

LOS DISTINTOS MOMENTOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO, TEORÍA DEL "ITER CRIMINIS".¹

§ 35. EL TIPO DE LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO

I. GENERALIDADES

a) Concepto de tentativa y delito frustrado

De manera muy esquemática, en el proceso de ejecución de un delito es posible distinguir una progresión de etapas sucesivas. El sujeto *idea* primero el hecho punible, es decir, éste se representa a su inteligencia como posibilidad de realización; luego resuelve cometerlo, acogiendo en la voluntad lo que el intelecto le ha propuesto y poniéndolo además nuevamente en juego para *planificar* la conducta. Una vez decidido, el agente necesita *preparar* la ejecución, ordenando medios e instrumentos a fin de asegurar el éxito. Sólo entonces se dispondrá a *verificar* la *acción típica* y, en el caso de los delitos de resultado,² a la consiguiente *causación del evento típico*.³ En la práctica, por cierto, estas etapas no aparecen siempre nítidamente diferenciadas. En un homicidio pasional, por ejemplo, es posible que se confundan completamente desde el punto de vista cronológico. Y, sin embargo, también en tales casos se las habrá recorrido, aunque entre ellas sólo medie un espacio de tiempo imperceptible.

Este desarrollo complejo concluye con la consumación, esto es, *con la realización completa del hecho típico*. Pero los límites del tipo suelen no coincidir con el momento en que el autor alcanza la meta que se ha propuesto. A menudo la ley sólo describe una parte de la conducta desplegada por el sujeto, sin esperar para amenazarla con la pena la obtención del resultado final que él perseguía. En éstos casos se

¹ Las cuestiones a que se refiere este capítulo han sido tratadas en CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit. Mi opinión detallada sobre ellas, por consiguiente, puede consultarse allí. Con todo, en el texto subsiguiente se contienen unas pocas novedades que he cuidado de destacar.

² Supra, 17, II, a).

³ En el mismo sentido, aunque con algunas variantes, MAURACH, II, 39, A, pág. 165; MAURACH-ZIPFF, II, 39, A, págs. 2 y 3.

distingue la consumación del agotamiento⁴ del delito. Aunque la importancia penal de este último es limitada, no es posible ignorarlo por completo.⁵

Ahora bien, el proceso descrito puede también verse interrumpido en cualquiera de sus distintas etapas, por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. Cuando eso ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado exteriormente de algún modo, la situación es irrelevante para el derecho, en virtud del principio, aceptado ya por los juristas romanos, de que *cogitationis poenam nemo patitur* (el puro pensamiento nunca es punible). Tampoco ha de considerarse la realización de *actos preparatorios* a los cuales no se sigue la verificación del delito. Pero cuando el sujeto emprende la ejecución de la *acción típica* y no alcanza a concluir, o cuando, ejecutada toda la acción, no consigue ocasionar el *resultado típico*, se da lugar a una sanción penal.

Hay, en efecto, *tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento* (art. 72, inc. tercero C.P.); lo cual equivale a decir que *la tentativa se con figura cuando el sujeto ha iniciado la realización de la acción típica, pero no ha llegado a completarla*. Del otro lado, *hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad* (art. 7º, inc. segundo C.P.); lo cual, a su vez, significa que *el delito frustrado existe cuando el autor ha ejecutado toda la acción típica, sin conseguir, a pesar de ello, la producción del resultado*. Conforme al inc. primero del art. 7º del C.P., son punibles tanto la tentativa de un crimen o simple delito como el crimen o simple delito frustrado. Por el contrario, las faltas sólo se castigan si han sido consumadas (art. 9º C.P.).

b) Los tipos subordinados de tentativa y delito frustrado

Si bien se mira, la conducta ejecutada no realiza el tipo de injusto sino en los casos de consumación —por supuesto, también en los de agotamiento—, pues, en efecto, las descripciones contenidas en el catálogo de la Parte Especial usualmente lo son de hechos conclusos y sólo en algunos casos se refieren a actos encaminados en un cierto sentido cuya verificación no se espera para irrogar la sanción (los llamados *delitos de emprender*).⁶ Por ende, así la tentativa como el delito frustrado constituyen, por lo general, casos de ausencia de tipicidad. En estas situaciones, una aplicación estricta del principio conforme al cual no hay delito sin tipo debería conducir, consiguientemente, a la impunidad. Y ese principio reclama, como ya se

⁴ Véanse, sobre ello, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 2, f), pág. 10; MAURACH, II, 39, A, pág. 165. WELZEL, 24, I, 4, b), pág. 261, habla en estos casos de *consumación material*, dando al concepto un significado que lo restringe sólo a los casos en los que cobra importancia jurídica, esto es, los de "anticipaciones de la pena total".

⁵ La tendencia dominante en la literatura nacional se inclina, por el contrario, a desestimarlos. Así, CURY, *Orientación*, 1ª edición, 24, IV, pág. 246; LABATUT, I, 185, pág. 190; NOVOA, II, 416, pág. 120. Le otorga eficacia poco significativa ETCHEBERRY, II, págs. 68 y 69. Como en el texto, CURY, *Orientación*, 24, IV, págs. 236 y 237, y *Tentativa y delito frustrado*, cit., 2, f), pág. 10, y 47, págs. 90 y sigts.; MAURACH, II, 39, A, pág. 165; WELZEL, 24, I, 4, b), pág. 261.

⁶ WEBER, III, pág. 576; WELZEL, 24, I, 5, pág. 261; MAURACH-ZIPFF, II, 40, 79 y sigts., págs. 38 y sigts.; JAKOBS, 25, 5 y sigts., págs. 856 y 857; JESCHECK, 49, VIII, págs. 476 y 477.

ha visto,⁷ una vigencia sin excepciones, pues de otra manera la función de garantía que compete al tipo quedaría incumplida.

La ley soluciona esta contradicción, que llevaría a resultados insatisfactorios, mediante la creación de tipos *subordinados o no autónomos* de tentativa y frustración.⁸ Si bien técnicamente hubiera sido posible colocar, junto a cada tipo de consumación, los correspondientes a la tentativa y el delito frustrado,⁹ este expediente habría resultado fatigoso y casuístico —aunque es preciso reconocer que presenta ventajas desde el punto de vista de la seguridad jurídica—. ¹⁰ Se ha preferido, en consecuencia, establecer tales tipos mediante una fórmula general, enclavada en la portada del Código, que permita resolver los distintos problemas suscitados por ambas figuras. La diferencia entre el tipo autónomo de consumación y los tipos subordinados de tentativa y frustración estriba, por lo que se refiere a su estructura, en que mientras aquél posee un contenido propio, a cuya realización se conecta directamente una pena, éstos se hallan contruidos como esquemas vacuos, que sólo adquieren significado al ser puestos en relación con uno de los distintos tipos de consumación. Los verbos rectores de los tipos subordinados —*principiar a ejecutar* y *ejecutar todo lo necesario*, etc.— carecen de contenido fáctico; para llenarlos es indispensable conectarlos con un tipo de consumación.

No se debe, con todo, atribuir a esta construcción consecuencias exageradas.¹¹ Constituye, únicamente, un recurso de técnica legislativa.¹² De hecho, hay numerosos casos en los cuales la ley erige a la conducta sólo intentada en figura principal autónoma, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 106 inc. primero, 108, 117, 123, 126 y 241 del C.P., por no citar sino algunos de los más evidentes. Eso demuestra que la tentativa no es una construcción excepcional destinada a castigar hechos que usualmente no debieran serlo,¹³ sino un arbitrio de que echa mano el derecho para diferenciar la punibilidad de la acción atendiendo a la mayor o menor intensidad y significación del disvalor de resultado.¹⁴

II. ESTRUCTURA DEL TIPO DE TENTATIVA

El tipo de la tentativa, como ya se ha dicho, tiene por objeto aprehender aquellas situaciones en que el sujeto, con el propósito de consumir, inicia la ejecución

⁷ Supra, 16, I, b) y III, b), ff).

⁸ BELING, 15, I, IV, págs. 38 y sigts.

⁹ Así concretamente, en el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica. Sobre ello, en sentido crítico, GREEN y POCHODA, *Comment on criminal attempt and criminal solicitation: Sections 2001 and 2003*, en *Working Papers of the National Commission on Reform of Federal Criminal Laws*, Washington, 1970, vol. I, págs. 351 y sigts.

¹⁰ Véase, al respecto, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 73, págs. 141 y sigts.

¹¹ BELING, 15, I, IV, págs. 38 y sigts. y 28, I, págs. 96 y sigts., llega hasta sostener que el tipo subordinado es de "segundo orden" e, incluso, prefiere hablar de un "cuadro" de la tentativa.

¹² WEBER, III, pág. 576; WELZEL, 24, 5, pág. 261.

¹³ En este sentido, en forma muy marcada, NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 7, págs. 47 y 48, para quien, "en principio [...] el Derecho, concebido como un regulador de conductas externas, no debiera ocuparse" de la tentativa, y sólo lo hace excepcionalmente, "más que en razón de estrictos principios jurídicos, en razón de defensa y conveniencia social, en aquellos casos en que el bien jurídico tutelado llegó a correr un efectivo y serio peligro". A mi modo de ver, este punto de vista pone en entredicho las bases del derecho penal de culpabilidad, pues —seguramente en forma inadvertida— radica toda la razón jurídica de la punibilidad en consideraciones concernientes al resultado.

¹⁴ En el mismo sentido, WEBER, III, pág. 576: "Más bien, el accionar doloso es un elemento del delito doloso de resultado que recobra su independencia en la tentativa, una independencia que de antemano tiene en otras formas, en los delitos de emprendimiento y en todos los delitos contruidos con verbos finales".

de la acción típica, pero no consigue concluirla. La conducta correspondiente es descrita por el inc. tercero del art. 7º del C.P. mediante la expresión *dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos*, la cual corresponde a una formulación más o menos clásica y suscita problemas tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

A. LA FAZ OBJETIVA DEL TIPO DE TENTATIVA

En relación con este aspecto, la cuestión fundamental radica en determinar cuándo ha comenzado la ejecución del hecho punible respectivo y cuándo, por la inversa, los actos ejecutados deben sindicarse sólo como preparatorios. Constituye, sin duda, uno de los problemas más arduos con que se enfrenta la ciencia del derecho punitivo, a causa de lo cual GEYER la calificó, quizás con escepticismo exagerado, como "la cuadratura del círculo jurídico penal". A partir de la consagración en el Código Penal francés de la fórmula basada en el *commencement d'exécution*, la doctrina, ha intentado precisar su significado acudiendo a distintos criterios, cuya presentación pormenorizada es aquí impracticable.¹⁵ Por eso, sólo se examinan a continuación aquellas cuya importancia práctica, teórica y política es generalmente reconocida.

La exposición debe distinguir, en primer lugar, entre teorías *objetivas* y *subjetivas*. Las primeras, a su vez, se dividen en teorías *objetivas propias* e *impropias*, y las segundas en teorías *subjetivas extremas* y *limitadas*. Al grupo de las teorías *objetivas propias* pertenecen la *formal*, la *mixta* y, en cierto modo, la *escéptica*; al de las *impropias*, la teoría *pragmática*, las de la *causalidad* y las *materiales*.¹⁶

a) Teorías objetivas en general

Para las teorías *objetivas*, en general, la decisión sobre el carácter ejecutivo de los actos realizados por el autor en un caso concreto tiene que adoptarse prescindiendo del propósito que éste abrigaba, de la forma en que se representó la situación y el modo en que planificó su conducta.¹⁷ Por lo tanto, el acto contemplado en sí mismo, y como acontecimiento externo, debe dar cuenta de que pertenece al proceso ejecutivo descrito por el tipo. La cuestión se reduce, entonces, a precisar las características que revelan esta participación del hecho en el esquema rector. Se trata de encontrar un criterio para descubrir y descifrar, en la materialidad de los

¹⁵ M.E. MEYER enumeró, en su tiempo, once grupos de teorías sobre este punto. Es posible que, desde entonces, se hayan elaborado varias otras. Un examen minucioso —aunque tampoco pretende ser agotador— se encontrará en SCARANO, *La tentativa*, traducción de LUIS E. ROMERO SOTO, Bogotá, 1960, I, 1 y sigts., págs. 1 y sigts.

¹⁶ Con algunas modificaciones, la clasificación del texto reproduce el cuadro presentado por FRIAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1956, 2ª edición, págs. 87 y sigts.

¹⁷ B. ALIMENA, *Principios de Derecho Penal*, traducción de Eugenio Cuello Calón, Madrid, 1916, I, IV, II, págs. 445 y sigts.; ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, 1958, 54, pág. 88; BELING, 29, II, pág. 100; DOHNA, págs. 91 y 92; FRIAS CABALLERO, op. cit., 291, págs. 471 y sigts.; FUENSALIDA, *Concordancia y comentarios del Código Penal chileno*, Lima, 1883, I, 32, pág. 19; LABATUT, I, 178, A, 2, pág. 184; LISZT, III, 46, III, pág. 7; MAURACH, 41, I, B, pág. 179; MEZGER, II, 52, II, 2, pág. 237, y *Libro de estudio*, I, 78, pág. 281; WELZEL, 24, III, pág. 262, aunque en la exposición ulterior se inclina a una concepción subjetiva limitada.

actos, la "marca" que distingue a los que realizan un "fragmento" de la conducta típica, de aquellos que sólo la anteceden o preparan.

Naturalmente, también desde este punto de vista es preciso que el dolo con que obró el sujeto se encuentre determinado, porque sólo así puede saberse el tipo al que debe referirse la investigación relativa a los actos ejecutados.¹⁸ Las teorías *objetivas* procuran, únicamente, independizar los datos. Una vez acreditado el fin que perseguía el autor y, de este modo, el tipo de tentativa a que deben relacionarse sus actos, la ejecutividad de éstos tiene que deducirse de su exterioridad. Así, por ejemplo, cuando ya se sabe que el agente trepó hasta la ventana y fracturó los cristales con el propósito de robar, hay que decidir si escalar hasta una ventana y quebrar los cristales son actos que forman parte del tipo del robo, pero esta vez prescindiendo de su orientación subjetiva.

