

THOMSON REUTERS
LA LEY

**EL DERECHO PENAL COMO
TEORÍA Y COMO PRÁCTICA**

**LIBRO EN HOMENAJE A
ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY**



THOMSON REUTERS

¿QUÉ ENTENDEMOS POR TENTATIVA INIDÓNEA IMPUNE?
UNA REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENAS

MIGUEL ANTONIO SCHURMANN OPAZO*

Si bien las áreas de investigación que ha desarrollado el profesor Etcheberry son sumamente amplias, he elegido la tentativa inidónea como objeto de este artículo en homenaje dado que ella presenta una curiosa vinculación teórica entre presupuestos generales de la construcción de teorías dogmáticas con una criticable aplicación práctica de las soluciones propuestas por parte de nuestros tribunales de justicia. Así, este artículo pretende exponer, tal como lo hace el profesor Etcheberry en sus contribuciones, una perspectiva de análisis teórico con rendimiento práctico y crítico para analizar las resoluciones de nuestros tribunales de justicia.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sanción de la tentativa de delito se explica sistemáticamente por la vinculación de un tipo de la parte especial, el cual describe a la conducta sancionada como delito consumado, con el artículo 7° del Código Penal, el cual amplía la punibilidad de las conductas a los estadios previos a su consumación formal¹, es decir, para casos en los que el destinatario de la

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, mschurmann@chaves.cl.

¹ La distinción entre consumación formal, correspondiente a la descripción del supuesto de hecho previsto en la norma punitiva, y consumación material, referido a la lesión o afectación de un estado de cosas o bien jurídico, se encuentra en JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1997, p. 293.

norma no realiza íntegramente el supuesto de hecho previsto en el, los que en nuestro derecho se denominan tentativa y delito frustrado. Estudiar la tentativa supone, sustantivamente, analizar la legitimidad del adelantamiento de la punibilidad en el sistema de imputación². Sin embargo, el cuestionamiento de la legitimidad de dicho adelantamiento no se refiere solo a la tentativa sino que es compartido por la categoría de los delitos de peligro, los cuales se caracterizan también por la ausencia de un menoscabo en la integridad del bien jurídico.

Este problema de legitimidad se presenta principalmente para una postura liberal que legitima el Derecho Penal en tanto protector de derechos o intereses que pueden ser objeto de lesión³. Si el Derecho Penal responde ante lesiones de bienes jurídicos, ¿por qué habrían de sancionarse conductas que por definición no lesionan dichos bienes?⁴ El fundamento penal de la tentativa es aquél que intenta dar una respuesta a esta pregunta general y los autores que han tratado el tema han propuesto diversas teorías para ello. Sin embargo, dentro de este cuestionamiento general a la punibilidad de la tentativa, existe una acción intentada cuya punibilidad tiene una fundamentación particularmente compleja: la tentativa inidónea.

El fundamento penal de la tentativa ha sido tratado desde modelos objetivos, subjetivos, y teorías alternativas a ambos modelos⁵, los que a su vez responden a los modelos protectores del Derecho Penal. Las teorías dominantes en el ámbito de influencia teórico relevante para nuestro

² En este sentido JAKOBS, Günther. *Ibid.* (nota 1). En el mismo sentido, en el ámbito nacional, ver KÜNSEMÜLLER, Carlos. "El castigo de las formas preparatorias del delito". *Revista Derecho y Humanidades*, N° 16 vol. 1, 2010, p. 86.

³ Por todos, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Capítulo 2. "El concepto material del delito. La pena como protección subsidiaria de bienes jurídicos y su delimitación de sanciones similares a las penales". Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997. Allí se desarrolla también la relevancia que presenta la teoría del bien jurídico, para las soluciones dogmáticas específicas que plantea Roxin.

⁴ En términos análogos plantea la cuestión GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Editorial Civitas. 1988, pp. 254 y ss.

