual, y por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego. El Tribunal de Bogotá confirmó la condena respecto a la tentativa de homicidio y revocó por el delito del artículo 365 del Código Penal. La Defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, proponiendo tres cargos de falso raciocinio en la valoración del acervo probatorio, insinuando que Hernández Alcaraz no fue el autor de la conducta punible.

3. Consideraciones de la Corte

§ 7 – El Alto Tribunal, antes de resolver de fondo el asunto, delimitó el tema de prueba en torno a la discusión de la autoría del acusado en la puesta en peligro de la vida de la menor. Para ello, se estudiaron de manera conjunta los cargos primero

7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

y tercero, donde se valoró probatoriamente las pruebas practicadas, las cuales demostraron que el arma accionada por Hernández Alcaraz fue la causa de la lesión a la agredida.

§ 8 – Posteriormente, la Sala examinó la admisibilidad del delito tentado con el elemento subjetivo del dolo eventual. Sobre este punto, la posición mayoritaria recordó que, en virtud del artículo 27 del Código Penal, la tentativa implica el despliegue de actos idóneos que dan comienzo a la fase ejecutiva del delito y se encuentran inequívocamente dirigidos a la consumación del resultado. Se indica que lo pretendido por el agente corresponde a «lograr la producción del resultado típico»⁸.

No obstante, tal y como se indica en la providencia objeto de estudio, el elemento volitivo del dolo eventual es difuso, lo que hace problemática su configuración. Es así como, la Corporación realizó un recuento superficial de las teorías que niegan su compatibilidad, precisando que estas no son admisibles en el ordenamiento jurídico colombiano en razón a que, desde la Sentencia del 25 de agosto de 2010, con radicado número 32.964, se amplió la concepción del dolo eventual, adoptando las «teorías de la probabilidad» e indicando que en el caso del dolo eventual el elemento cognitivo prevalece frente al volitivo. En estos términos, según lo indica la Corte, se requiere que el sujeto se represente como probable la materialización del resultado —*elemento cognitivo*— y, en consecuencia, deje su resultado al libre azar —*elemento volitivo*—.

Entonces, para la posición mayoritaria en el delito doloso eventual el agente emprende un plan sin el deseo inequívoco de lesionar el bien jurídico. Esto implica necesariamente «la puesta en marcha de un curso causal idóneo para la producción de un resultado típico y esto es perfectamente previsible para el autor»⁹, por lo que en este caso el agente también adopta una decisión de lesionar el bien jurídico, la cual cuenta con una intensidad menor a la del dolo directo de primer grado.

Por consiguiente, a partir de los actos desplegados por el agente, la concreción del resultado antijurídico no depende de este sino del azar, lo que implica que en ese instante la determinación del sujeto ya se materializó. En el mismo sentido, añade la Corte que el elemento de «probabilidad» surge a partir de: (i) «la idoneidad objetiva de los medios empleados»¹⁰ y (ii) «la adecuación de las condiciones fácticas

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Ibid.

de contexto»¹¹. De lo anterior, a los ojos de la posición mayoritaria, se colige la compatibilidad entre ambas instituciones dogmáticas.

§ 9 – Una vez estudiado lo anterior, la Sala procedió a determinar el título en el que actuó Hernández Alcaraz en la realización de la conducta delictiva, considerando que obró en grado de dolo eventual y no en dolo directo. En consecuencia, decidió no casar la sentencia recurrida por votación mayoritaria. Los magistrados Diego Eugenio Corredor Beltrán y Carlos Roberto Solórzano Garavito salvaron su voto, manifestando sus motivos de disenso respecto a la admisibilidad entre la tentativa y el dolo eventual.

3.1 Salvamento de voto del Magistrado Diego Eugenio Corredor Beltrán

§ 10 – El Magistrado Corredor Beltrán manifestó que la decisión adoptada cuenta con evidentes vicios argumentativos en materia de debido proceso y garantías procesales, además vulnerar el principio de congruencia. Por su parte, indicó que la posición mayoritaria cuenta con vacíos sustanciales en punto de discusión de la admisibilidad entre las dos instituciones dogmáticas estudiadas.