Como el concepto del tipo se desarrolló recién a principios de este siglo, las teorías *objetivas* elaboradas a mediados del XIX no sitúan con precisión los límites del problema. Por esto, algunas de ellas presentan soluciones que amplían el campo de la ejecución, extendiéndolo más allá de las fronteras impuestas por la tipicidad. En otras palabras, para estas concepciones hay actos que se pueden considerar ejecutivos, aunque todavía no realizan parte alguna del hecho descrito por el tipo de consumación respectivo. En atención a esta circunstancia, he practicado la distinción entre teorías *objetivas propias* a *impropias*. Las primeras son aquellas para las que sólo es ejecutivo el acto típico; las segundas, en cambio, admiten que algunos actos se consideren ejecutivos aunque no pertenezcan, todavía, al proceso descrito por el esquema rector del delito consumado correspondiente.

b) Teorías objetivas propias

aa) Teoría formal de BELING

BELING es el primero en puntualizar que el principio de ejecución a que alude la ley alemana —como la chilena— "*lo es de la acción típica*".¹⁹ Por el contrario, el acto que, no obstante encontrarse subjetivamente dirigido a la consumación de un delito, aún no realiza la acción descrita por el tipo, es solamente preparatorio y, por ende, irrelevante. Por lo mismo, la cuestión del principio de ejecución debe ser resuelta *separadamente* para cada tipo delictivo. Una fórmula general, válida para todas las figuras punibles, no sólo es inencontrable, sino que carece de sentido. Hay principio de ejecución del hurto, del robo, del homicidio, de la estafa, etc., pero no existe un principio de ejecución del delito en general.²⁰ En cambio, BELING sostiene que la relación entre el acto y el tipo se ha de examinar en abstracto. La conducta

¹⁸ CARRARA, *Grado en la fuerza física del delito*, traducción de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, en *Opúsculos de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1955, 25 y sigts., págs. 249 y sigts.; ETCHEBERRY, II, pág. 61.

¹⁹ BELING, 29, II, pág. 102. Sobre otros criterios que, no obstante partir de un punto de vista como el de BELING, no lo sostienen con la misma pureza. CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 15, pág. 33, nota 84.

²⁰ BELING, 29, II, pág. 102. En el mismo sentido, CURY, *La teoría del principio de ejecución en la tentativa*, en *R.C.P.*, tomo XXII, N° 2, Santiago, 1963, 13, I, pág. 189; ETCHEBERRY, II, pág. 61; FRIAS CABALLERO, op. cit. II, II, B, pág. 140; SOLER, II, 49, I, pág. 210; PALACIOS, *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, México, 1951, IV, pág. 116.

que constituye comienzo de ejecución del hurto, lo es de todo hurto, sin excepciones. Viceversa, la que no es ejecutiva de un cierto homicidio, no puede serlo de otro cualquiera.²¹

Para una exacta comprensión del concepto de acción típica es menester que, dada la riqueza del suceder cotidiano, ésta pueda adoptar variadas formas. Así, por ejemplo, es posible que su extensión temporal sea considerable, como ocurre cuando para la consumación de un homicidio se acude a la instalación de un aparato de relojería que estallará tiempo más tarde, o cuando se envía una caja de bombones envenenados sirviéndose de un mensajero que ignora la letalidad del encargo. En ambos casos la acción se ha ejecutado de manera remota, echando mano de medios cuya operación retardada no altera, sin embargo, según BELING²² la unidad del conjunto. La situación en cambio varía cuando el agente confía la ejecución de la acción típica a la voluntad de un tercero; en tal evento, la solución ha de estar conforme a los principios que regulan la *participación criminal*²³ y el problema se sitúa fuera del ámbito que ahora nos preocupa.²⁴

En mi opinión, estos últimos resultados son correctos. Pero con el mecanismo empleado para obtenerlos BELING introduce en su construcción factores subjetivos. Con arreglo a ese procedimiento, el principio de ejecución no sólo es relativo al tipo considerado como una abstracción, sino, además, al "plan del autor" en el caso concreto. Los mismos actos que son ejecutivos cuando el agente decide valerse de un tercero inocente, no lo son si cuenta con el concurso de un coautor doloso. Desde el punto de vista de BELING, sin embargo, esta referencia es defectuosa. Por eso, en el contexto de su tesis el correctivo "es inaceptable".²⁵

Aunque la crítica expuesta puede parecer trivial, en realidad dista de serlo. Dice relación con la coherencia del sistema y, por eso, como ya se ha destacado a lo largo de este libro, con la posibilidad de hacer efectiva justicia, resolviendo de la misma manera los casos semejantes. En efecto, quien ejecuta un delito valiéndose de un tercero inocente o de un aparato de relojería de acción retardada, puede con toda razón preguntarse por qué a él se le imputa un principio de ejecución punible mediante una referencia a las particularidades de su plan y, en cambio, eso no se acepta respecto del que obra sirviéndose de otro género de recursos. En esto radica la esencia del desacuerdo; no en el destaque de la pura contradicción formal.

bb) Teorías mixtas

Las teorías mixtas aceptan como punto de partida que el acto es ejecutivo si realiza una parte del hecho descrito por el tipo. Pero difieren de la concepción formal porque para determinar los límites y contenido de ese hecho no sólo acuden a su descripción, sino, además, a complementos materiales. Así, por ejemplo, FRANK

²¹ BELING, 29, II, pág. 102: "El deslinde entre preparación y ejecución surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo". (El subrayado es mío).

²² Sobre la teoría de los "complementos de la acción", a que alude el texto, cfr. FRIAS CABALLERO, op. cit., II, II, C, págs. 141 y sigts., con detalle.

²³ Infra, 37, y sigts.

²⁴ En el mismo sentido, FRIAS CABALLERO, op. cit., II, II, C, b) y c), págs. 142 y 143.

²⁵ RODRIGUEZ MUÑOZ, notas de derecho español a MEZGER, II, 52, III, págs. 238 y 239. En el mismo sentido, NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, II, V, 2, C, pág. 42. Contra, FRIAS CABALLERO, op. cit. II, II, C, pág. 143, que, sin embargo, no expone las razones de su disenso.

procura superar el hermetismo de la concepción de BELING empleando un criterio valorativo para extender el significado del verbo rector, con arreglo al cual "se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria *conexión con la acción típica*, aparecen como elementos de la misma, según la concepción *natural*".²⁶ Pero el complemento "natural" a que se acude con más frecuencia es el *peligro*. Los actos integran el hecho típico y son, por lo tanto, ejecutivos si han creado ya un peligro para el bien jurídicamente protegido.²⁷ Se considera como si fuese típico todo lo que "agrede" en forma concreta al objeto de la tutela.²⁸

Los criterios de esta clase presentan sobre todo el inconveniente de que difuminan las fronteras del tipo, por lo mismo que pretenden trazarlas acudiendo a puntos de vista valorativos.²⁹ Por otra parte, introducen en la determinación de la tipicidad elementos que son propios de la antijuridicidad, tales como las nociones del "peligro" y "concepción natural". Con ello trastornan los términos del problema, pues aquí se trata de determinar cuáles son los hechos injustos de los que cabe afirmar que han traspuesto los límites de la conducta típica; y eso no puede deducirse precisamente de su carácter antijurídico sin incurrir en una petición de principios.³⁰ Por último, los complementos materiales —y, en particular, el del peligro— conducen a confundir el principio de ejecución con el de la idoneidad de los actos,³¹ dos cuestiones que, a mi juicio, son independientes.³²

cc) Teorías escépticas

De acuerdo con la opinión de las teorías escépticas, se acepta también, en principio, que sólo son ejecutivos los actos que integran la conducta descrita por el tipo. Pero como estiman imposible encontrar una fórmula que sirva para trazar el deslinde en todos los casos, prefieren entregar al juez la facultad de hacerlo, frente a cada situación concreta, de una manera discrecional.

La concepción escéptica se diferencia del subjetivismo extremo,³³ porque reconoce la necesidad de distinguir los actos preparatorios y el principio de ejecución. Sin embargo, al no limitar el arbitrio judicial, llega a resultados que están sometidos a reparos muy semejantes con los que se harán a dicha teoría. Pues esto equivale a entregar la designación de los límites del tipo a la jurisprudencia y llegar, así, a una "justicia de gabinete".

²⁶ FRANK, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 43, II, 2, b), citado por MEZGER, *Libro de estudio*, I, 78, I, pág. 282. Una crítica a este punto de vista se encontrará en CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 19, págs. 38 y 39.

²⁷ Véanse, por todos, JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 295, c), pág. 478; MEZGER, II, 52, III, págs. 238 y 243, y *Libro de estudio*, I, 78, I, pág. 281; NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1960, II, págs. 328 y sigts., especialmente en pág. 328; WELZEL, 4ª edición, 22, III, pág. 193; JESCHECK, 49, IV, pág. 469.

²⁸ NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, II, V, 2, E, pág. 48.

²⁹ Sobre ello, supra 16, III, b), aa).

³⁰ BELING, *La doctrina del delito-tipo*, II, 5º, pág. 13: "Las cuestiones relativas a la antijuridicidad sólo alcanzan interés jurídico penal respecto a acciones ya vinculadas a un delito-tipo (*Tatbestandbezogenes*)".

³¹ Esto es muy acentuado en NUÑEZ BARBERO, op. cit., *passim*.

³² En el mismo sentido, SCARANO, op. cit., IV, 8, pág. 115. Mi punto de vista a este respecto se encuentra desarrollado en CURY, *La teoría del principio de ejecución en la tentativa*, cit., 12, b), 3, págs. 186 y sigts. Aunque JIMENEZ DE ASUA, VII, 2132, pág. 514, nota 1991, impugna mi criterio a este respecto, él también se pronuncia luego en VII, 2189, págs. 658, y sigts., por separar claramente las dos cuestiones.

³³ Infra, d).

Las teorías escépticas están en lo cierto cuando sostienen que es imposible construir una fórmula para discernir, mecánicamente, los actos ejecutivos de los que no lo son. ¡Ningún problema jurídico puede ser solucionado en esa forma!³⁴ Pero el escepticismo, a su vez, pareciera no percatarse de ello, pues, al no encontrar una "receta" matemática, opta por abandonar el conjunto de la decisión al buen sentido del tribunal, limitándose a ofrecerle algunos criterios orientadores que no son vinculatorios para su resolución y que sólo se refieren a situaciones relativamente claras, cuya calificación jurídica es compartida por la mayor parte de la doctrina. Se sitúa así entre dos extremos irreductibles, de modo que rechazar una alternativa significa, inevitablemente, aprobar la otra.³⁵

c) Teorías objetivas impropias

aa) Teoría pragmática de CARRARA

Entre los esfuerzos por obtener una fórmula de distinción objetiva sin referirla a la estructura de tipo, destaca, en primer lugar, la teoría pragmática, enunciada por CARRARA en su programa³⁶ y abandonada más tarde por ese autor.³⁷ De acuerdo con ella, son preparatorios los actos *equivocos*, esto es, aquellos que, considerados objetivamente, pueden estar enderezados lo mismo a la consumación del resultado típico que a una consecuencia jurídicamente indiferente; a su vez, son ejecutivos los *unívocos*, es decir, los que sólo pueden entenderse dirigidos a la perpetración del delito.³⁸ De este modo, el acto de comprar un arma es preparatorio, porque puede estar orientado lo mismo a cometer un homicidio que a practicar la caza o a procurarse defensa en caso de un ataque. En cambio, el de apuñalar a la víctima es, sin duda, unívoco.

Los actos *equivocos* pueden serlo de manera *absoluta* o *relativa*. Es absolutamente *equivoco* aquel acto que, aun contemplado en el contexto del cual forma parte, conserva su ambigüedad; lo es, en cambio, sólo relativamente, cuando se "halla acompañado por condiciones materiales de una índole tal, que manifiestan, sin duda, su dirección hacia un delito determinado".³⁹ Así, el acto de "entrar al domicilio ajeno, si se contempla aisladamente, deberá llamarse acto preparatorio, porque no revela la propia dirección hacia un delito; será el delito autónomo de violación de domicilio y nada más; pero si se supone el caso de un enemigo a muerte que blandiendo su puñal se introduce en mi habitación mientras yo duermo, o el del amante rechazado que invade por la noche en compañía de dos sicarios la casa de la doncella, o el de los ladrones reconocidos que, provistos de ganzúas, escoplos y vasijas adecuadas para el transporte, penetran en la casa donde se encuentra un botín que corresponde a esas vasijas, el juez, con toda razón, podrá ver en esa introducción, clandestina o violenta, el respectivo carácter de tentativa de homicidio, de rapto tentado, de tentativa de hurto, etc."⁴⁰

³⁴ En el mismo sentido del texto, PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, pág. 5.

³⁵ Un punto de vista escéptico se sostiene todavía en CURY, *Orientación*, 24, II, gg), págs. 232 y sigts. Asimismo, GARRIDO, II, 82, pág. 362. Como aquí, en cambio, *Tentativa y delito frustrado*, 21, págs. 42 y 43.

³⁶ CARRARA, I, 398 y sigts., págs. 270 y sigts.

³⁷ La afirmación del texto no debe entenderse, sin embargo, en forma absoluta. Sobre el sentido exacto del cambio de opinión experimentado a este respecto por CARRARA, véase CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 23, págs. 45 y 46.

³⁸ CARRARA, I, 358, págs. 247 y 248.

³⁹ CARRARA, I, 358, pág. 248.

⁴⁰ CARRARA, I, 358, págs. 248 y 249.

El problema fundamental de la teoría pragmática consiste en que, aun respecto de un resultado determinado, los actos *objetivamente* unívocos son poquísimos o, quizás inencontrables. En efecto, si se entiende que es unívoco aquel acto que no puede entenderse sino como una parte del proceso encaminado a la consumación de un delito cualquiera, se hallarán apenas unos cuantos para cada caso y ellos son, precisamente, los que en la práctica no suscitan dudas, porque están situados muy próximos a la etapa final del *iter criminis*.

A su vez, la categoría de los actos relativamente *equivocos* o "preparatorios de modo contingente", construida por CARRARA para salvar esta dificultad, tampoco es satisfactoria, porque subjetiviza el criterio, cosa que en su contexto es inaceptable.⁴¹ Cuando se dice que entrar en domicilio ajeno es un acto ejecutivo de homicidio si "se supone el caso de un enemigo a muerte que blandiendo su puñal se introduce en mi habitación mientras duermo", la solución no se extrae de factores objetivos, sino de lo que éstos revelan sobre el propósito del autor. "Entrar en mi habitación", "blandir el puñal", "ser mi enemigo", son actos que objetivamente considerados carecen de significado, pero su concurrencia en el hecho sirve para deducir que *la voluntad del agente no podía ser sino matarme*. En esta forma, el acto es absoluta o relativamente *equivoco* por lo que es capaz de exteriorizar sobre la finalidad del sujeto y no en atención a una calidad intrínseca de su naturaleza objetiva, como pretende CARRARA.