⁵ Esta nomenclatura es la más habitualmente utilizada, por todos GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Ibid.* (nota 4).

país —especi
generales, en
protección c
protector de
to penal pro
(bienes jurí
modificar d
modelo —pro
Penal prote
vigencia fá
se producir
acciones co
a restablece

El fundam
ser consisten
los fines y fi
Penal es la
de la tentati
no será legít
parte, la vig
actos extern
fundamente

⁶ Una revisi
comparado se
Derecho compo

⁷ Un intere
abarcando a la
de un derecho
*Instituto de Ci
de Pompeu Fa*

⁸ Así en A
Regulación del

⁹ La const
infrazona y d
Tratado. Ibid.

país —especialmente España y Alemania⁶— pueden dividirse, en términos generales, en dos grandes posturas sobre la función del Derecho Penal y la protección que éste puede otorgar a la sociedad. Así, el primero —modelo protector de bienes jurídicos— entiende que la norma de comportamiento penal protege los estados u objetos pertenecientes al mundo exterior (bienes jurídicos)⁷, a través de la regulación de acciones susceptibles de modificar dichos estados u objetos, esto es, lesionándolos; el segundo modelo —protector de la vigencia de las normas— entiende que el Derecho Penal protege a las normas de conducta respecto al debilitamiento de su vigencia fáctica. El debilitamiento de la vigencia fáctica de las normas se produciría por las repercusiones comunicativo-simbólicas de ciertas acciones contrarias a las mismas, luego la imposición de una pena tiende a restablecer dicha vigencia.

El fundamento de la punibilidad de la tentativa necesariamente deberá ser consistente con la propuesta general que los autores formulan respecto a los fines y función del Derecho Penal⁸. De esta forma, si el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, solo será legítima la punición de la tentativa en tanto puesta en peligro de dichos bienes. Más allá de ello no será legítima o justificable la intervención del Derecho Penal. Por otra parte, la vigencia del principio del hecho y el requisito de sancionar solo actos externos⁹ constituye un límite infranqueable para cualquier teoría que fundamente la punibilidad anticipada de conductas.

⁶ Una revisión amplia pero no actualizada de la regulación de la tentativa en el derecho comparado se encuentra en MALO CAMACHO, Gustavo. *Tentativa de delito (Con referencia al derecho comparado)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 1971, pp. 125 y ss.

⁷ Un interesante artículo sobre la evolución del paradigma de protección en materia penal, abarcando a la teoría del Bien Jurídico, se puede encontrar en GÜNTHER, Klaus. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?". *Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt* (e.d.), área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra. 2000, pp. 489 a 505.

⁸ Así en ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000, pp. 321 y ss.

⁹ La constitución de lo externo como una categoría normativa fundada en el estatus de ciudadano y desprendida de naturalismo se encuentra correctamente fundamentada en JAKOBS, Günther, *ibid.* (nota 1), pp. 295 y ss.

En el mismo sentido, y dando un paso más, la respuesta que se dé en cuanto al modelo de protección del Derecho Penal y, con ello, al fundamento penal de la tentativa, redunda necesariamente en una postura en cuanto al ámbito de punibilidad de la tentativa inidónea¹⁰. Determinar los precisos contornos de dicho ámbito y la aplicación que de ello ha hecho la jurisprudencia es uno de los objetivos principales de este trabajo. Dicha tarea se realizará a través de dos tipos de casos paradigmáticos, los cuales proveen cuestionamientos recurrentes en doctrina y jurisprudencia: (i) ¿constituye una tentativa idónea punible de hurto o robo el intento de sustracción a una víctima que no porta cosa alguna o que tiene su bolsillo vacío?; (ii) ¿constituyen tentativas idóneas los casos en que la víctima tomó conocimiento de los planes del delincuente, sin que éste lo supiera, y adoptó las precauciones para que la consumación sea, a partir de ello, imposible?

2. LAS PRINCIPALES PROPUESTAS TEÓRICAS PARA FUNDAR LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

Tal como fue adelantado, el fundamento penal de la tentativa ha sido tratado desde diferentes puntos de vista por la doctrina. Así, se conocen teorías objetivas, subjetivas, y teorías alternativas a ambas, los que a su vez responden a los modelos protectores del Derecho Penal. En este sentido, las teorías subjetivas se vinculan, generalmente, al modelo protector de la vigencia de la norma, y las teorías objetivas responden, a su vez, al modelo protector de bienes jurídicos. En este apartado realizaremos una exposición sumamente resumida –y en cuanto sea de utilidad– para explicar tanto la adscripción de los autores nacionales a dichas corrientes como las consecuencias dogmáticas que se siguen de ellas para la resolución de casos prácticos¹¹, así como de algunas propuestas de utilidad para resolver las tipologías de casos previamente identificadas.

¹⁰ Particularmente claro al respecto ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. *Ibid.* (nota 8), pp. 333 y ss.