§ 11 – En el salvamento de voto se recordó que una de las críticas al elemento de la «probabilidad» en el delito doloso eventual se fundamenta en la idea de que se trata de un concepto normativo de carácter cuantitativo y no ontológico, por lo que no permite establecer un elemento diferenciador para establecer en qué casos se desea el resultado típico. Bajo esa perspectiva, si bien es cierto que el elemento volitivo se encuentra reducido, este no puede ser suprimido.

Líneas más adelante, se hizo hincapié en que la figura del delito tentado procede en aquellos delitos que se cometen ejecutando diferentes etapas. Por ello, se torna problemático que no exista la voluntad inicial de lesionar el bien jurídico y, que, con el transcurso del *iter criminis*, el agente acepte cualquier resultado típico. Por lo tanto, para el Magistrado, es evidente que los términos señalados por el artículo 27 del Código Penal hacen referencia a un querer directo. En consecuencia, no puede considerarse que se pretenda la realización de un resultado «inequívoco» cuando este no necesariamente es querido por el agente.

Además, en el salvamento de voto se señala que la providencia no resuelve la paradoja consignada en el segundo inciso del artículo 27, donde se evidencia que la configuración de la tentativa requiere que el resultado no se produzca por

circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto. En ese entendido, no es posible señalar que los médicos tratantes, para salvar la vida de la menor, obraron en contra de la voluntad del procesado. Bajo esa perspectiva, indica el Magistrado que la norma referida requiere de un dolo directo por parte del sujeto. Puesto que, para poder contrariar su voluntad, esta debe gobernar los actos ejecutivos que persiguen el resultado lesivo.

Por último, el Magistrado Corredor Beltrán subrayó que, si en efecto el procesado se encontraba en una corta distancia, no existen motivos fundados para considerar que no obró en grado de dolo directo en vez de obrar en grado de dolo eventual.

3.2 Salvamento de voto del Magistrado

Carlos Roberto Solórzano Garavito

§ 12 – Por otra parte, el Magistrado Solórzano Garavito estimó que no existió el fundamento probatorio requerido para sustentar que el procesado se representó el peligro a partir de la conducta desplegada. De esta manera, en el salvamento de voto se precisó que las otras personas que se encontraban en el lugar no se representaron la probabilidad del peligro derivado de esa conducta, dado que: (i) la pareja sentimental de Hernández Alcaraz le facilitó el arma sin advertir que dicha conducta podía ser peligrosa para la vida e integridad de los presentes; (ii) el padre de la menor conocía *ex ante* que el procesado solía disparar al aire estando borracho y, aun así, no tuvo inconveniente en consumir licor con él hasta altas horas de la madrugada; y (iii) ninguno de los testigos persuadió al procesado para no disparar el arma de fuego. Por otra parte, asumiendo que se contara con los medios de prueba requeridos, para el Magistrado era más razonable pensar que Hernández Alcaraz obró con dolo directo de primer grado.

§ 13 – Por último, en el salvamento de voto se hizo hincapié en que no era posible hacer una propuesta respecto a la compatibilidad entre la tentativa y el dolo eventual en el entendido que no se cuenta con la premisa fáctica requerida. En esa medida, el Magistrado consideró que en esta ocasión no existe un verdadero desarrollo jurisprudencial en la materia.

4. Comentario

4.1 La SP510-2023 en el panorama doctrinal

§ 14 – La posición de la Sala Mayoritaria en la SP510-2023 se inscribe en la corriente mayoritaria de la doctrina la cual es favorable a la punición de la tentativa con dolo eventual. Estas posturas parten de la premisa que el delito tentado, para su punibilidad, admite todas las formas de dolo, incluyendo el eventual. De acuerdo con M. Kolz-Ott, tal y como reconstruye Elena Farré Trepaut, los partidarios a esta teoría generalmente omiten dar una justificación sobre ello¹², circunstancia que también se evidencia en el caso de la sentencia comentada, puesto que, para sustentar lo anterior se fundamenta en el artículo 22 donde se concibe al dolo eventual como una tercera forma de dolo.