Por otra parte, CARRARA acepta expresamente que a ciertos actos se los considere ejecutivos aunque no realicen parte alguna de lo que posteriormente se denominará la acción típica. Por eso advierte que su concepción no es compatible con el texto del art. 2º del Código Penal francés,⁴² porque éste exige que haya "tentativa seguida de un principio de ejecución".⁴³ Anticipando las conclusiones que BELING extrajo más tarde de la teoría del tipo, CARRARA concluye que para la ley francesa no hay "tentativa políticamente imputable sino cuando se han iniciado los actos de *consumación*"; lo que, adecuado a la terminología contemporánea, equivale a decir que exige la realización de una parte del hecho típico. A CARRARA esto le parece incorrecto desde el punto de vista suprallegal, pero conviene en que la jurisprudencia francesa obra acertadamente cuando, haciendo aplicación de la ley en vigor, ha exigido, para configurar una tentativa, más de lo que requeriría conforme a su teoría.⁴⁴

Ahora bien, el art. 7º del C.P. se encuentra construido, sin lugar a dudas, en el mismo sentido que el 2º del ordenamiento punitivo francés. En favor de esta interpretación habla no sólo su origen histórico, sino además, y sobre todo, la forma del precepto. Conforme con el modelo español, la ley chilena considera que "hay tentativa cuando el culpable ha dado principio a la ejecución del crimen o simple delito". En consecuencia, no la satisface cualquier acto que se inserte inequívocamente en el proceso ejecutivo, sino sólo aquellos que comienzan la realización del hecho típico ("del crimen o simple delito"). Por lo tanto, la teoría de CARRARA no halla apoyo en el art. 7º del C.P., pues éste limita en forma más estricta que ella el campo de la tentativa punible.

⁴¹ Supra, c), aa), *in fine*.

⁴² CARRARA, I, 398, 2º, págs. 269 y 270.

⁴³ El art. 43 del Código Penal toscano -al que, como es sabido, se refieren generalmente las reflexiones de CARRARA- dispone, en cambio, que "los actos ejecutivos de un delito doloso que no llegan a consumarlo, se consideran como tentativas". El contraste de ambas formulaciones subraya la diferencia que se destaca en el texto: para la ley toscana todo acto de ejecución configura una tentativa; para la francesa puede haber una tentativa que, por no estar seguida de un principio de ejecución, ha de quedar impune. Es obvio que la palabra *ejecución* tiene, en el precepto francés, un sentido más restringido que en el toscano.

⁴⁴ CARRARA, I, 398, 2º, nota 1, pág. 271.

bb) Teorías de la causalidad

Las teorías de la causalidad, como la pragmática, se desentienden de los límites formales impuestos por el tipo de consumación e intentan trazar, para el de tentativa, una frontera autónoma. La nota distintiva entre los actos preparatorios y ejecutivos debería encontrarse en la capacidad causal de la conducta desplegada por el autor.⁴⁵ Pero, aparte de que la determinación de tal capacidad es casi imposible, esta solución tiende a confundir por completo los problemas relativos a la ejecutividad con los atinentes a la idoneidad de la acción realizada.⁴⁶

cc) Teorías materiales

Un grupo importante de autores -entre ellos el propio CARRARA en la segunda formulación de su punto de vista- procura resolver el problema en base a puros criterios materiales, tales como la *puesta en peligro* del bien jurídico de protección, el *principio de la lesión* del objeto jurídico o, sencillamente, la *idoneidad* del acto.

A diferencia de las teorías mixtas, para las cuales estas referencias materiales son sólo un complemento que auxilia a determinar las fronteras del tipo del delito consumado,⁴⁷ éstas prescinden expresa⁴⁸ o tácitamente de tales marcos formales. Por tal motivo, están expuestas a las mismas críticas que se le han dirigido a aquéllas, pero de una manera aun más acentuada.

d) Teoría subjetiva extrema

Lo que aquí se denomina teoría subjetiva extrema corresponde al pensamiento de un grupo de autores para quienes el deslinde entre actos preparatorios y principio de ejecución no sólo es prácticamente imposible, sino, además, jurídicamente incorrecto. Estiman, en efecto, que el injusto se agota en cualquier *exteriorización de una voluntad mala* que se orienta a la ejecución de una acción reprobada por el derecho o a la obtención de un resultado jurídicamente lesivo. Todo acto, tanto aquellos que suelen denominarse preparatorios como los que habitualmente se califican de ejecutivos, expresan ese propósito disvalioso; por ende, cualquiera de ellos basta para determinar la punibilidad a título de tentativa.⁴⁹

Una variante de tal argumentación defiende el positivismo italiano.⁵⁰ Aquí el acto -sea preparatorio o ejecutivo- ha de ser castigado, no como expresión de voluntad rebelde, sino de *peligrosidad personal*.

Este criterio destruye la *función garantizadora* del tipo y es, en consecuencia, inaceptable. De seguirlo, cualquier acto, por irrelevante que aparezca, será sancionado en el supuesto de que pueda atribuírsele a una voluntad mala o considerárselo

⁴⁵ Véase, en este sentido, MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Bedin, Buenos Aires, 1957, III, 435, pág. 188.

⁴⁶ Sobre ello, con algún detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 25, págs. 53 y 54.

⁴⁷ Supra, c), bb).

⁴⁸ Así, por ejemplo, SAUER, *Derecho Penal. Parte General*, traducción del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, 1956, 17, III, 2, c), págs. 175 y 176.

⁴⁹ Véanse, por todos, SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª edición, Madrid, 1903, I, págs. 126 y sigs.; SCARANO, op. cit., 25, págs. 44 y sigs.

⁵⁰ GAROFALO, *La Criminologie*, cit., págs. 328 y 329.

expresión de la peligrosidad del sujeto. Por este camino se abren de par en par las puertas a la "justicia de gabinete", a la creación judicial de delitos y a la punibilidad del pensamiento.⁵¹ Por otra parte, se trata de una concepción que, entre nosotros al menos, sólo tiene valor de *lege ferenda*, pues el art. 7.º, inc. final del C.P., exige perentoria mente un principio de ejecución para la configuración de la tentativa. Del mismo modo, el art. 8.º del C.P., al consagrar la regla de que ciertos actos preparatorios (*proposición* y *conspiración*) sólo son- punibles por excepción, reafirma la exigencia de hacer la distinción.

e) Teoría subjetiva limitada

En lo fundamental, la teoría subjetiva limitada coincide con la formal. Está de acuerdo, por lo tanto, en que la tentativa comienza cuando el sujeto principia a ejecutar la conducta descrita por el tipo del delito consumado, pero introduce modificaciones significativas en el procedimiento para determinar el contenido de ese tipo y, consiguientemente, en la precisión de sus límites.

Es un mérito de esta concepción advertir que los tipos penales no describen meras causaciones de resultados, sino procesos con un sentido determinado por la finalidad del que los dirige, esto es, acciones. Ahora bien, las "causaciones de resultados" son instantáneas y, además, cuando se refieren a la misma consecuencia, idénticas ente sí; toda muerte de un hombre ocurre en un momento, y cada una de ellas es igual a cualquier otra de naturaleza semejante. En cambio, las acciones son multiformes y, por esta razón, pueden prolongarse más o menos, según se exterioricen de esta o aquella manera. Se puede matar a otro empleando un procedimiento complejo y dilatado, o asestarle una puñalada a causa de la ira que provoca, de súbito, su actitud. Se puede sustraer la cosa mediante un solo movimiento que aprovecha la ocasión inesperada, o acudiendo a recursos complicados que exigen una sucesión de operaciones preconcebidas.

Como es lógico, la ley no puede describir todas las formas de exteriorización posibles. El tipo, en consecuencia, se limita a presentar un esquema de conducta que, en la práctica, puede adoptar modos de realización dispares, cada uno de los cuales, sin embargo, satisface los rasgos generales contemplados por él.⁵² Resulta entonces que el contenido ejecutivo de los tipos es muy variable y depende de la forma en que el sujeto se haya propuesto consumir. Así, lo que lo determina para cada caso concreto es el *plan individual del autor*.⁵³ "La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo".⁵⁴

Con este criterio, el campo de la ejecución adquiere una extensión temporal cambiante, que corresponde a la variabilidad de la estructura típica. De esta mane-

⁵¹ Sobre las limitaciones propuestas por aquel sector de la doctrina italiana que apoya este criterio, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, 30, págs. 60 y sigs.

⁵² En el mismo sentido, WELZEL, 24, III, 3, pág. 264.

⁵³ Ibid. Sobre esta base, WELZEL atribuye a la concepción el carácter de "teoría objetiva individualizadora". De acuerdo con el texto, MAURACH, II, 41, I, B, pág. 179, la considera una "teoría de compromiso" que parte de la teoría subjetiva, aunque "ampliamente neutralizada por la incorporación de características objetivas o individualizadoras".

⁵⁴ WELZEL, 24, III, antes de 1, pág. 263.

ra, la teoría subjetiva limitada capta mejor la realidad de la ejecución, cuya estructura es multifacética, por lo que ha de ser "construida" en cada caso, pero no de un modo arbitrario, sino de acuerdo a la forma que el autor se propuso imprimirle.

A fin de aplicar correctamente la teoría subjetiva limitada, es necesario precisar la función que se atribuye a la voluntad del sujeto en esta operación.

Para determinar si la conducta desplegada constituye un "principio de ejecución del crimen o simple delito", el juez necesita saber si el sujeto se proponía cometer una acción punible, cuál y en qué forma. Pero esto no es suficiente. La comprobación de estos hechos sólo le proporciona el objeto sobre el que debe recaer la investigación. Por lo tanto, aunque esté acreditado sin lugar a dudas que el autor había resuelto consumir un cierto delito con unas ciertas modalidades, todavía no puede imputársele una tentativa. Para esto es menester *determinar si con su conducta ha iniciado o no, objetivamente, la forma de ejecución de la acción descrita por el tipo del delito consumado que corresponde al modo de realización planeado por él.*

Así, por ejemplo, si se encuentra acreditado en el proceso que A tenía la intención de matar a B instalando en la puerta de su casa un dispositivo que, al ser pisado por la víctima, accionaba el disparador de un revolver oculto entre el follaje del jardín, pero fue sorprendido cuando todavía rondaba por los alrededores de la casa, cargando los implementos requeridos para la colocación de la máquina infernal, el problema del principio de ejecución aún no está resuelto; sólo se cuenta con los antecedentes necesarios para plantearlo correctamente. En efecto, la cuestión consiste en decidir si la conducta desplegada por A antes de la interrupción inicia o no la ejecución del tipo "matar a otro mediante un dispositivo automático que dispara un revolver cuando lo pisa la víctima".

En suma, la referencia al "plan del autor" sirve para precisar las características específicas del tipo con que, en el caso concreto, debe compararse la acción ejecutada por el autor. Pero la determinación de los límites de aquélla, y el problema relativo a si ésta los ha traspuesto, sólo se decide en una segunda etapa y con arreglo a criterios *objetivos*.⁵⁵

f) Actos preparatorios y otras conductas preliminares sancionadas expresamente. Proposición y conspiración

En algunos casos la ley castiga expresamente conductas que no realizan parte alguna del tipo del delito consumado, adelantando de esta manera la protección penal del bien jurídico contra determinadas formas de atentado.⁵⁶

Desde el punto de vista técnico se puede acudir a diferentes procedimientos para consagrar la sanción de este tipo de conductas.⁵⁷ En primer lugar, es posible valerse de una extensión expresa y directa del tipo y establecer una pena para el que "prepara" su ejecución. En otros casos puede elevarse a la categoría de delito sui generis a ciertas conductas más o menos específicas que preceden a la ejecución.⁵⁸

⁵⁵ Por esto habla WELZEL de una "teoría objetiva individualizadora". Véase supra, nota 53.

⁵⁶ Sobre las razones de esta decisión, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 36, págs. 72 y sigs.

⁵⁷ Con detalle sobre este particular, MAURACH, II, 40, págs. 168 y sigs.

⁵⁸ En relación con las distintas formas de construir estos tipos, cuyo interés es más bien académico, MAURACH, II, 40, B. 2, pág. 170.

Por último, hay situaciones en las que esas acciones son sancionadas como formas anticipadas de participación criminal.

Aunque el primero de los recursos descritos es el más sencillo y comprensivo, importa, por eso mismo, una extensión exagerada de la punibilidad; por tal motivo, el legislador se inclina a evitarlo y, al menos en el C.P., no se encuentran preceptos que empleen esa técnica. En cambio, la tipificación de actos que preceden a la ejecución como delitos sui generis es relativamente frecuente y, por lo que se refiere a la función de garantía, más satisfactoria. Casos de esa índole se hallan, por ejemplo, en los arts. 124, 181, 187, 296, 404 y 445 del C.P.

Por lo que se refiere a la sanción de actos previos a la ejecución del hecho típico mediante una ampliación de las formas de concurrencia criminal, los casos más destacados son la *proposición* y *conspiración* para delinquir, a que se refiere el art. 82 del C.P. Con arreglo a dicho precepto, tales conductas no se castigan, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa, como ocurre en los arts. 111 y 125, relativos a delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, respectivamente, y en el art. 23 de la Ley 12.927, también sobre seguridad del Estado.

Tanto la proposición como la conspiración requieren, además de la resolución interior, una manifestación externa.⁵⁹ En la primera, el sujeto solicita a otra u otras personas que participen, conjuntamente con él, en la realización del hecho típico que está resuelto a ejecutar. La conducta es punible aunque los terceros no acepten la invitación; si, en cambio, la acogen explícitamente, se produce un acuerdo que transforma la proposición en conspiración. Esta última, en efecto, "existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito".

Conforme con una opinión defendida principalmente por JIMENEZ DE ASUA, conspiración y proposición no son actos preparatorios, sino, menos que eso, meras resoluciones manifestadas.⁶⁰ La distinción me parece incorrecta. Es cierto que la proposición y la conspiración sólo se exteriorizan mediante una expresión *verbal*, pero las manifestaciones de esa clase son también un acto,⁶¹ de otro modo, no se comprende cómo pueden incriminarse la injuria y la calumnia orales o las amenazas de la misma índole. Así pues, aquí se considera que proposición y conspiración son sencillamente actos preparatorios.

Siempre que la ley castiga expresamente actos preparatorios, empleando cualquiera de los procedimientos expuestos, la realización ulterior de actos ejecutivos del correspondiente tipo de consumación absorbe la punibilidad de aquéllos. Por otra parte, la opinión dominante conviene en que no se ha de castigar la tentativa de un acto preparatorio al cual el derecho ha erigido, excepcionalmente, en delito sui generis.⁶²

⁵⁹ ANTON ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, Madrid, 1949, pág. 94.