¹¹ Una caracterización completa y pormenorizada de las teorías que en este apartado son sucintamente descritas se encuentra en ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. *Ibid.* (nota 8) Primera Parte, pp. 17 y ss. Entre nosotros ver MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La Tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4, 2004, pp. 140 y ss.

Las teorías
sidad, justific
peligrosidad
el bien jurídic
la peligrosida
Feuerbach, p
como criterio
segunda –o la
posteriorment
imputación d
objetiva se re
dicamente re
Si se satisfac
la primera, s
desde una pe
de la comis
pronóstico d
un observac
mientos esp
acción inter
forma algun
tentativa qu
(es decir, q
autor en los
ción que, a
conceptual
consumaci
impunidad
del autor p
y, por end
reconocim
derecho vi
fases ante
tentativa i

¹² En est

¹³ Así en

Las teorías objetivas, también conocidas como teorías de la peligrosidad, justifican el adelantamiento de la punibilidad de la tentativa en la peligrosidad que la acción tentada, aún no consumada, representa para el bien jurídico. Se han planteado una primera y una segunda teoría de la peligrosidad¹². La primera teoría de la peligrosidad, propuesta por Feuerbach, postula la realización de un juicio de peligrosidad *ex post* como criterio de demarcación de la tentativa punible. Por su parte, la segunda —o la moderna— teoría, postulada por Von Hippel y desarrollada posteriormente por Roxin, se basa en una aplicación de los criterios de imputación objetiva en el ámbito de la tentativa. El juicio de imputación objetiva se realiza básicamente en dos niveles: creación de un riesgo jurídicamente relevante y la realización de ese riesgo creado en el resultado. Si se satisfacen ambas condiciones, hay consumación, si solo se satisface la primera, será una tentativa. La peligrosidad de la conducta se evalúa desde una perspectiva *ex ante*, o sea, desde la perspectiva del autor antes de la comisión del hecho. Esto es lo que se conoce como pronóstico o pronóstico objetivo posterior. Que sea posterior, significa que el juez o un observador externo se sitúa en la posición del autor, con sus conocimientos especiales y antes de la realización del hecho, enjuiciando si la acción intentada crea o aumenta un riesgo ya creado o no lo produce de forma alguna¹³. De acuerdo a esta teoría, es idónea, y punible, aquella tentativa que contiene un peligro de lesión al bien jurídico protegido (es decir, que el resultado es seriamente posible), desde la posición del autor en los términos ya señalados. Por su parte, es impune aquella acción que, aunque sea realizada con la intención de perpetrar un delito, conceptualmente bajo ninguna circunstancia hubiere podido conducir a la consumación, ya sea por la inidoneidad de los medios o del objeto. Esta impunidad vendría dada por la irrelevancia de la representación errada del autor para los efectos de poner en peligro el bien jurídico protegido y, por ende, plantear su punibilidad. Las consecuencias necesarias del reconocimiento de la corrección de esta teoría para la descripción del derecho vigente son: (i) atenuación obligatoria de la penalidad para las fases anteriores a la consumación del delito; y (ii) la impunidad de la tentativa inidónea, o no peligrosa *ex ante*.

¹² En estos términos tratado en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Ibid.* (nota 11).

¹³ Así en ROXIN, Claus. *Ibid.* (nota 3), pp. 360 y ss.

La postura opuesta se encuentra clasificada tradicionalmente bajo la etiqueta de teorías subjetivas del fundamento penal de la tentativa. Las teorías subjetivas tienen su inicio en la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes y su desarrollo en el finalismo, en donde su principal defensor fue Welzel y posteriormente en sus discípulos, entre los cuales se encuentra Kaufmann el cual sentó las bases para que Zielinski y Sancinetti —este último en Latinoamérica—, formaran la escuela del ultrafinalismo o finalismo radical. El ultrafinalismo se caracteriza por radicalizar los postulados originarios del finalismo adoptando una postura plenamente subjetiva para la determinación del ámbito de lo punible. Esta teoría parte de una crítica a la teoría objetiva, consistente en la constatación que, según la teoría de la equivalencia de las condiciones aplicada a la dogmática de la tentativa, todas las tentativas son inidóneas desde una perspectiva *ex post*, ya que al no conseguir la consumación no es relevante cuál sea la causa de ésta¹⁴, siendo imposible distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas. Si no es posible identificar acciones peligrosas, el fundamento de la punibilidad de la tentativa debe radicar en la realización de una voluntad criminal u hostil al derecho¹⁵.