En esa medida, esta providencia se enmarca, en lo que Farré Trepaut denomina, después de reconstruir el panorama jurisprudencial y doctrinal, «un clima de aceptación incuestionada sobre la punición de la tentativa con dolo eventual siempre que su punibilidad no sea discutida por otras causas»¹³. En la misma línea, Tamarit Sumalla considera que la postura mayoritaria se sustenta en un razonamiento silogístico que parte de las siguientes dos premisas: (i) el dolo eventual es una categoría de dolo¹⁴; y (ii) no existe un dolo de tentativa y, por el contrario, hay una coincidencia entre el elemento subjetivo en el delito consumado e intentado¹⁵, las cuales, se evidencian en la decisión.

§ 15 – Aun así, la SP510-2023 hizo un ejercicio argumentativo para explicar porque ambas instituciones pueden ser compatibles, precisando que, en la tentativa la sola puesta en marcha de un acto inequívocamente al resultado cumple con el estándar de probabilidad exigido en el dolo eventual. (Cfr. *Supra* § 8). No obstante, tal

12 Elena Ferré Trepaut, *La tentativa de delito* (Barcelona: Librería Bosch, 1986): 79.

13 *Ibid*, 93.

14 Se destaca la posición de Silvio Ranieri, quien en punto del «*elemento sicológico*» del delito tentado, manifiesta que no se requiere un dolo de tentativa, puesto que existe una identidad con el delito consumado. Esto, en la medida que, para este penalista, el dolo se encamina a la persecución de la consumación del tipo, dado que sus actos están dirigido a la producción del resultado. Entonces, la diferencia radica en el elemento material, más no en el elemento volitivo del injusto. Por consiguiente, Ranieri concluye que el delito tentado es admisible también con el dolo eventual. Cfr. Silvio Ranieri, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1975), 61, 61 – 62. Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (Pamplona: Civitas & Thompson Reuters, 2014), 456.

15 Tamarit Sumalla, “La tentativa con dolo eventual”, 516.

y como se insinuó en los salvamentos de voto (Cfr. *Supra* § 11) la formula propuesta por la Sala Mayoritaria no permite precisar los supuestos donde es admisibles la tentativa y cuales no; lo que, en la práctica, no explica porque es punible la tentativa de homicidio respecto de la menor lesionada y no sobre los otros que se encontraban jugando con ella.

§ 16 – Para subsanar este error, la Corporación pudo haber fundado su análisis en las tesis diferenciadoras. Estas hacen parte de un sector minoritario de la doctrina quienes indican que es posible la admisibilidad en ciertos casos determinados. En esa línea, Salm sostiene que es admisible la punición de la tentativa con dolo eventual, cuando el «hecho que la actuación del sujeto genere un «rechtserschütternden Erfolg» (resultado conmovedor del Derecho)»¹⁶.

§ 17 – Por otra parte, la Sala Mayoritaria dio por sentado que en Colombia no son admisibles las posturas que niegan la punición entre ambas instituciones dogmáticas intrincadas. No obstante, ignora la Corporación, que, dentro de este sector minoritario, se han expuesto críticas importantes a las tesis mayoritarias. Tamarit Sumalla indica que estas se han desarrollado de manera preponderante en Italia. El profesor español destacó la tesis planteada por Mantovani, quien sostiene que «la equiparación entre dolo directo y dolo eventual en la tentativa no puede hacerse sin violar el principio que prohíbe la analogía «in malam partem»»¹⁷.

§ 18 – En esa misma línea, Giovanni Fiandaca y Enzo Musco proponen el ejemplo de Sempronio, quien, escapando de la policía, le dispara en la pierna a uno de los agentes representándose la posibilidad que el disparo sea mortal. En este caso, los autores se preguntan si Sempronio debería ser procesado por tentativa de homicidio doloso eventual o por lesiones dolosas¹⁸. Después de un análisis de ambas posturas; los penalistas italianos subrayan que la autonomía estructural del injusto tentado (*fattispecie tentata*) sobre el tipo de consumación (*fattispecie del reato consumato*) justifica que en el primero el dolo asuma una connotación especial; el cual no coincide del todo con el consumado¹⁹.

Para complementar su análisis, Fiandaca y Musco estudiaron la compatibilidad desde las teorías objetivas y las subjetivas. Partiendo de las primeras, para los autores la incompatibilidad estructural se materializa en punto del requisito de

16 Salm citado por Tamarit Sumalla, «La tentativa con dolo eventual», 529 – 530.

17 Mantovani citado por Tamarit Sumalla, «La tentativa con dolo eventual», 525.

18 Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale: Parte Generale* (Bologna: Zanichelli Editore; 2006), 431.