⁶⁰ La noción es empleada, sin embargo, ya por PACHECO, I, 40, 1 y sigs., págs. 100 y sigs. Véase, además, JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 289, pág. 465; LABATUT, I, 168, pág. 180; NÓVOA, II, 422, págs. 127 y sigs. Como en el texto ETCHEBERRY, II, pág. 55; maltizadamente, POLITOFF, *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, 2.1, págs. 51 y 52.

⁶¹ Supra, 14, IV, b), cc).

⁶² MAURACH, II, 40, B. 2, pág. 170: "Nos hallamos simplemente ante la tentativa de una preparación, y (...) una tal tentativa no representa peligro real alguno". En el mismo sentido, LISZT, III, 46, V, 4, págs. 11 y 12; MEZGER, *Libro de estudio*, I, 77, III, 3, pág. 280; ZDRAVOMISLOV y otros, X, 1, pág. 218; JAKOBS, 25, 6, pág. 857, refiriéndose a los delitos de emprendimiento; distinguiendo JESCHEK, 49, VI, 3, págs. 474 y 475, pero igual que JACKOBS para los delitos de emprendimiento, en 49, VIII, 2, pág. 477.

B. LA FAZ SUBJETIVA DEL TIPO DE TENTATIVA

Desde el punto de vista subjetivo, el tipo de la tentativa no ofrece grandes dificultades. En términos más o menos generales, hay acuerdo sobre los siguientes puntos:

a) No existe un dolo de tentativa. El dolo es común a la tentativa y a la consumación.⁶³ Sólo quien *quería consumir* incurre en tentativa punible. El propósito de ejecutar nada más que una parte de la acción típica no es suficiente para fundamentar el castigo, al menos a ese título.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que, como el dolo es voluntad de realización, y en la tentativa, por definición, el querer no consigue actualizarse enteramente, aquella parte del dolo que en los tipos de delitos tentados no alcanza a realizarse se comporta, efectivamente, como un elemento subjetivo de lo injusto.⁶⁴

b) Suele discutirse la cuestión relativa a si puede concebirse una tentativa cometida sólo con dolo eventual. La opinión dominante se pronuncia en forma afirmativa.⁶⁵ Sin embargo, hoy creo que este punto de vista es equivocado.⁶⁶ En efecto, la tentativa implica, por definición, una búsqueda del hecho típico, cuya realización es puesta por el autor como el objetivo directo de su actividad. Tal cosa es incompatible con el dolo eventual; ya que éste, como aquí se ha destacado,⁶⁷ supone una pura actitud de aceptación respecto de un resultado que el sujeto toma como suyo para el caso hipotético de que se produzca. Por eso, no me parece en este caso imaginable un esfuerzo fallido hacia la consumación. Por otra parte, la ley en vigor excluye, en mi opinión, la posibilidad de una tentativa cometida con dolo eventual, pues el art. 7º, inc. tercero del C.P., exige que se haya dado principio a la ejecución mediante *hechos directos*.⁶⁸ Esto significa, en efecto, que los actos realizados deben estar orientados a la consumación del delito; y ésta es una característica que sólo puede otorgarles la concurrencia del dolo directo.

⁶³ Véanse, par todos, BELING, 29, I, 2, pág. 100; NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., I, III, pág. 28.

⁶⁴ MEZGER, II, 51, II, págs. 232 y sigts., y *Libro de estudio*, I, 77, II, págs. 279 y sigts. En el mismo sentido, LABATUT, I, 179, pág. 185; SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, III, 2 y sigts. págs. 189 y sigts., aunque con argumentos y resultados que difieren, en parte, de los del texto.

⁶⁵ Véanse, en este sentido, CURY, *Orientación*, 24, II, b), bb), págs. 233 y 234; GARRIDO, I, 86.1, pág. 269 y *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, 27, B, pág. 133; JESCHECK, 49, III, 1, pág. 460; JAKOBS, 25, 24, A, pág. 866; MAGGIORE, II, pág. 78; MEZGER, II, 51, II, 1, pág. 233, con bibliografía; NOVOA, II, 427, pág. 143; SAUER, op. cit., 17, IV, 1, pág. 183; SCARANO, op. cit., IX, 11, c), pág. 301. Para una revisión más amplia de la bibliografía italiana que acoge este punto de vista, SINISCALCO, op. cit., III, 7, pág. 205 y sigts. Con alguna reserva, POLITOFF, *Los actos...*, cit., 8.3.2, págs. 158 y sigts., quien la cree posible en algunos casos. En el mismo sentido, POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, págs. 82 y 83. Véase, asimismo, MAURACH-ZIPFF, II, 40, I, 70, pág. 36.

⁶⁶ Con detalle sobre las razones de este cambio de criterio, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 49, págs. 95 y sigts.

⁶⁷ Supra, I, 21, III, c), antes de aa).

⁶⁸ CARRARA, I, 367, pág. 255; CORDOBA RODA, notas de derecho español a la traducción de MAURACH, II, 41, III, nota 89, pág. 189; ETCHEBERRY, II, pág. 64; NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, cit., II, pág. 317, argumentando sobre un texto algo diferente, NUÑEZ BARBERO, op. cit., I, III, pág. 27; LABATUT, I, 179, pág. 185.

c) En la tentativa deben darse también los demás elementos subjetivos del tipo distintos del dolo (elementos subjetivos del injusto), cuando son exigidos por la correspondiente figura de consumación.

d) La tentativa culposa (cuasidelito tentado) es inimaginable.⁶⁹ Parece, en efecto, inconcebible que se haya intentado algo no querido sino tan sólo previsto o, menos aún, apenas previsible.

La opinión inversa ha sido defendida por MEZGER,⁷⁰ fundándose en los presupuestos de la teoría del dolo para el tratamiento del error de prohibición.⁷¹ Incurriría en una tentativa culposa el que, a causa de un error de prohibición evitable (inexcusable), intenta la ejecución del delito. Desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad limitada, sostenida aquí,⁷² tal conclusión no se puede compartir, pues para ella la situación descrita por MEZGER tiene el carácter de una tentativa dolosa. Sólo hacen excepción los casos de suposición errónea sobre los presupuestos de una causal de justificación.⁷³ Pero, como se ha expuesto, estos son en realidad comportamientos dolosos que se deben castigar como si fueran imprudentes por analogía (en beneficio del reo).

Otros esfuerzos encaminados a construir conceptualmente una figura de tentativa culposa parecen encontrarse en el presente destinados al olvido.⁷⁴

e) Por lo mismo que una tentativa culposa es inconcebible, en principio lo es también la de un delito preterintencional y, asimismo, la de un delito calificado por el resultado.⁷⁵

Sin embargo, existen situaciones límite en las que tales tentativas pueden imaginarse. Así cuando el sujeto comienza a ejecutar el delito doloso y, aunque es interrumpido antes de consumarlo, causa culposamente el resultado mayor u ocasiona objetivamente la consecuencia a la cual la ley vincula, en su caso, el aumento de pena.⁷⁶

En los tipos que contienen condiciones objetivas de punibilidad la solución es semejante.

⁶⁹ BETTIOL, pág. 481; CARRARA, I, 366, pág. 254, y *Grado en la fuerza física del delito*, cit., 30 y sigts., págs. 251 y sigts.; GREEN y POCHADA, *Comment of criminal attempt and criminal solicitation: Sections 1001 and 1003*, cit., pág. 354; MAGGIORE, II, pág. 89; MERKEL, *Derecho Penal*, traducción del alemán por P. Dorado, Madrid, sin fecha, I, 42, 4, pág. 170; NOVOA, II, 427, pág. 143; NUÑEZ, op. cit., II, pág. 315; NUÑEZ BARBERO, op. cit., I, III, pág. 28; PALACIOS, op. cit., X, pág. 248; PISAPIA, op. cit., XI, 2, pág. 114; QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, pág. 44; SCARANO, op. cit., IX, 11, a), págs. 299 y 300; SINISCALCO, op. cit., III, 2, págs. 189 y sigts.; ZDRAVOMISLOV y otros, X, 1, pág. 216.

⁷⁰ MEZGER, II, 48, I, págs. 205 y sigts., y *Libro de estudio*, I, 69, II, 4, págs. 250 y sigts. En el mismo sentido, MANZINI, op. cit., III, 445, III, pág. 225.

⁷¹ Supra, 28, II, e), bb).

⁷² Supra, 28, II, e), ee).

⁷³ Así también, MIR, 13, 73, pág. 344.

⁷⁴ Véanse MAURACH, II, 41, II, pág. 182; VANNINI, *Il problema giuridico d'il tentativo*, Milano, 1950, pág. 86. Diferente, respecto a la posibilidad de concebir una tentativa culposa, MAURACH-ZIPFF, II, 40, II, 72 y 73, pág. 37.

⁷⁵ De manera absoluta, en este sentido, BETTIOL, pág. 481; MAGGIORE, II, pág. 89; MANZINI, op. cit., III, 445, III, pág. 226; NUÑEZ, op. cit., II, págs. 319 y 320; SCARANO, op. cit., IX, 11, b), pág. 300. Así también, antes, CURY, *Orientación*, 24, II, b), ee).

⁷⁶ BELING, 29, II, I, pág. 100; PALACIOS, X, pág. 251, siguiendo a HIPPEL. Con detalle sobre estas hipótesis, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 53 y sigts., págs. 102 y sigts.

III. ESTRUCTURA DEL TIPO DEL DELITO FRUSTRADO

El tipo de *delito frustrado* se realiza cuando el sujeto ha ejecutado toda la acción típica y no causa, sin embargo, el resultado típico, por motivos ajenos a su voluntad.

La figura del delito frustrado no se consagra en todas las legislaciones, pues algunas, como la alemana o la argentina, prescinden de ella. Esto se debe a que en esos ordenamientos, correctamente a mi juicio, no se distingue entre las dos etapas de desarrollo en lo que concierne a la punibilidad. No obstante, como en realidad se trata de estructuras distintas, cuya especificidad cobra importancia respecto de otras instituciones,⁷⁷ práctica y literatura conservan la diferencia, aunque suelen emplear otras designaciones para aludirla. Así, en la doctrina germana se habla de tentativa *acabada* e *inacabada* y, en algunos textos, se reserva la expresión delito frustrado (*fehlgeschlagenen Versuch*) a fin de mentar aquellos casos de tentativa acabada en los cuales ya es seguro que el resultado no se producirá.⁷⁸ Conviene tener presentes estas diferencias terminológicas cuando se consulta literatura de esa procedencia, porque puede dar lugar a confusiones. Lo que la ley chilena denomina delito frustrado comprende tanto lo que los alemanes particularizan con el rótulo como lo que llaman tentativa acabada.

A. LA FAZ OBJETIVA DEL TIPO DEL DELITO FRUSTRADO

a) La frustración exige una realización total de la acción típica. Pero es objeto de dudas la cuestión de cuándo ha ocurrido así.

aa) Un punto de vista defendido fundamentalmente por CARRARA considera que el sujeto ha realizado toda la acción típica cuando *objetivamente* ha ejecutado la totalidad de los actos pertenecientes a la descripción respectiva. Lo que importa, pues, no es la apreciación del sujeto, sino el juicio objetivo emitido por el tribunal con arreglo a los dictados de las leyes naturales.⁷⁹

La realidad, sin embargo, pone de manifiesto que si el autor hubiese ejecutado objetivamente toda la acción descrita por el tipo, el resultado se habría producido.⁸⁰ No hay ningún sofisma en la afirmación, destacada por JIMENEZ DE ASUA,⁸¹ de que quien disparó a quemarropa sobre su enemigo y, a pesar de ello, no consiguió darle muerte, no ha realizado objetivamente toda la acción típica, pues ésta exigía que se apuntara bien. De este modo, el delito frustrado será algo imposible, ya que su concepto implica un elemento de la consumación.

⁷⁷ Infra, V, especialmente b) y c).

⁷⁸ Véanse, por todos, LISZT, III, 46, IV, 2, c), págs. 8 y 9; MEZGER, II, 54, II, pág. 265. Contra esta nomenclatura, que considera extraña a la sistemática vigente en Alemania, se ha pronunciado GÖSSEL, *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 87, fascículo 1, págs. 3 y sigs.

⁷⁹ CARRARA, I, 406, pág. 274, y *Grado en la fuerza física del delito*, cit., 114, pág. 319. En el mismo sentido, BELING, 29, II, págs. 105 y sigs. En Chile esta opinión, con ciertas variantes, es dominante en la doctrina. Cfr. ETCHEBERRY, II, págs. 65 y 66; GARRIDO, II, 85, pág. 268; LABATUT, I, 180, págs. 187 y 188, aunque con muchas reservas; POLITOFF, *Los actos...*, cit., 10.2.1, págs. 246 y 247.

⁸⁰ MEZGER, II, 54, II, pág. 267.

⁸¹ JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 298, pág. 483.

bb) La solución debe hallarse con arreglo a un criterio *subjetivo*. El sujeto ha ejecutado toda la acción cuando, *desde el punto de vista de su representación*, con el conocimiento de que dispone en el momento de obrar, ésta se encuentra concluida.⁸²

Contra esta afirmación se invoca el texto del art. 7º, inc. segundo del C.P., en donde se exige, para la configuración de un delito frustrado, que el sujeto haya hecho *todo lo necesario* a fin de que el crimen o simple delito se consuma. De allí se deduce que la ley reclama una interpretación acorde con la teoría objetiva.⁸³ Pero esto me parece infundado, pues el art. 71, inc. segundo, no dice cómo se ha de juzgar si el autor hizo o no todo lo necesario para que el delito se consumara. Presuponer que el legislador ha querido dar a ese giro el sentido de *todo lo objetivamente necesario*, es considerar acreditado lo que se trata de probar.

b) Puesto que el delito frustrado exige la ejecución de toda la acción típica, la figura sólo puede concebirse respecto de un *tipo de resultado*.⁸⁴ En los tipos de mera acción, la ejecución total de la conducta típica se confunde con la consumación. Por el contrario, es incorrecta la afirmación, nada infrecuente, de que los tipos de mera acción no admiten tampoco tentativa. Si la estructura de la acción es compleja, nada obsta para que su ejecución progresiva pueda verse interrumpida.