Para Sancinetti¹⁶ es necesario primeramente aceptar como premisa la disolución de la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado, ya que toda acción desvalorada produce un resultado de erosión de la vigencia de la norma. Por esto, es indiferente el resultado material de la acción para un desvalor jurídico penal, lo que trae como consecuencia una equiparación de merecimiento de pena entre la tentativa acabada y la consumación. Para este autor, el punto de partida debe ser la representación del autor. En este sentido, disparar un arma descargada o disparar a un muerto no pueden conducir a la impunidad por ser tentativas absolutamente inidóneas, según la teoría objetiva, sino que al asumir el autor “un proyecto

¹⁴ Esta crítica no es necesariamente certera, ya que la teoría de la equivalencia de las condiciones es generalmente valorada sólo como el primer paso para imputar objetivamente un comportamiento, por lo que no sería suficiente este criterio para imputar un resultado a una conducta. Todo ello, por cierto, desde la moderna teoría de la imputación objetiva.

¹⁵ Así caracterizada en MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Ibid.* (nota 11), p. 142.

¹⁶ SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Ad-hoc, 1997, Buenos Aires, Argentina, pp. 11 y ss.

de acción com
haya habido u
él ha aceptado
idóneo en gen
elementos ext
son imputable
bido, sigue sie
proyecto de a
objetiva, norm
solo por casu
decir, se valo
de la tentativa

Las teorías
de las consec
cual el error
al error de ti
que el sujeto
La tentativa
puede realiza
principio de
de prohibicio
putativo es i
para determi
Es decir, con
el ámbito de
representaci
debe ser pur
para valorar
ternos al pro
en una tenta

Para esta
los que yerr

SANCINETTI

SANCINETTI

de acción completamente racional como para alcanzar el resultado, el que haya habido un riesgo exterior, o no, es irrelevante. Lo relevante es que él ha aceptado crear un riesgo reprobado¹⁷, lo que debe ser punible. Si es idóneo en general el medio u objeto, como en los ejemplos anteriores, los elementos externos a la voluntad del autor que impidan la consumación no son imputables a favor de él, y por tanto, su proyecto, tal cual está concebido, sigue siendo idóneo. Solo es inidónea (impune) la tentativa cuando el proyecto de acción esté concebido de tal modo que, según una valoración objetiva, normativa, no puede llegar a la consumación, o pueda hacerlo solo por casualidad, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Es decir, se valora la irracionalidad del proyecto para otorgar la impunidad de la tentativa.

Las teorías subjetivas generalmente parten de la premisa de la corrección de las consecuencias de la aplicación del principio de inversión, según el cual el error de prohibición al revés (delito putativo) es la contraposición al error de tipo al revés (tentativa inidónea). El delito putativo supone que el sujeto realiza una acción permitida creyendo que está prohibida. La tentativa inidónea supone que el sujeto realiza una acción que no puede realizar el tipo, creyendo que lo puede realizar. La aplicación del principio de inversión en esta valoración implica que, dado que el error de prohibición no conduce a la impunidad, salvo el invencible, y el delito putativo es impune, dicha valoración debe ser análoga a la que se realice para determinar la punibilidad de la tentativa en oposición al error de tipo. Es decir, como la representación del autor es generalmente irrelevante en el ámbito de la prohibición y no así en el ámbito del dolo típico, en que la representación errónea del autor conduce a la impunidad (error de tipo), debe ser punible y, por ende, relevante la representación errónea del autor para valorar la punibilidad de su intento también si es que por hechos externos al proyecto del autor no se alcanza la consumación, como lo sería en una tentativa inidónea.

Para esta teoría no es relevante cuántos son los elementos del tipo sobre los que yerra el autor, sino que si estos errores afectan la racionalidad¹⁸ de

¹⁷ SANCINETTI, Marcelo. *Ibid.* (nota 16), p. 76.

¹⁸ SANCINETTI, Marcelo. *Ibid.* (nota 16), pp. 194 y ss.

la representación del mismo. Las consecuencias para el derecho vigente de esta teoría son una atenuación facultativa de la pena de la tentativa, según la racionalidad del proyecto, y la punibilidad de la tentativa no peligrosa para el tipo, siempre que sea racional el proyecto. Es decir, una punibilidad en parte de lo que la teoría objetiva denomina una tentativa inidónea. Lo anterior implica, básicamente, la impunidad de la tentativa supersticiosa y burdamente insensata.