19 Ibid, 432.

la univocidad (*univocità*) de la conducta, indicando que el dolo eventual no es compatible a este requisito. Postura contraria sostiene Antolisei, quien señala que la intención no puede confundirse con la univocidad de la acción; puesto que éste último es un requisito objetivo de la figura jurídica; elemento sin el cual no se pone en peligro el bien jurídico tutelado²⁰.

Por otra parte, desde el sentido común del concepto de «tentativa», para Fiandaca y Musco es inevitable que este parte de una tendencia orientada hacia un objetivo y no la aceptación de una posible, o probable, materialización de un riesgo. En consecuencia, partiendo desde ambas teorías se llega a un mismo resultado: la univocidad de la tentativa implica una correlación entre la conducta ontológico-naturalística y la intención del agente de conseguir un resultado típico. Por consiguiente, para Fiandaca y Musco la tentativa no es procedente cuando hay ausencia del dolo directo²¹.

§ 19 – En esa misma línea, Palazzo argumenta que penalizar el delito de tentativa en dolo eventual solo por el hecho que el agente se haya representado la probabilidad de un resultado típico y lo haya aceptado, significaría extender la tentativa hasta que coincida con la simple posibilidad objetiva del evento; lo cual es independiente de la voluntad del sujeto respecto del resultado no consumado. Según el autor, la postura a favor de la incompatibilidad va acorde a lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal Italiano, por cuanto la norma exige el desarrollo de actos inequívocos y directos a la producción del resultado; con lo cual se entiende que la voluntad debe estar orientada a la realización del resultado típico²².

§ 20 – En Colombia, la escasa doctrina nacional ha formulado críticas a la postura mayoritaria. Recientemente Juan Felipe Daza Lora utilizó un enfoque dialéctico para estudiar la compatibilidad entre ambas instituciones a partir de la interacción entre las diferentes teorías que las sustentan. Sobre el particular, después de la reconstrucción dogmática de ambas figuras, el jurista de la Universidad de los Andes concluyó que existen tres escenarios donde se intersecan las distintas teorías. Por un lado, desde las teorías que hacen énfasis en los elementos objetivos, la tentativa y el dolo eventual pueden coincidir *prima facie*, no obstante, se presentan graves inconvenientes en su aplicación práctica, lo que las convierten en inaceptables. Por otra parte, desde las teorías subjetivas y mixtas se evidencia que el elemento

20 Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto penale: Parte generale* (Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003), 492 y ss.

21 Fiandaca y Musco, *Diritto penale: Parte Generale*, 432 – 433.

22 Francesco Palazzo, *Corso di Diritto penale: Parte generale* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2005), 462.

volitivo exigido por cada una de las figuras es incompatible entre sí. Por último, Daza Lora concluye que desde otras teorías como la del defecto del tipo y la impresión contienen diferentes fallos estructurales que, *per se*, hacen inviable su comparación. En esa medida, este autor concluye de manera general que no es admisible la punición de la tentativa con dolo eventual²³. No obstante, la conclusión de Daza Lora no es del todo convincente, dado que omite valorar aquellas posturas teóricas que abordan la problemática en sí y, en especial, aquellas que admiten la compatibilidad entre ambas instituciones de manera condicionada.

4.2 Toma de postura

§ 21 – El recuento del panorama doctrinal expuesto en el anterior acápite da cuenta que el problema jurídico abordado por la SP510-2023 tiene tres puntos de análisis interdependientes: (i) el elemento volitivo exigido en el delito tentado; lo cual, implica preguntarse si existe una correspondencia entre el delito consumado y el delito continuado. A partir de allí, (ii) se debe estudiar la estructura normativa del dolo eventual; distinguiendo con el dolo directo —a diferencia de otras investigaciones que pretenden diferenciarlo con la culpa con representación—. Lo anterior, en el entendido de verificar si el dolo eventual, como forma de dolo, tiene o no el mismo comportamiento normativo del dolo directo. Por último, (iii) el problema jurídico exige determinar el grado de probabilidad exigido para fundamentar la punibilidad la tentativa con dolo eventual. Dadas las limitaciones del alcance del presente comentario, se abordarán en lo esencial los tres aspectos relacionados con la SP510-2023.