B. LA FAZ SUBJETIVA DEL TIPO DEL DELITO FRUSTRADO

La frustración no presenta problemas especiales en relación con su elemento subjetivo y, por consiguiente, es válido para ella todo cuanto se ha dicho a ese respecto sobre el de la tentativa.⁸⁵

IV. EL TIPO DE CONSUMACION Y EL DELITO AGOTADO

Aquí no se harán comentarios más detenidos sobre el tipo de consumación, porque a él se encuentra referida toda la teoría general del delito y, por ende, le es aplicable cuanto se ha dicho a ese propósito. El delito está consumado, precisamente, *cuando se ha realizado todo el hecho típico*.

⁸² La concepción subjetiva es dominante en el derecho comparado. Véanse, por todos, DOHNA, pág. 93; JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 298, pág. 483; MAURACH, II, 41, V, A, pág. 202; MAURACH-ZIPFF defiende una posición objetivo-subjetiva, en II, 41, II, 18 y sigs., págs. 74 y sigs.; JESCHECK, 51, II, 2, pág. 490; MEZGER, II, 54, II, pág. 267; SOLER, II, 49, VII, págs. 216 y 217; WELZEL, 25, I, 1, pág. 271; ZDRAVOMISLOV y otros, X, 3, 2, pág. 227. La posición de los clásicos españoles es dudosa, pero parece encontrarse una adhesión implícita al criterio subjetivo en el texto de PACHECO en *Estudios de Derecho Penal*, 5ª edición, Madrid, 1887, VII, pág. 117 (el delito está frustrado cuando al delincuente "nada le quedó por ejecutar de lo que entrara en sus intenciones") y SILVELA, op. cit., II, XXVIII, pág. 145.

⁸³ ANTON ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ, op. cit., I, pág. 412; CORDOBA RODA, notas de derecho español a la traducción de MAURACH, II, 41, V, A, nota 11, págs. 202 y 203; RODRIGUEZ MUNOZ, notas de derecho español a la traducción de MEZGER, II, 54, II, pág. 267.

⁸⁴ Supra, 17, II, a).

⁸⁵ POLITOFF, *Los actos...*, cit., 10.2.2, pág. 247; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 85; implícitamente ETCHEBERRY, II, pág. 65.

564

Sin embargo, como ya se ha dicho,⁸⁶ ocurre frecuentemente que el momento en que el delito se consuma no coincide con aquel en que el autor logra el resultado cuya obtención le interesa y a causa del cual, por consiguiente, ha ejecutado la conducta típica. Por esto se dice que el delito está *agotado* cuando el sujeto consiguió también ese propósito ulterior, diferenciándolo, así, del consumado. De este modo, habrá agotamiento del homicidio cometido con fines hereditarios cuando el autor consigue la posesión de la herencia; habrá hurto agotado cuando el agente logre efectivamente el lucro perseguido; etc. El delito agotado cobra importancia en algunas hipótesis de *participación criminal* y *concurso de delitos*,⁸⁷ así como en materia civil, al transformar la obligación de *restituir* en la de *indemnizar*.

Las excepciones se relacionan con los delitos de resultado cortado, en los cuales, como se ha explicado,⁸⁸ la ley anticipa la consumación, situando los límites del tipo antes de que se produzca la lesión causal del bien jurídico. En tales casos, quien interviene con posterioridad a la consumación, pero antes del agotamiento y para hacerlo posible, es, en rigor, un *cómplice* y no un *encubridor*.⁸⁹ De la misma manera, si entre la consumación y el agotamiento, con el fin de alcanzar este último, se comete un segundo delito, éste entra en *concurso ideal*, no *real*, con el primero.

Mientras la segunda de estas conclusiones debe considerarse plenamente válida con arreglo a la ley en vigor, la primera sólo puede aceptarse desde un punto de vista teórico, porque obsta a su practicabilidad la redacción del art. 16 del C.P., de conformidad con la cual sólo puede tratarse como cómplices a quienes intervienen cooperando en "la ejecución del hecho por actos *anteriores o simultáneos*".⁹⁰

Las conclusiones discutidas en los párrafos anteriores únicamente son válidas para los delitos de resultado cortado, porque sólo en ellos la lesión del bien jurídico "ha quedado pendiente". Por esto, si alguien auxilia al que mató para que herede, podrá darse, incluso teóricamente, encubrimiento o una conducta impune; en ningún caso complicidad en el homicidio. Asimismo, cuando el autor falsifica un testamento para obtener la herencia cuya expectativa lo condujo a matar, los delitos entrarán en concurso real.

Las razones para hacer la distinción son manifiestas. En el primer caso, el auxiliar coopera al atentado contra el bien jurídico de protección; en el segundo, éste ya fue quebrantado y, por lo mismo, la intervención del tercero será indiferente, salvo que realice una infracción en contra de la administración de justicia. De la misma manera, en el caso del delito de resultado cortado, la segunda infracción se ha cometido como medio para realizar el sacrificio del bien jurídico tutelado por el tipo de la primera y, en consecuencia, forma parte de un mismo contexto fáctico, dando origen a la unidad del injusto; en el otro, el bien jurídico protegido por el primer hecho punible ya fue vulnerado cuando se ejecuta el segundo y ambos, a causa de esto, configuran ilícitos diversos.

⁸⁶ Supra, I.

⁸⁷ Así también, WELZEL, I, 4, págs. 260 y sigts., quien agrega una consecuencia sobre la *prescripción*, respecto a la cual no estoy de acuerdo. Sobre las razones para esto, véase CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 47, págs. 92 y 93.

⁸⁸ Supra, I, IV, d).

⁸⁹ Una anticipación de este criterio se encuentra en CARRARA, I, 479 y 480, págs. 324 y sigts.

⁹⁰ ETCHEBERRY, 1ª edición, II, pág. 100, llama la atención sobre las características restrictivas de esta redacción, conforme a la cual tampoco se ha de considerar cómplice al que interviene con posterioridad cumpliendo promesas anteriores. Contra, LABATUT, I, 216, pág. 366, seguido por NOVOA, II, 458, II, pág. 218, para quienes "el concierto previo (...) convierte al participante en cómplice". Entretanto, ETCHEBERRY ha revisado su punto de vista anterior y ahora, en II, pág. 100, también aprecia complicidad en este caso. Sobre ello, infra, 39, III, 2.

566

V. LAS CAUSAS ESPECIALES DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD EN EL ITER CRIMINIS: EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO.⁹¹ LA ATIPICIDAD DE LA TENTATIVA DE FALTA

a) Fundamento y naturaleza de la institución del desistimiento

El que emprende la ejecución de un delito puede *fracasar* en su intento o abstenerse de proseguirlo. Este enunciado destaca la diferencia entre ambas situaciones. También para el lenguaje cotidiano son diversas. El hombre de la calle dirá que "no poder terminar" es distinto de "no querer hacerlo". Recogiendo esa convicción popular, el derecho construye la distinción entre *tentativa punible* y *desistimiento de la tentativa y el delito frustrado*.

Conforme al art. 7, inc. segundo del C.P., el delito frustrado sólo es punible si el delincuente ha puesto de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto *no se verifica por causas independientes de su voluntad*. De donde se deduce, a *contrario sensu*, que si la consumación *no se verifica por una causa dependiente de la voluntad del autor*, la acción ejecutada no ha de ser castigada. Y si esto es así en los casos de frustración, con mayor razón ha de afirmarse para la tentativa en la que el culpable se detiene de propia iniciativa cuando ni siquiera ha ejecutado todos los actos necesarios para la complementación de la conducta típica. Esta breve consideración basta para establecer los fundamentos dogmáticos del desistimiento en la tentativa y el delito frustrado. Su eficacia excluyente de la pena está hoy fuera de discusión.⁹² Así, por su parte, lo reconoce reiteradamente la jurisprudencia.⁹³

La naturaleza de tales institutos —de cuya precisión depende, por otra parte, la índole de los requisitos que deben reunir y la extensión de sus efectos—⁹⁴ ha dado lugar, en cambio, a interpretaciones encontradas. Aquí sólo se destacan, fuera del propio, los puntos de vista con más significación en la práctica.

aa) El punto de vista dominante entre nosotros, y en una parte importante de la literatura europea hace algunas décadas, procede de FEUERBACH.⁹⁵ De acuerdo con él, el desistimiento es una *excusa legal absoluta* que obedece, por lo tanto, a razones de política criminal.⁹⁶ Trátase, según la expresión de LISZT, de un

⁹¹ En esta parte la exposición del texto se aparta fundamentalmente de CURY, *Orientación*, 26, págs. 248 y sigts., siguiendo en cambio los criterios desarrollados en *Tentativa y delito frustrado*, 56 y sigts., págs. 107 y sigts.

⁹² ETCHEBERRY, II, pág. 63; GARRIDO, *Etapas de ejecución*, cit., 34, A, págs. 183 y 184 y II, 89, 2, pág. 280; NOVOA, II, 435, pág. 159; POLITOFF, *Los actos...*, 9.2.2, pág. 217; POLITOFF-ORTIZ y colaboradores, I, pág. 83. Es curiosa, en cambio, la opinión de LABATUT, I, 181, pág. 186, quien, contra texto expreso, afirma que "el desistimiento espontáneo es procedente en la tentativa, no en el delito frustrado".

⁹³ ETCHEBERRY, *D.P.J.*, II, 175, págs. 314 y sigts.; NOVOA, II, 435, pág. 160, nota 39; POLITOFF, *Los actos...*, 9.2.2, págs. 217 y 218.

⁹⁴ JESCHECK, 51, I, 1, pág. 488.

⁹⁵ Cfr. JESCHECK, 51, I, 2, pág. 488.

⁹⁶ Así, en especial, LISZT, III, 48, I, pág. 20. También, para el desistimiento de la tentativa, CARRARA, I, 417, págs. 281 y sigts., y *Grado en la fuerza física del delito*, 119, pág. 295, quien, en lo tocante al delito frustrado, defiende otra opinión. Además, BETTIOL, pág. 488; DOHNA, pág. 93; JAKOBS, 26, 2, pág. 899; más complejo ahora, MAURACH-ZIPFF, 41, I, 12 y sigts., págs. 72 y 73, que aboga por una fundamentación político-criminal; PACHECO, I, 30, 26 y sigts., págs. 95 y 96; QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 44; MOLMENTI, *El desistimiento voluntario en la tentativa*, Buenos Aires, 1953, pág. 14; SOLER, II, 52, I, pág. 233. WELZEL ha cambiado de opinión. En la 4ª edición, 23, antes de I, pág. 200, estaba de acuerdo; en su exposición actual, como se verá, se aparta de este criterio.

"puente de oro"⁹⁷ tendido por la ley al delincuente que ya era susceptible de una pena a fin de que retorne a la ribera de la legalidad. El derecho *perdona* al que ya principió a ejecutar una acción típica, o, incluso, al que la realizó del todo, pero aún no ha alcanzado el resultado, a condición de que se abstenga de lesionar en forma voluntaria el bien jurídicamente protegido o impida eficazmente la lesión, en su caso. En obsequio a la salvaguardia de los bienes jurídicos, y para asegurar tanto como sea posible la adhesión del ciudadano a los mandatos del ordenamiento, se otorga este beneficio límite que aspira a detener, hasta el último momento, la mano del infractor.

Este punto de vista, aparentemente razonable, es, sin embargo, irreal. Una ojeada a la jurisprudencia⁹⁸ revela que jamás el sujeto desiste tras efectuar un cálculo como el descrito entre las ventajas y desventajas jurídicas de consumir.⁹⁹ A causa de esto, en los últimos años un sector creciente de la literatura ha dejado de ver en el desistimiento una excusa legal absolutoria -o, cuando menos, de fundarla con arreglo al criterio del "puente de oro"- y busca otras soluciones.¹⁰⁰

bb) WELZEL -y con él, parcialmente, la literatura alemana reciente- estima que el "verdadero sentido del privilegio al que desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad que se muestra con el desistimiento".¹⁰¹

Hay, en efecto, casos en que el desistimiento obedece a móviles no utilitarios. Un ejemplo claro lo procura ese sicario de los cuentos infantiles que, conmovido por la tierna edad y la hermosura de su víctima, se abtiene en el último momento de darle muerte. Pero no sólo en estas situaciones, sino también en aquellas en que el autor se detiene por razones delezna- bles, se manifiesta una personalidad sensible a los contramotivos que el ordenamiento jurídico opone a la conducta ilícita. El que huye atemorizado ante la perspectiva de ser capturado o se desalienta rápidamente frente a la necesidad de superar obstáculos imprevistos, pareciera revelar, con esa actitud, que la ejecución de la acción antijurídica contrasta con sus convicciones éticas más profundas y, por consiguiente, el ataque iniciado pierde gran parte de su reprobabilidad.

Aunque los argumentos de WELZEL han puesto en entredicho la concepción tradicional, el problema radica en que, así como hay situaciones que ésta no explica ni soluciona satisfactoriamente, existen otras a las que aquéllos son inaplicables. Pues no es inconcebible por completo que un sujeto se abstenga de consumir el delito, únicamente porque, en el último instante, se percató de que hacerlo le procurará una satisfacción inferior al disvalor representado por el riesgo de ser castigado y, en tales situaciones, parece imposible sostener que la culpabilidad de autor es insignificante. Más bien, uno se siente inclinado a dirigirle un reproche enérgico, pues a la motivación codiciosa se adiciona el carácter frío y calculador. Sin embargo, sería desacertado privarlo de impunidad por el desistimiento, ya que, precisamente en estos casos, negársela equivale a instarlo para que prosiga hasta consumir. WELZEL y los otros autores que comparten su punto de vista son conscientes de este inconveniente y, en consecuencia, sostienen -correctamente- que basta con que el desistimiento sea voluntario, no siendo exigible "un valor ético especial de los motivos que inducen a desistir".¹⁰² Con esto, los fundamentos de la concepción pierden vigencia, puesto que la insignificancia de la culpabilidad sólo existe, justamente, cuando el sujeto desiste por motivos valiosos o susceptibles al menos de ser reconducidos al valor.

cc) Con arreglo a mi actual opinión, el *desistimiento de la tentativa y el delito frustrado constituyen causales de atipicidad por insuficiencia del elemento subjetivo, esto es, del dolo*.

De conformidad con lo expuesto sobre el concepto del dolo,¹⁰³ éste consiste en una voluntad que se exterioriza "haciéndose acción" al propio tiempo que dirigiéndola. Por otra parte, el de la tentativa se caracteriza, precisamente, porque no consigue *realizarse* del todo,¹⁰⁴ no obstante lo cual aquélla sólo se castiga a causa de que la *finalidad persiste*, transformada en mera *tendencia* hacia el objetivo antijurídico. Para que exista una tentativa punible es preciso que la voluntad de consumir permanezca presente hasta el momento en que la acción se interrumpe o el resultado se frustra.

En los casos de desistimiento no ocurre así. La voluntad de realización subsiste como tal sólo hasta el instante que precede a la suspensión de la conducta típica o a la ejecución de la acción destinada a evitar el resultado. Luego los dos componentes dinámicos de la acción típica se detienen simultáneamente. En estas hipótesis, por consiguiente, falta la perfección del dolo y, con eso, la base para castigar el principio de ejecución de la acción descrita por el tipo. No se trata, como algunos autores pensaban en otro tiempo, de una "cancelación" de la voluntad preexistente, sino de un defecto en su formación, que excluye la tipicidad del comienzo de ejecución porque falta el componente subjetivo sobre el que aquélla descansaba.¹⁰⁵

Esto, cuyas consecuencias prácticas son importantes, está consagrado explícitamente por el texto legal, como lo advirtió en su oportunidad RODRIGUEZ MUNOZ.¹⁰⁶ En efecto, tal como la ley chilena, el Código español no contiene disposiciones expresas sobre el desistimiento. Se limita a reconocer su existencia de manera negativa, en la definición del delito frustrado y -a diferencia del nacional- también en la de la tentativa. A causa de estas referencias incluidas en la descripción, RODRIGUEZ MUÑOZ advierte que tanto en una como en otra institución, el desistimiento es un "elemento negativo" de los tipos subordinados respectivos, de modo que, cuando aparece en el caso concreto, determina una situación de "ausencia de tipicidad".

Empleando una expresión cuyo rigor es dudoso, RODRIGUEZ MUNOZ afirma que el desistimiento constituye un "tercer límite lateral" para los tipos de la tentativa y el delito frustrado. Ese giro extraño obedece a que el jurista español no ha querido basar la eficacia de la institución en un defecto del dolo, como aquí se hace, y, además, aunque lo hubiera intentado no aceptaría, en principio, que eso excluye la tipicidad, porque sitúa el elemento subjetivo en la culpabilidad. En consecuencia, la construcción se le presenta algo desprovista de sentido, pero procura roturla de una manera expresiva.¹⁰⁷

¹⁰³ Supra, 18, III.

¹⁰⁴ Supra, II, B, a).

¹⁰⁵ En el mismo sentido del texto, en especial, ZAFFARONI, 56, VI, pág. 803: "el desistimiento que opera sobre una tipicidad en curso la revoca, pues modifica la configuración del hecho".

¹⁰⁶ RODRIGUEZ MUÑOZ, notas de derecho español a la traducción de MEZGER, II, 56, págs. 270 y sigs. En el mismo sentido, CORDOBA RODA, notas de derecho español a la traducción de MAURACH, II, 41, V, A, nota 10, pág. 200; NOVOA, *El proceso de generación del delito. Tentativa y delito frustrado*, apartado del N° 124 de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Concepción, sin fecha, 17, págs. 48 y 49.

¹⁰⁷ La opinión del texto fue defendida ya entre nosotros, sobre la base de consideraciones de justicia, por FONTECILLA, *El concurso de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, Santiago, 1956, 13, págs. 33 y sigs.

⁹⁷ LISZT, III, 48, pág. 20.

⁹⁸ Véase ETCHEBERRY, *D.P.J.*, II, 175, págs. 314 y sigs.

⁹⁹ En el mismo sentido, la referencia de JESCHECK, 51, I, 2, pág. 488, a la jurisprudencia alemana.

¹⁰⁰ Sobre las razones históricas que se invocan para sostener esta concepción en nuestra ley, véase, en sentido crítico, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 58, c), pág. 112.

¹⁰¹ WELZEL, 25, pág. 271.

¹⁰² JESCHECK, 51, I, 3, págs. 488 y 489.

b) El desistimiento de la tentativa

Desiste de la tentativa el que abandona voluntariamente la ejecución todavía incompleta de la acción típica.

aa) Desde el punto de vista objetivo, el desistimiento de la tentativa exige el abandono de la acción típica que el autor, de acuerdo con su plan, ya inició, pero aún no se encuentra concluida con arreglo a su representación.

Abandonar, en este sentido, significa simplemente abstenerse de proseguir ejecutando. Pero esto, que es válido por completo cuando se trata de la tentativa cometida por un solo sujeto, presenta alguna variante si en la ejecución del hecho intervienen varias personas. En estos últimos casos, aquel de entre los participantes que desiste debe retirar su contribución a la tarea común en el evento de que ya la haya realizado; en cambio, si aún no lo ha hecho, le basta con abstenerse de efectuarla.¹⁰⁸ Estas exigencias implican, en parte, un mayor gravamen para el que interviene en el hecho de varios que para el autor individual, por lo menos cuando ya realizó su contribución. Pero se explica a causa precisamente de esta última circunstancia. En tales casos el sujeto sabe que la consumación ya no depende de las manifestaciones de su voluntad de realización, sino de las de otro u otros partícipes. Entonces, lo menos que puede pedirle es que exteriorice la interrupción de su dolo de consumir, retirando el aporte ejecutado. Si más tarde, sin embargo, los otros concurrentes perfeccionan el delito a pesar de todo, eso ya no puede afectar al desisten te.¹⁰⁹

bb) Desde el punto de vista subjetivo, el desistimiento de la tentativa requiere la *voluntad de abandonar* la ejecución del hecho típico. Con ello se cumple el requisito más característico de la institución, pues es la *voluntariedad* de la interrupción lo que diferencia la tentativa punible de la desistida. Por otra parte, es la "voluntad de abandonar" la que al exteriorizarse "corta" la "voluntad de realización", impidiendo el perfeccionamiento del dolo y, por consiguiente, la tipicidad de la conducta: mientras en la tentativa auténtica (tentativa típica punible) sólo se interrumpe la realización objetiva del tipo, al paso que su elemento subjetivo persiste en calidad de pura tendencia, en el hecho desistido no se perfecciona la faz subjetiva ni la objetiva del tipo.

A causa de lo expuesto, la *voluntariedad exigida para el desistimiento implica tan sólo que el agente se abstiene de proseguir ejecutando aun cuando considera posible la consumación de acuerdo con su representación*.¹¹⁰ Por consiguiente, la voluntad de desistir es independiente de los motivos y no se requiere que descansen en consideraciones éticas.¹¹¹ Tampoco es menester *espontaneidad*. La espontaneidad supone que la voluntad se determina sin la intervención de factores externos. Tal cosa no es exigible.¹¹² Por esto, "no obsta a la voluntariedad que el sujeto desista cediendo al

ruego o insinuación de otro.¹¹³ Asimismo, es indiferente que el autor sea descubierto por la propia víctima o un tercero si, a pesar de ello, cree que aún le es posible consumir.¹¹⁴ Del mismo modo se resuelven las hipótesis en que el sujeto abandona porque le es ofrecida la posibilidad de alcanzar "por vía legal" el provecho que esperaba de la consumación.¹¹⁵ El hecho de que lo realice a causa de promesas que pueden ser incluso engañosas no excluye la voluntariedad del abandono.¹¹⁶

En cambio, no existe un desistimiento voluntario si el autor estima que aunque complete la acción obtendrá un resultado enteramente diferente del que constituye su objetivo, como, por ejemplo, si se detiene porque supone que en la caja de caudales sólo hay una suma muy inferior a la pretendida. Esta representación equivale en todo a la de la imposibilidad de consumir.¹¹⁷

La posibilidad de consumir se decide desde el punto de vista del sujeto, con arreglo a su representación. Esto es lógico. El obra voluntariamente si cree que puede tener éxito y, sin embargo, desiste. Por el contrario, cuando estima que ya no le será posible concluir la retirada, no es una decisión suya sino una imposición de las circunstancias.

Hay abandono —y, por lo tanto, desistimiento— aunque el sujeto no renuncie en definitiva al propósito de delinquir. En este punto NOVOA es demasiado restrictivo.¹¹⁸ Por cierto, no habrá desistimiento cuando el autor se limita a interrumpir momentáneamente la tarea, dejándolo todo predispuesto para proseguir más adelante,¹¹⁹ pero una vaga decisión de reincidir cuando las circunstancias le sean más favorables, no basta para excluir la causal de atipicidad.

cc) El desistimiento determina la *impunidad* por la tentativa. No obstante, si los actos que el agente alcanzó a realizar configuran de por sí un hecho punible, se los castigará a ese título. Así, el que intentando robar penetró a la casa por la ventana, fracturándola, y luego se desistió, no será castigado por la tentativa de robo, pero sí por la violación de morada y por los daños que ocasionó. La doctrina denomina impropia mente *tentativa calificada* a esta situación.¹²⁰

c) El desistimiento del delito frustrado

Desiste del delito frustrado el que, habiendo ejecutado toda la conducta típica, actúa voluntariamente y de manera eficaz evitando la producción del resultado.

¹¹³ MAGGIORE, II, pág. 86.

¹¹⁴ Cfr. MAURACH, II, 41, V, C, 1, págs. 207 y sigts.; MEZGER, *Libro de estudio*, I, 81, III, 2, págs. 293 y 294; WELZEL, 25, I, 2, b), pág. 274. Contra, BACIGALUPO, 7, 4, pág. 112.

¹¹⁵ JESCHECK, 51, III, pág. 493; MAURACH, II, 41, V, B, 2, pág. 206.

¹¹⁶ WELZEL, 25, I, 2, pág. 274; POLITOFF, *Los actos*, cit., 9.2.5, pág. 236.

¹¹⁷ WELZEL, 25, I, 2, pág. 274. Asimismo, JESCHECK, 51, III, 2, pág. 493; MAURACH, II, 41, V, B, 1, pág. 205.

¹¹⁸ NOVOA, II, 433, pág. 156. En el mismo sentido, BACIGALUPO, 7, 4, pág. 112; QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 44.

¹¹⁹ MAURACH, II, 41, V, B, 2, pág. 206; MEZGER, II, 56, II, 2, pág. 276, quien habla de un "aprovechamiento posterior de la situación".

¹²⁰ MERKEL, op. cit., I, 47, 2, pág. 193; MEZGER, *Libro de estudio*, I, 81, III, 3, págs. 294 y 295; SOLER, II, 52, IV, pág. 236.

¹⁰⁸ MEYER, *Kritik an der Neuregelung des Versuchstrafbarkeit*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, N° 87, 3, 1975, pág. 622; NOVOA, II, 435, pág. 158.

¹⁰⁹ Contra, MAURACH, II, 41, V, A, 3, pág. 203. Como en el texto, MEYER, op. cit., págs. 620 y sigts.; ZAFFARONI, 56, VIII, págs. 810 y 811. Sobre ello, con detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 59, b), págs. 119 y sigts. Ligeramente distinto en POLITOFF, *Los actos*, cit., 9.2.6.1, pág. 239.

¹¹⁰ En el mismo sentido, aunque con otro fundamento, FRANK, citado por MAURACH, II, 41, V, B, 2, pág. 204; LISZT, III, 48, III, págs. 22 y sigts.; WELZEL, 25, I, 2, a), págs. 272 y 273.

¹¹¹ MERKEL, op. cit., I, 47, 1, a), pág. 192; JESCHECK, 51, I, 3, pág. 489; MOLMENTI, op. cit., pág. 36; PISAPIA, op. cit., XI, 4, pág. 121; SOLER, II, 52, III, pág. 235; ZAFFARONI, 56, VII, 5, pág. 806. Contra, BETTIOL, pág. 48; PALACIOS, op. cit., X, págs. 226 y 227, nota 56; SAUER, *Derecho Penal*, cit., 17, IV, 2, pág. 185. CARRARA, I, 390 y sigts., págs. 265 y sigts., establece una gradación atendiendo a la calidad de los motivos.

¹¹² MANZINI, op. cit., III, 443, págs. 214 y 215; ZAFFARONI, 56, VII, 5, pág. 806. Contra, CARRARA, *Grado en la fuerza física del delito*, cit., 108 y sigts., págs. 292 y sigts.

Es muy frecuente que esta institución sea denominada también *arrepentimiento activo*, y yo mismo empleé esa designación.¹²¹ Sin embargo, la expresión implica una idea de "contrición" que debe obedecer, obviamente, a motivos valiosos. Eso, en este caso, no se exige.¹²² Por eso prefiero ahora prescindir del mencionado rótulo, pues la impropiedad terminológica puede dar lugar, además, a imprecisiones hermenéuticas.

aa) En tanto que, objetivamente, el desistimiento de la tentativa aparece como una abstención, el del delito frustrado exige una *conducta positiva y eficaz*. Con una imagen acertada se ha expuesto la diferencia afirmando que mientras al que desiste de la tentativa le basta con "frenar", el que lo hace del delito frustrado debe "echar marcha atrás". Y esto es así porque el desistimiento del delito frustrado presupone que el sujeto ha realizado ya toda la acción típica; de suerte que para la consumación sólo resta la producción del resultado y el autor debe proveer a evitar ese evento operando activamente sobre el curso causal a objeto de interrumpirlo.

La cuestión de cuándo ha terminado la ejecución de la acción típica se decide, como se explicó,¹²³ atendiendo a la *representación del agente* sobre el particular.

Para que pueda hablarse de un desistimiento con eficacia excusante, es indispensable que el sujeto actúe *antes de la causación del resultado típico*. Un arrepentimiento tardío sólo da lugar a una atenuación de la pena, conforme a lo preceptuado en el art. 11, N° 7° del C.P.¹²⁴ La diferencia entre ambas situaciones no siempre es advertida con claridad, e induce a confusiones, cuyas consecuencias son defectuosas. Así, LABATUT llegó a sostener que en el C.P. el desistimiento del delito frustrado no tiene jamás el carácter de una "excusa".¹²⁵

El que desiste del delito frustrado puede obrar *por sí mismo* o provocando la *intervención de terceros*. Así, quien dio a beber la pócima letal a su víctima, puede procurar directamente el antídoto o reclamar la intervención de un médico que adopte las providencias necesarias para salvarle la vida. Lo importante es que la actividad del tercero haya sido determinada por el autor mediante su obrar. Es insuficiente no entorpecer la tarea salvadora que otro emprendió espontáneamente.