§ 22 – *Elemento subjetivo de la tentativa*. Desde antaño, la doctrina especializada ha buscado fórmulas para justificar dogmáticamente la punición del delito tentado. El profesor Daza Lora indica que, hasta la fecha, no existe un consenso en la materia; en la medida que cada sector doctrinal cuenta con críticas importantes sobre la formulación de las otras posiciones teóricas. Pese a ello, Daza Lora destaca que, existe un ligero consenso en que, en la formulación de una teoría de la tentativa, se deben tener en cuenta factores objetivos —*probabilísticos*— y factores subjetivos —*volitivos*—, sin que se puedan prescindir alguno de ellos²⁴.

23 Juan Felipe Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2018), 94 – 95.

24 Von Hippel citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 61. Cfr. la postura de

§ 23 – Desde el punto de vista objetivo, Francesco Palazzo ubica la tentativa en el *iter criminis* entre la fase ideativa y la consumación de la conducta punible. Este último, entendido como la realización de todos los elementos del tipo penal (*fattispecie incriminatrice*)²⁵. Por su parte, Von Hippel considera que el fundamento de la punición es la puesta en peligro al bien jurídico tutelado²⁶. No obstante, como señala Daza Lora²⁷, la sola puesta en peligro no es suficiente para fundamentar la tentativa, puesto que se estaría aplicando una teoría demasiado extensiva en los casos particulares, lo cual, es aún más gravoso cuando se interseca con el dolo eventual por los motivos que se desarrollarán más adelante (Cfr. *Infra* § 29).

§ 24 – Ahora bien, en punto del elemento volitivo, el doctrinario Francesco Antolisei considera que el fundamento de la punición del delito de tentativa deriva de la comparación entre las distintas categorías del delito. Para este autor, nunca, o casi nunca, se requiere que se cumpla el objetivo ulterior que perseguía el agente en su fuero interno; sino que depende del caso a caso. En el caso del hurto, basta con el apoderamiento del bien, sin que se requiera que el autor haya obtenido un beneficio de su conducta. En otros casos, señala Antolisei, se penalizan conductas que se encuentran en fase preparativa de otras conductas punibles²⁸. Siguiendo su línea argumentativa, el fundamento de la tentativa se determina a partir del espíritu del legislador con la que se creó el tipo penal en cuestión; porque, el últimas, nada limita al legislador a crear el tipo penal especial para las formas intentadas. En consecuencia, el jurista italiano concluye que no existe una diferencia entre fundamento para

Kratzsch citada por Juan Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 61: «En complemento a lo ya establecido por Von Hippel, Kratzsch añade un parámetro adicional a esta teoría objetiva que, curiosamente, ya vimos durante la exposición del dolo eventual: la estadística. Entendido esto, este autor dice que, si bien el fundamento de la punición de la tentativa radica en la peligrosidad de la acción, aun cuando, en la situación específica, no ha alcanzado el resultado, esta peligrosidad debe ser fijada de acuerdo a un juicio estadístico de peligro, puesto que no puede ser una mera peligrosidad abstracta.»

25 Palazzo. *Corso di Diritto penale*: Parte generale, 456.

26 Cfr. «las pasadas teorías, realmente, son mixtas en su esencia puesto que no desconocen elementos ajenos sino que, por el contrario, involucran una comprensión total de la conducta aunque hacen énfasis únicamente en el elemento que, para cada uno, resulta más importante.» Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 65.

27 Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 62.

28 Antolisei, *Manuale di Diritto penale*: Parte generale, 484 y 485.

sancionar el tipo consumado y la tentativa, puesto que en ambos casos el Estado ejerce la acción penal por la existencia de un hecho que el propio Estado no puede tolerar por su carácter antisocial. Sin perjuicio de lo anterior, Antolisei señala que el elemento volitivo es necesario para la configuración de la tentativa²⁹.