El desistimiento sólo excluye la punibilidad por el delito frustrado si el sujeto ha conseguido impedir el resultado típico. En este punto la ley crea una verdadera *irresponsabilidad objetiva*.¹²⁶ La solución es defectuosa e importa una supervivencia del *versari in re illicita*. Desde el momento en que con la exteriorización de la voluntad impeditiva se suspende la de realización (el dolo), toda imputación al sujeto de consecuencias posteriores tiene que hacerse sobre una base objetiva que contrasta con el sistema de derecho penal de culpabilidad. E incluso, aunque no se reconozca el punto de partida, la exigencia provoca un sentimiento de repugnancia natural, obediendo al cual se ha suprimido o atenuado en los textos legales más modernos.¹²⁷

De todos modos, si el autor ha fracasado en su intento de impedir el resultado, es posible siempre concederle la atenuante de haber procurado con celo reparar el

¹²¹ CURY, *Orientación*, 26, III, pág. 251.

¹²² JESCHECK, 51, IV, 1, pág. 494.

¹²³ Supra, III, A, a), bb).

¹²⁴ Supra, 32, V, a).

¹²⁵ LABATUT, I, 181, pág. 186. Así, también, PACHECO, pág. 99.

¹²⁶ En el mismo sentido, MAURACH, II, 41, V, C. 3, pág. 210.

¹²⁷ Sobre este particular, con detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 64, págs. 131 y sigs.

mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias (art 11, N° 7° C.P.),¹²⁸ con tal que se den los requisitos indispensables de ella.

bb) Subjetivamente, el desistimiento del delito frustrado, como el de la tentativa, tiene que ser *voluntario*. Lo que se ha expresado ya sobre este particular¹²⁹ es válido también aquí.

cc) Lo mismo que en el caso del desistimiento de la tentativa, el del delito frustrado excluye la punibilidad por este último, pero no por la tentativa calificada.¹³⁰

d) El desistimiento de la proposición y conspiración para delinquir

El art. 82, inc. final del C.P., regula, de manera desafortunada, el desistimiento para los casos en que proposición y conspiración son punibles. Con rigor inútil, la ley exige en estas hipótesis que la interrupción se produzca *antes de iniciada la ejecución del delito o el procedimiento judicial contra el culpable* y reclama de éste, además, una *delación*. Desde el punto de vista técnico, el precepto es insatisfactorio, porque introduce demasiados factores objetivos en la estructura del instituto. Éticamente es, cuando menos, sospechoso. Desde una perspectiva politicocriminal resulta contraproducente, puesto que si lo que se persigue es tutelar de modo especial ciertos bienes jurídicos particularmente valiosos o sensibles, es absurdo cerrar anticipadamente al delincuente el camino de la retirada.

e) Las situaciones de desistimiento tardío especialmente legisladas

Aunque, de acuerdo con lo que se ha expuesto precedentemente, el desistimiento de un delito consumado es inconcebible en principio, existen casos, diseminados en la Parte Especial, en los cuales la ley acuerda efectos especiales —que pueden llegar incluso hasta la impunidad— a la conducta del que después de ejecutar todo el hecho típico vuelve sobre sus pasos. Situaciones de esta índole pueden encontrarse en los arts. 129, 456 y 295 del C.P. Su tratamiento pormenorizado pertenece al sistema de los delitos respectivos.

f) La atipicidad de la tentativa de falta

Aparte de lo expuesto en los párrafos precedentes, la atipicidad de la tentativa y el delito frustrado se rige por las reglas generales.¹³¹ Aquí sólo resta insistir en que, de conformidad con lo preceptuado por el art. 9° del C.P., "las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas". Esto significa que, aunque en un buen número de casos la tentativa de falta es concebible, siempre deberá permanecer impune por inexistencia del correspondiente tipo subordinado que la aprehenda.

¹²⁸ Supra, 32, V, a).

¹²⁹ Supra, b), bb).

¹³⁰ Supra, b), cc).

¹³¹ Supra, 21.

§ 36 LA ANTIJURIDICIDAD DE LA TENTATIVA Y EL DELITO FRUSTRADO

I. RELACIONES ENTRE LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL Y LA DE LA TENTATIVA Y DELITO FRUSTRADO EN PARTICULAR

Los problemas de la antijuridicidad de la tentativa y el delito frustrado se encuentran estrechamente vinculados con el de la antijuridicidad en general y, de esa manera, con el de la función misma del derecho punitivo. La cuestión ha sido ya objeto de un tratamiento más o menos detenido¹³² y, por consiguiente, aquí puedo limitarme a una síntesis escueta.

a) La concepción objetiva

Para el punto de vista objetivo, la esencia del delito radica en la causación de un daño a los bienes jurídicos de protección y, por eso, sólo acepta la punibilidad de la tentativa, en cuanto ésta *crea efectivamente un peligro serio* de que semejante lesión se materialice.¹³³ El disvalor de acción no es apreciado. La manifestación de voluntad hostil al derecho, como tal, es jurídicamente indiferente.¹³⁴

Los defectos de este criterio ya han sido discutidos.¹³⁵ Asimismo, se ha destacado cómo la punibilidad de la tentativa demuestra que no coincide con el de la ley en vigor.¹³⁶

b) La concepción subjetiva

Las opiniones subjetivas más extremas ponen todo el acento en el disvalor de la acción. Lo antijurídico es la voluntad rebelde expresada en la ejecución total o parcial del acto. Así, la tentativa aparece como la figura delictiva básica, de la cual el delito frustrado y la consumación no son sino formas especiales. "Punible es el querer, no la ejecución; de este modo, lo punible primariamente es la tentativa, no la consumación. Esta última más bien sólo es punible como una forma especial de la tentativa, esto es, porque tanto aquélla como ésta suponen una voluntad delictiva".¹³⁷

También los inconvenientes de este criterio han sido destacados.¹³⁸ Sobre todo es inaceptable cuando se lo formula de una manera tan inmoderada, pues entonces

puede conducir —y de hecho debiera hacerlo— a la punibilidad de los actos preparatorios, a la consiguiente destrucción de la garantía constituida por el tipo y, así, a la arbitrariedad.

c) La solución propia

Tal como ya se ha explicado, la solución correcta supone tener en cuenta, en primer lugar, el disvalor de la acción, pero sin perder de vista la significación que atribuyen al del resultado, para ciertos casos, las concepciones socioculturales imperantes.¹³⁹ Así la antijuridicidad, en su forma más plena, implica tanto el disvalor de acción como el de resultado. Pero ésta sólo se presenta en los delitos consumados de lesión, respecto de los cuales la ley ha tomado en cuenta ambos factores para la evaluación del hecho y la atribución de la sanción. Por el contrario, en los delitos de pura actividad y en la tentativa de los de resultado, prevalece la consideración del disvalor de acción,¹⁴⁰ y el de resultado es tomado en cuenta únicamente como un límite extremo, para el descarte de la punibilidad en casos cuya significación antijurídica es despreciable con arreglo a los puntos de vista socioculturales en vigor.

II. ANTIJURIDICIDAD Y PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

Las distintas concepciones expuestas en el apartado anterior inciden en el debate sobre la punibilidad de la tentativa, que entre nosotros sólo tiene valor *de lege ferenda*. En efecto, una consecuencia lógica del subjetivismo extremo es la parificación del castigo de la tentativa y la consumación o, a lo sumo, la mera concesión al juez de una facultad para atenuar la pena en los casos en que el tipo no alcanza su perfección y las circunstancias así lo aconsejan.¹⁴¹ Por la inversa, el objetivismo exige una diferenciación categórica.¹⁴² Con arreglo al criterio que he defendido aquí, el punto de vista acogido debe ser este último, puesto que, como en los casos de tentativa es menor el disvalor de resultado, cabe exigir un tratamiento penal menos severo.

En cambio, no existe razón valedera alguna para distinguir entre tentativa y delito frustrado. El hecho de que la dualidad tienda a desaparecer en los Códigos modernos lo evidencia. Atribuir consecuencias penales a un deslinde tan sutil e incierto es absurdo. Los argumentos con que antaño se defendió el sistema¹⁴³ han

¹³² Supra, I, III, c), cc), 4.

¹³³ Un criterio semejante, pero sin las limitaciones ulteriores, WEBER, III, págs. 575 y sigts.

¹³⁴ WELZEL, 24, I, 5, págs. 261 y 262.

¹³⁵ CARRARA, I, 355, pág. 245, y *Grado en la fuerza física del delito*, cit., 168 y sigts., págs. 321 y sigts.; MANZINI, op. cit., III, 432, I, pág. 177; PALACIOS, op. cit., X, pág. 254.

¹³⁶ BETTIOL, pág. 480; CARRARA, I, 401, pág. 271, y *Grado en la fuerza física del delito*, 166 y sigts., págs. 174 y sigts.; PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, 3º, 38 y sigts., págs. 98 y 99, aunque conviene en que podría prescindirse de la distinción, salvo, naturalmente, cuando se trata de regular el desistimiento; ZDRAVOMISLOV y otros, X, 3, pág. 228. Como en el texto, NUÑEZ BARBERO, op. cit., II, V, 3, pág. 49; PALACIOS, op. cit., X, pág. 216; REYES ECHANDIA, *Delitos imperfectos*, en *Revista del Colegio de Abogados*, tomo XXI, N° 99 Medellín, 1974, págs. 140 y sigts.; SOLER, II, 49, VII, pág. 277. La bibliografía alemana a italiana contemporánea tiende a ignorar el problema, a causa de que la distinción es desconocida para sus ordenamientos punitivos.

¹³² Supra, I, III, c).

¹³³ Muy vigorosamente en este sentido, NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 7, especialmente en pág. 48 y POLITOFF, *Los actos*, cit., 7.1 y 7.2, págs. 133 y sigts.

¹³⁴ NOVOA, op. cit. en nota anterior, 7, pág. 48: "En principio [...] el Derecho, concebido como un regulador de conductas externas, no debiera ocuparse de (la tentativa)".

¹³⁵ Supra, I, III, c), aa).

¹³⁶ Supra, 14, I.

¹³⁷ GERMANN, *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, 1918, S. 186, citado por SPENDEL, *Kritik der subjektiven Versuchstheorie*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, pág. 1882.

¹³⁸ Supra, I, III, c), bb).

574

caído en el descrédito. Nuestra ley observa a este respecto un criterio clásico. Delito consumado, frustración y tentativa reciben un tratamiento penal diverso, conforme a lo preceptuado en los arts. 50 a 54 del C.P., sin perjuicio de las disposiciones especiales que consagran reglas distintas para ciertos tipos.

III. TENTATIVA INIDONEA

La antijuridicidad de la tentativa y el delito frustrado se caracteriza, fundamentalmente, por el disvalor de acción. De aquí se sigue que *es tentativa punible no sólo aquella que se ejecuta con medios idóneos para alcanzar el resultado típico y contra un objeto material susceptible de ser lesionado por el ataque, sino también la que, a la inversa, se realiza con medios inidóneos o contra un objeto inexistente. La tentativa inidónea es, en principio, tentativa punible.*

Este punto de vista está lejos de ser unánime y en Chile es minoritario.¹⁴⁴ La polémica en torno al mal llamado *delito imposible* (tentativa inidónea) divide profundamente a la ciencia penal y hasta ahora no se divisa una fórmula de solución o compromiso. El debate puede sintetizarse así:

a) La teoría subjetiva extrema

La extrema teoría subjetiva, que ha logrado imponer su criterio a la jurisprudencia alemana y cuyo expositor más destacado e influyente fue BURI, postula la punibilidad de toda tentativa, así la idónea como la inidónea, de manera *ilimitada*.¹⁴⁵ Nada importa que los medios empleados sean totalmente incapaces de producir el resultado típico o que el objeto del ataque no haya existido jamás. La voluntad rebelde que se expresa en la ejecución de la acción basta para justificar la irrogación de una pena.

Aparte de las consideraciones básicas derivadas de su adhesión al subjetivismo extremo, este criterio se apoya en otros dos argumentos.

aa) No puede sostenerse que el castigo de la tentativa se funda en la puesta en peligro del bien jurídico, ya que el delito tentado se caracteriza porque fue *incapaz* de hacer correr peligro alguno a ese bien. Dicho de otro modo, toda tentativa es, por definición, inidónea. Si los medios y el objeto hubiesen sido idóneos, la consumación habría sobrevenido.¹⁴⁶

bb) Si se acepta, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones,¹⁴⁷ que todas las condiciones son causa del resultado que se produjo, del mismo modo habrá de aceptarse

¹⁴⁴ Sobre la posición de la jurisprudencia, marcadamente objetivista en la mayoría de los casos, véase ETCHEBERRY, D.P.J., II, 177, págs. 323 y sigs. Sin embargo, hay ciertos casos de *provocación* en los cuales la práctica castiga no obstante la manifiesta inidoneidad de los actos para lesionar el bien jurídico. Sobre ello, con detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 89, págs. 179 y sigs. Respecto a la doctrina, para una ojeada de conjunto véase POLITOFF, *Los actos*, 7.1, págs. 133 y sigs.

¹⁴⁵ BURI, *Versuch und Causalität*, cit. por GAROFALO, *La Criminologie*, cit., pág. 319. En el mismo sentido, F. ALIMENA, *La questione dei mezzi inidonei nel tentativo*, Roma, 1930, 19, págs. 87 y sigs., pero haciendo reserva sobre los casos de inexistencia del objeto.

¹⁴⁶ Así también el punto de partida de WEBER, III, pág. 578: "Conforme al principio básico de suficiencia, ninguna tentativa ha sido peligrosa, como inevitablemente lo prueba la ausencia de resultado".

¹⁴⁷ Supra, 17, III, a).

que cuando el resultado no llegó a producirse, todas las condiciones que tendían a su causación fueron *equivalentemente inidóneas* para alcanzarlo. Así queda demostrado que no existe posibilidad alguna de que una tentativa sea considerada idónea. La distinción entre idoneidad a inidoneidad de la tentativa revela, una vez más, ser infundada.¹⁴⁸

En principio, la solución ofrecida por la teoría subjetiva extrema es correcta, pero lleva demasiado lejos sus consecuencias. Con razón advierte DOHNA que, de acuerdo a este criterio, habría que condenar a quien da una patada en el suelo, creyendo que de ese modo hará saltar a su antípoda.¹⁴⁹ Es indispensable una limitación. Por otra parte, la fundamentación que se propone es incorrecta. El presupuesto subjetivo, tal como se presenta, conduce a la imposibilidad de acudir a criterios restrictivos y arrastra tan lejos que, por ese camino, no es difícil llegar a la punibilidad de ideas o creencias.

Del otro lado, la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo mismo que aquí ha sido rechazada en su sentido más general, no puede suministrarnos, tampoco en este caso, un criterio de solución.

b) Las teorías objetivas

Frente a la teoría subjetiva, el objetivismo proclama la impunidad de la tentativa inidónea y, consiguientemente, se esfuerza por trazar un deslinde entre ella y la idónea. Es idónea aquella tentativa que ha sido ejecutada con medios capaces de causar el resultado típico y que ataca un objeto existente; si el objeto no existe o los medios de ejecución no son hábiles para realizar la lesión, la tentativa es inidónea.

aa) La teoría objetiva clásica

La expresión más depurada de este punto de vista lo representa la concepción de CARRARA,¹⁵⁰ quien distingue entre *inidoneidad absoluta* y *relativa*. La inidoneidad es absoluta cuando los medios son por su naturaleza incapaces de alcanzar el resultado, o cuando el objeto de ataque no existe del todo: como si se pretende dar muerte a otro haciéndolo ingerir agua azucarada (medio absolutamente inidóneo) o practicar un aborto sobre una mujer no embarazada (objeto absolutamente inexistente). Por la inversa, la inidoneidad es relativa si los medios que generalmente serían hábiles para causar el resultado, no lo son *atendida la situación concreta*, o si el objeto existe, pero, *en el momento de ejecutarse la acción, se ha colocado accidentalmente fuera del alcance del ataque*. Esto ocurriría si se hubiese intentado envenenar a Mitridates con una dosis que sería letal para un hombre corriente (medio relativamente inidóneo) o se disparara sobre el lecho en que la víctima no se encuentra en ese instante porque lo abandonó por un lapso breve (objeto relativamente inexistente).

¹⁴⁸ Destacan mucho esta relación entre la teoría de la equivalencia y la solución subjetiva, MAURACH, II, 41, III, B. 3, c), págs. 193 y sigs., en sentido crítico, y SAUER, op. cit., 17, I, págs. 160 y sigs.

¹⁴⁹ DOHNA, págs. 90 y 91.

¹⁵⁰ CARRARA, I, 359 y sigs., págs. 249 y sigs., y Grado en la fuerza física del delito, cit., 70 y sigs., págs. 271 y sigs.; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4a edición, 1808, cit. por MEZGER, II, 53, III, 1, pág. 253; Tratado cit., 42, nota 3, pág. 76; MERKEL, op. cit., I, 46, págs. 187 y sigs.; ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, 5a edición, Paris, 1886, I, 1027, págs. 468 y sigs.

tente). En atención a estos presupuestos, y consecuente con su criterio objetivista para efectuar el deslinde entre tentativa y delito frustrado,¹⁵¹ CARRARA estima que la tentativa es punible cuando se han empleado medios relativamente idóneos o se actuó contra un objeto relativamente inexistente, en tanto que el delito frustrado exige, para su perfección, la existencia absoluta del objeto y la absoluta idoneidad de los medios.¹⁵²

En la práctica, el criterio de CARRARA es inaprovechable. La rica variedad de combinaciones que puede presentar la realidad vuelve *relativa* toda inidoneidad. Un vaso de agua azucarada puede ser letal para un diabético. El golpe con un periódico doblado causará la muerte a quien recién fue operado del cerebro. En el fondo, todo depende de la situación real y del *conocimiento* que el autor tenía de ella. Pero si se pretende introducir este correctivo, se pierde la objetividad que a los clásicos importaba tanto mantener.

A partir de este momento, la evolución de las teorías objetivas ha seguido un curso sinuoso que, en la mayor parte de los casos, hace concesiones importantes al subjetivismo. De entre las concepciones más recientes hay que destacar, por su importancia, las siguientes:

bb) La teoría de la ausencia (defecto) de tipo

La teoría del defecto de tipo (*Mangeln am Tatbestande*) es una consecuencia de la concepción de BELING sobre el tipo subordinado de tentativa¹⁵³ y ha sido desarrollada especialmente por DOHNA.¹⁵⁴ Con arreglo a ese punto de vista el tipo subordinado sólo capta conductas que no llegan a realizar la descripción contenida en la figura autónoma, porque les falta "la fracción última y típica de la acción".¹⁵⁵ En cambio, aquellos hechos en que el defecto se refiere a otros elementos del tipo autónomo, cuya concurrencia no depende de la conducta desplegada por el autor, son completamente atípicos y, en consecuencia, no punibles. Se exceptúa, únicamente, lo que DOHNA denomina el error *nomológico*, esto es, aquellos casos en que se dio equivocadamente por presente un elemento normativo de carácter jurídico (por ejemplo, la ajenidad de la cosa). A su vez, establece una contraexcepción para el que yerra sobre su calidad de *funcionario*, hipótesis de "error nomológico" que, sin embargo, provocaría la atipicidad de la conducta. En contraste con las hipótesis de ausencia de tipo, las tentativas auténticas son todas punibles, prescindiendo de su idoneidad.

Desde el punto de vista dogmático, la teoría del defecto de tipo se funda en que el tipo subordinado de la tentativa exige un "principio de ejecución". Ahora bien, "ejecutada puede ser únicamente la acción".¹⁵⁶ Los restantes elementos del tipo autónomo no pueden empujarse a ejecutar ni interrumpirse; en consecuencia, el de la tentativa no se refiere a ellos. Por eso, si en el caso concreto no concurren, la conducta es atípica, pues ni éste ni aquél la captan.

En el aspecto doctrinario, la teoría descansa en el criterio de que "la tentativa es sólo un caso especial de error".¹⁵⁷ El autor, en efecto, se ha propuesto la ejecución de una conducta que, a su juicio, reúne todas las características necesarias para configurar el hecho descrito por el tipo. Pero está equivocado, sea porque alguno de esos elementos no concurre, sea porque la acción realizada no es capaz de ocasionar su aparición. Sólo en los últimos casos, esto es, cuando el error consiste en que el curso causal representado diverge del real, existe

una tentativa. Los otros constituyen hipótesis de simple atipicidad, que es preciso diferenciar de aquella. "Si ya implica un error considerar a la ausencia de tipo como tentativa, es un doble error querer ver en ella una tentativa inidónea". "En todos esos casos, no falta la idoneidad, sino la adecuación típica. Y, precisamente por eso, falta la tentativa".¹⁵⁸

La teoría del defecto o ausencia de tipo incurre, a mi juicio, en el error de tratar a los elementos del tipo como si fuesen independientes los unos de los otros. Esto no es así. Conforme a la afortunada imagen de MAURACH, el tipo constituye un "anillo de injusto"¹⁵⁹ que no admite parcelaciones. Puede, por razones científicas, ser analizado y descompuesto conceptualmente, pero en la realidad y para los efectos de la valoración jurídica se da como un todo, en el que cada parte depende de las demás y las condiciona. Por ejemplo, en el art. 361, N° 3°, del C.P., la acción típica no consiste en un simple y autónomo "yacer" sino en "yacer con mujer menor de doce años". Esa acción puede ser conceptualmente analizada y examinada en sus distintos componentes, pero en la realidad se presenta como un todo y así es enjuiciada por el derecho. De manera que la acción típica de la violación impropia falta tanto cuando no se completa el yacer como cuando la mujer es mayor de doce años y el autor cree erradamente que aún no alcanzó esa edad. Desde este punto de vista ha de observarse, por lo demás, que el art. 7°, inc. final, del C.P. exige, al configurar la tentativa, que falten uno o más hechos para el complemento del crimen o simple delito. Es notorio que el legislador ha evitado referirse a una pura interrupción de la acción considerada en su estructura básica y que, por la inversa, ha querido aludir a ella en tanto que condicionada por el conjunto de modalidades exigidas en el tipo.¹⁶⁰ Por consiguiente, la teoría de la ausencia de tipo carece de apoyo en la ley y debe desecharse.^{161 162}

cc) La teoría de la impresión o del peligro concreto

Las bases de la teoría de la impresión (teoría del peligro concreto) fueron echadas por LISZT,¹⁶³ para el cual "la tentativa no peligrosa ('absolutamente inidónea') no es tentativa y, por consiguiente, no es punible".¹⁶⁴

Aunque aparentemente este punto de vista se asemeja al criterio objetivo de la concepción clásica, se encuentra, en realidad, tan alejado de ella como de la teoría subjetiva.

La primera diferencia radica en que, mientras la teoría clásica trata de establecer la idoneidad de actos aislados, sustrayéndolos al contexto fáctico del que forman parte, la del peligro concreto emite su diagnóstico sobre ese contexto estimado como un todo. "El acto no debe ser considerado según una generalización arbitraria, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias especiales que le acompañan".¹⁶⁵ La segunda, en que el juicio se emite sobre una base *concreta*, esto es, atendiendo a aquellas de las circunstancias que el autor conocía o podía conocer en el momento de obrar. Por consiguiente, no se toman en consideración los factores concurrentes que en el caso específico determinaron la no producción del resultado, sino sólo los "cognoscibles", es decir, aquellos de cuya presencia se habría percatado un hombre corriente y que, de acuerdo con los resultados ordinarios de la experiencia, obstaban a la verificación de las consecuencias típicas. LISZT habla,

¹⁵⁸ DOHNA, pág. 90.

¹⁵⁹ MAURACH, II, 41, III, B, 2, pág. 192; MAURACH-ZIPFF, II, 40, IV, 130, págs. 51 y 52.

¹⁶⁰ Supra, 17, antes de I.

¹⁶¹ NOVOA, *El proceso de generación del delito, tentativa y delito imposible*, cit., 14 y 16, págs. 35 y sigs., emplea sin embargo este criterio para aislar los casos de inidoneidad "absoluta".

¹⁶² LISZT, III, 47, II, págs. 16 y sigs.; MAURACH-ZIPFF, II, 40, IV, 128 y sigs., págs. 51 y 52.

¹⁶³ LISZT, III, 47, II, pág. 76.

¹⁶⁴ LISZT, III, 47, II, pág. 17.

¹⁶⁵ Ídem. En el mismo sentido, WEBER, III, págs. 578 y 579.

¹⁵¹ Supra, 35, III, A, a), aa).

¹⁵² CARRARA, I, 407, págs. 274 y sigs., y *Grado en la fuerza física del delito*, 72, pág. 272.

¹⁵³ Supra 35, I, b).

¹⁵⁴ DOHNA, págs. 89 y sigs.

¹⁵⁵ BELING, 29, II, c), pág. 101.

¹⁵⁶ DOHNA, pág. 80.

¹⁵⁷ Cfr. MEZGER, II, 53, 111, 2, pág. 255.

por esto, de una "apreciación *ex ante*", para realizar la cual el juzgador ha de remontarse al "momento del acto de ejecución", oponiéndola a la "apreciación *ex post*", mediante la que se pretende determinar la idoneidad tomando también en consideración las circunstancias conocidas sólo después de que el hecho se ha frustrado y en razón de ello.¹⁶⁶ Aquella permite distinguir las situaciones concretamente peligrosas de las que no lo son; ésta conduce, inevitable y lógicamente, al resultado defendido por la teoría subjetiva.

Con esto, la concepción de LISZT tiene el mérito de independizar el problema de la idoneidad del de la causalidad material. En efecto, la determinación del peligro ya no depende de la capacidad causal real de los actos para ocasionar el resultado —en cuyo caso, como lo afirmaba BURI sería imposible realizarla—, sino de la representación que el autor podía, razonablemente, tener sobre ella en el momento de actuar. En esta forma, por supuesto, la concepción se subjetiviza hasta cierto punto. LISZT no lo dice expresamente, pero al referirse a los efectos derivados de su criterio, acepta que éste "conduce, en los casos más importantes de la práctica, a los mismos resultados que la teoría subjetiva" de la jurisprudencia,¹⁶⁷ y esto se debe, justamente, a que concibe de manera correcta el peligro como la mera "impresión" de que en el caso concreto "es posible causar".

Dicha tendencia subjetiva se acentúa en las formulaciones posteriores de la teoría. Así, para HIPPEL, "la tentativa es punible si, según el juicio *recto* basado en las condiciones que existían al momento del hecho, la realización del delito era posible; no punible si ésta era excluida".¹⁶⁸ "Cuando el espectador de recto juicio dice al autor: ¡Detente!, hay tentativa; no cuando le dice: Estúpido".¹⁶⁹

Con arreglo al criterio expuesto, que estimo fundamentalmente correcto,¹⁷⁰ *debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado.*¹⁷¹

El punto de partida, entonces, coincide con el de la teoría subjetiva. En principio, toda ejecución incompleta y dolosa del hecho típico es tentativa punible,¹⁷² porque constituye una infracción al sistema elemental de valores de conducta. La limitación primordial concierne al ámbito de la tipicidad y consiste en que la voluntad de consumir se haya actualizado realizando una parte de la descripción contenida en el tipo, esto es, que se haya principiado la ejecución.¹⁷³ Además, la acción

¹⁶⁶ Una consideración crítica más detallada en CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 84, págs. 166 y sigs.

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ HIPPEL, *Manuale di Diritto Penale*, traducción italiana de Roberto Vezzi, Napoli, sin fecha, 46, pág. 223; WEBER, III, pág. 578.

¹⁶⁹ HIPPEL, op. cit., 46, nota 2, pág. 223.

¹⁷⁰ Sobre algunas diferencias con los presupuestos de la teoría de la impresión, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 88, pág. 176.

¹⁷¹ En el mismo sentido, MEZGER, *Libro de estudio*, I, 79, 3, pág. 289.

¹⁷² MEZGER, *Libro de estudio*, I, 79, 3, pág. 280.

¹⁷³ Supra, 35, II, A, e). En este punto se advierte la importancia de mantener claramente separados los problemas relativos al "principio de ejecución" de los que se refieren a la idoneidad de la tentativa. Sobre ello, con algún detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 88, pág. 175.

interrumpida debe ser capaz de crear en el observador razonable, en el ciudadano común, la "impresión" de que su ejecución dañó o puso en peligro el sistema de valores fundamentales. En esto se aparta la concepción defendida aquí de la formulación original presentada por LISZT, pues en esta última, en efecto, radica la antijuridicidad de la tentativa en su aptitud para poner en peligro (concreto) al bien jurídicamente protegido, al paso que, de conformidad con el punto de vista expuesto, también es antijurídica la tentativa que no logra dicho objetivo, si, en cambio, crea un riesgo efectivo para el sistema de valores considerado como un todo. Los resultados prácticos, sin embargo, coinciden casi por completo.¹⁷⁴

¹⁷⁴ En el sentido del texto, véase MAURACH-ZIPFF, II, 40, I, 40 y sigs., págs. 28 y sigs.; JESCHECK, 50, I, 4 y sigs., págs. 480 y sigs. Otra opinión en JAKOBS, 25, IV, págs. 872 y 873, quien afirma un criterio más subjetivo.