§ 25 – En esa medida, desde el punto de vista de la sistematicidad del derecho, al encontrarse la tentativa en una fase previa a la consumación, eso implica lo que la doctrina ha denominado un «*adelantamiento de las barreras de protección*»³⁰: es decir, desde la política criminal, el Estado pretende adelantarse a la consumación del resultado típico para considerar una conducta penalmente relevante. En ese sentido, no cabría duda que en aquellos casos donde el agente con dolo directo ejecuta actos inequívocamente dirigidos a un resultado se estaría en los supuestos de la punición de la tentativa. No obstante, en el dolo eventual, con el elemento volitivo disminuido, queda la duda si el solo representarse el resultado y dejar al libre azar su producción es suficiente para satisfacer el requisito de la tentativa.

§ 26 – *Tradicionalmente el debate dogmático del dolo eventual se centra en distinguir esta figura de la culpa con representación.* El profesor alemán Claus Roxin ha manifestado que esta distinción es de los problemas dogmáticos más complicados de la doctrina, por lo que no existe un consenso para abordarlo³¹. No obstante, en el presente caso, está delimitación debe ser estudiada a la luz de las diferencias entre las distintas tipologías de dolo.

§ 27 – Sobre el particular, la sentencia comentada se fundamentó en lo establecido por la Sentencia con radicado 32.964 del año 2010; indicando que a partir de este precedente se adoptó la teoría de la probabilidad para distinguir el dolo eventual con la culpa con representación. Aun así, al revisar el radicado 32.964, la Corte subrayó que, en todos los niveles del dolo, se encuentra los elementos cognitivo y volitivo. En esa medida, la ponencia del Magistrado Bustos Martínez precisa que, en el dolo eventual, a diferencia del dolo directo, el elemento volitivo se encuentra disminuido, lo cual no implica que este no esté presente³². Esta posición va acorde

29 Ibid, 492 y ss.

30 Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 234.

31 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 424.

32 Cfr. «En todos los eventos es necesario que concurran los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa

al planteamiento del salvamento de voto del Magistrado Corredor Beltrán, dado que la Sala mayoritaria prescinde de este elemento para el análisis del problema jurídico.

§ 28 – Por otra parte, el mismo radicado 32.964 subraya que «*llas dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico.*»³³. Resalta a la luz que, de acuerdo con el planteamiento de la Corte, el elemento volitivo del dolo eventual se encuentra más cercano al de la culpa que al dolo directo. Posición similar sostiene el profesor Bernd Shünemann, quien propuso de *lege ferenda* suprimir la distinción de ambas figuras y crear una vía intermedia similar a la institución del *recklessness* en el derecho penal anglosajón. Si bien el análisis de su propuesta desborda el alcance del presente comentario, lo interesante acá corresponde a evidenciar la cercanía entre el dolo eventual y la culpa con representación, de tal modo que sería, para juicio del catedrático alemán, posible su unificación³⁴.

Por consiguiente, a diferencia de lo manifestado por la SP510-2023, el hecho que el dolo eventual se encuentre dentro de la categoría normativa del dolo implica necesariamente que este proceda en el delito tentado por el hecho de seguir siendo dolo. Inclusive, la doctrina jurídico-penal ha evidenciado diferentes categorías de tipos penales donde, pese a tratarse de un delito eminentemente doloso, se requiere del dolo directo, siendo insuficiente el dolo eventual. En esa medida, diferentes autores han manifestado que en los tipos penales donde se encuentra un elemento subjetivo especial distinto al dolo —como en los delitos de intención, de tendencia interna trascendente y cortados de resultado— no procede el dolo eventual³⁵.

consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.» Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32.964, M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).

34 Bernd Schünemann. "Vías y desvíos de la dogmática del dolo eventual", en *El Derecho penal en transición: Libro homenaje a Carlos Julio Lascano (h.)*, dir. Gabriel Pérez Barberá, José Milton Peralta y Alejandra Verde (Argentina: Editorial AD Hoc, 2023), 238 y ss.

35 Sobre el particular, el profesor Gonzalo Quintero Olivares. *Parte General del Derecho Penal*. (Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2005), 284, ha expresado: «Las expresiones utilizadas por algún tipo que no pretenden más que reforzar la exigencia de la concurrencia de dolo directo. Por ejemplo: «a propósito», «intencionadamente». En estos casos el Derecho sólo pretende subrayar que una intención menos evidente determinaría que el hecho no mereciera la atención del Derecho Penal; por eso, cuando se encuentran tipos de esta clase suele excluirse la comisión doloso-eventual y la comisión imprudente, formas de ataque punible que se reservan para aquellos bienes jurídicos que, a juicio del legislador, son de tal importancia que requieren ser protegidos frente a ataques directos, indirectos, eventuales o imprudentes.» Cfr. Eric Hilgendorf y Brian Valerius. *Derecho Penal*.

Inclusive, en el caso de la sentencia comentada, es más probable pensar que el obrar de señor John Jairo Hernández Alcaraz fuese culposo a que exista un verdadero querer de la comisión del resultado, a diferencia de lo manifestado por el Magistrado Solórzano Garavito (Cfr. *Supra* § 12).

§ 29 – *Grado de probabilidad en la punición de la tentativa con dolo eventual.* Tal y como ilustra fehacientemente el profesor Daza Lora, las teorías que fundamentan la punición de la tentativa desde el punto de vista objetivo, cuentan con serias dificultades para decantar los supuestos de las conductas atípicas. La problemática radica en determinar si *ex ante* es probable la comisión de un resultado típico cuando este no se presenta. Köstlin ha manifestado que, si solo se analiza *ex ante* desde el punto de vista probabilístico, «estaríamos castigando al autor por lo que hubiese podido ocurrir mas no por lo que realmente ocurrió»³⁶. Posición similar sostuvo Siniscalco, quien advirtió «que «el ámbito de las incriminaciones sería demasiado extenso», sin que la necesaria correspondencia con los elementos objetivos del tipo de tentativa represente un límite suficiente»³⁷. Por el contrario, Reyes Alvarado, considera que se trata de una solución adecuada para la punición homogénea entre delitos consumados y tentados³⁸. No obstante, la presencia del dolo eventual en la ecuación cuestiona diáfanalemente que desde esa teoría se pueda fundamentar la punición sin tener en cuenta el elemento volitivo. Para subsanar esto, la SP510-2023 decantó dos propuso los siguientes dos criterios: (i) «la idoneidad objetiva de los medios empleados»³⁹ y (ii) «la adecuación de las condiciones fácticas de contexto»⁴⁰.

No obstante, tal y como subrayan los salvamentos de voto, esta fórmula no permite diferenciar la punición entre la menor lesionada y sus amigos. Puesto que, (i) el medio empleado —el arma de fuego— es el mismo y (ii) el contexto social en el que dispara al aire el señor Hernández Alcaraz es exactamente el mismo. La única

Parte General (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2017), 76: «Cuando la ley no requiere expresamente la intención (son características, en esa medida, formulaciones como "... para...", "con la intención de...") o el actuar a sabiendas (por ej., "de mala fe" o "a sabiendas"), basta el *dolus eventualis*, para afirmar que hay dolo. Por ello, como regla general no importa con qué grado de dolo obró el autor.»

36 Köstlin citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 59.

37 Siniscalco citado por Tamarit Sumalla, "La tentativa con dolo eventual", 525 – 526.

38 Reyes Alvarado citado por Daza Lora, *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?*, 59 – 60.

39 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

40 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250 (M.P. Myriam Ávila Roldán).

diferencia radica en que se lesionó la integridad física de la menor. En esa medida, si se aplica el criterio de la Sala, se debió condenar al procesado por un concurso de tentativas de homicidio respecto de cada uno de los menores. Inclusive, si *ceteris paribus*, el proyectil no hubiese atravesado a ninguno de los presentes, igual así la conducta era penalmente relevante. No obstante, esta solución no parece acertada, en la medida que adoptar este criterio permitiría expandir el campo de acción de la tentativa a la sola puesta en peligro de un bien jurídico sin contar con un criterio verdaderamente diferenciador entre una tentativa de homicidio y una conducta atípica. Resulta entonces, más deseable, siguiendo la posición de Tamarit Sumalla, crear un tipo autónomo de disparar al aire; lo cual, responde de mejor manera al principio de legalidad y estricta tipicidad.

5. Conclusión

§ 30 – La Sala de Casación Penal desaprovechó una oportunidad de analizar a profundidad la viabilidad de la punición de la tentativa con dolo eventual en la SP510 de 2023. Por el contrario, desde el punto de vista doctrinal, la sentencia comentada se enmarca dentro de la corriente mayoritaria donde se asume la admisibilidad de la punición de ambas instituciones dogmáticas. En esa medida, si la Corte hubiese realizado dicho análisis; o (1) hubiese sentado una posición a favor de la punición sin precedentes, la cual sería objeto de debate intenso entre los diferentes sectores doctrinales; o (2) se pudo haber casado la sentencia; absolviendo al señor John Jairo Hernández Alcaraz por el delito de tentativa de homicidio en grado de dolo eventual y, en consecuencia, cambiando la calificación jurídica por lesiones personales.

Al realizar el análisis omitido por la Sala Mayoritaria, independientemente de la postura doctrinal asumida, se evidencia que el dolo eventual, dentro de su ubicación sistemática, se encuentra más cercano a la culpa con representación que al dolo directo, donde el dolo eventual sigue teniendo un componente volitivo, aunque esté atenuado. Por consiguiente, existe una autonomía desde el punto de vista subjetivo entre el delito consumado y el tentado; donde en el segundo, por su estructura normativa, se exige una voluntad dirigida a la consumación del resultado típico, lo que riñe con la concepción de dolo eventual adoptada en Colombia.

§ 31 – Aunado a lo anterior, en la providencia comentada, la Corporación no decantó un criterio objetivo que permita diferenciar en qué casos la probabilidad es suficiente para configurar la tentativa en grado de dolo eventual. En esa medida, en la providencia no se explica cuál es el derrotero para determinar la procedencia de la

tentativa de homicidio en el caso de la menor lesionada y no respecto de los demás menores que se encontraban presentes, tal y como insinuó el Magistrado Corredor Beltrán en su salvamento de voto. En esa medida, aplicar la postura de la SP510 de 2023 en otros casos posteriores implicaría *per se* ampliar el especto de la punibilidad de conductas que no se materializan en un resultado típico, lo que contraviene el principio de legalidad.

Por consiguiente, si desde el punto de vista objetivo —probabilístico— no existe un criterio que permita determinar en qué casos se admiten ambas figuras y; desde el punto de vista volitivo, se evidencia que en la tentativa hay una voluntad de concreción del resultado, desde la postura acá planteada no existen motivos suficientes para concluir que la adecuación realizada por la Fiscalía sea correcta. En otras palabras, no hay fundamento lógico para concluir la admisibilidad de la tentativa con dolo eventual y, por ende, se debió casar la sentencia; modificando la calificación jurídica por lesiones personales doloso eventuales.

Bibliografía

- Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto penale: Parte generale*. Sedicesima edizione aggiornata e integrata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 32.964, (M.P. José Leónidas Bustos Martínez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP510-2023, Rad. 55.250, (M.P. Myriam Ávila Roldán).
- Courtis, Christian. "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática". En *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación dogmática*, editado por Christian Courtis. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2006.
- Daza Lora, Juan Felipe. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual: ¿Es admisible la punición de delitos no consumados carentes de voluntad real delictiva?* Bogotá: Universidad de los Andes, 2018.
- Farré Trepat, Elena. *La tentativa de delito*. Barcelona: Librería Bosch; 1986.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo. *Diritto penale: Parte Generale*. Quarta edizione. Bologna: Zanichelli Editore; 2006.

Gómez Rivero, María del Carmen. "Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 66, n.º1, (2013): 159–204.

Hilgendorf, Eric y Brian Valerius. *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la segunda edición alemana por Leandro A. Dias y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2017.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Palazzo, Francesco. *Corso di Diritto penale: Parte generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

Quintero Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2005.

Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho*, traducción por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la segunda edición alemana. Madrid: Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la primera edición alemana. Pamplona: Civitas & Thompson Reuters, 2014.

Schünemann, Bernd. "Vías y desvíos de la dogmática del dolo eventual". En *El Derecho penal en transición: Libro homenaje a Carlos Julio Lascano (h.)*, dirigido por Gabriel Pérez Barberá, José Milton Peralta & Alejandra Verde. Argentina: Editorial AD Hoc, 2023.

Tamarit Sumalla, Josep Maria. "La tentativa con dolo eventual". *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 45, No. 2, (1992): 515–560.