En busca de soluciones alternativas a la dicotomía subjetivo/objetivo que permitan dar cuenta con verosimilitud y corrección del derecho vigente, han surgido tanto teorías novedosas como soluciones de compromiso que intentan integrar tanto nociones de peligro como la representación del autor al momento de fundar la punibilidad de la tentativa. Una de las más connotadas en Alemania es la teoría de la impresión¹⁹. Esta teoría basa el fundamento penal de la tentativa en la impresión o conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor. Aun cuando no se produce el resultado, la conducta del autor fundamenta una perturbación de la paz social que exige una sanción, que "aunque el fundamento de la punibilidad de la tentativa seguiría siendo la voluntad contraria a una norma (de ahí que se castigue también la tentativa inidónea), la exteriorización de esa voluntad debe ser apta para perturbar la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, menoscabando también con ello la paz jurídica"²⁰. Esta teoría intenta buscar el punto medio entre lo objetivo y lo subjetivo, a través de la supuesta conmoción que produce el hecho en los ciudadanos, ya que no solamente toma en consideración la voluntad criminal puesta en acción, sino también la impresión que causa en la colectividad, pero sin exigir una puesta en peligro, el cual solo se presenta en la tentativa idónea. Esta teoría constituye un intento de explicar fehacientemente la legislación alemana que acepta la punibilidad de la tentativa inidónea, pero que permite descartar con base a sus propios criterios la tentativa supersticiosa y por grave incompre-

¹⁹ Ver ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa". *Dogmática penal y política criminal*. Ideosa, Lima, 1998, pp. 275 y ss.

²⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 119. En este mismo sentido ROXIN, Claus, *ibid.* (nota 19), p. 265.

sión, las c
criticada
tan cambi
a esta obj
supone q
la condu
observad
de la acci
teoría son
punibilidad
en la con

Otra p
ficadora c
entre la r
este autor
alemán, e
criterio r
busca de
objetiva
tentativa
tentativa
de sancio
peligro d
una infra
en una a
de la ten
peligro c
es punib
mismos t
para el D
comprom
punibili
para el ti

sión, las cuales son impunes en la referida legislación. Esta teoría ha sido criticada comúnmente por ser demasiado naturalista y basarse en hechos tan cambiantes como la opinión pública sobre estos sucesos. La respuesta a esta objeción ha sido que lo que se evalúa no es la conmoción real que supone que el hecho sea ampliamente público, sino que lo apropiado de la conducta para ocasionar una impresión de conmoción jurídica en un observador promedio imaginario, es decir, es un juicio de valor *ex post* de la acción. Finalmente, las consecuencias en el derecho vigente de esta teoría son una atenuación facultativa de la penalidad de la tentativa y la punibilidad de la tentativa inidónea, salvo casos de extrema irracionalidad en la conducta del delincuente.

Otra propuesta de compromiso se encuentra en la teoría unificada o unificadora de Roxin²¹. Esta teoría pretende ser una solución de compromiso entre la necesidad de objetivación del Derecho Penal, a la cual adhiere este autor, y la necesaria verosimilitud de la teoría para el derecho vigente alemán, el cual se refiere expresamente a la representación del autor como criterio relevante para determinar el ámbito de la tentativa punible. En busca de esta verosimilitud, Roxin postula una teoría que une a la teoría objetiva con la teoría de la impresión para el fundamento penal de la tentativa. En consecuencia, para esta teoría, el "fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo"²². Por tanto, para este autor la punibilidad de la tentativa idónea se fundamenta en la teoría objetiva, es decir por un peligro cercano al tipo desde una perspectiva *ex ante* y, excepcionalmente, es punible la tentativa inidónea por causar una conmoción jurídica, en los mismos términos que la teoría de la impresión ya descrita. Las consecuencias para el Derecho vigente son una atenuación de la pena en la tentativa (sin comprometerse en la necesidad de que sea obligatoria o facultativa), y una punibilidad excepcional de la tentativa que no es especialmente peligrosa para el tipo, en la medida que cause una conmoción jurídica.

²¹ Ver ROXIN, Claus. *Ibid.* (nota 19), pp. 258 y ss.

²² *Ibid.* (nota 19), p. 258.

Finalmente, es necesario destacar por su capacidad explicativa la teoría de la expresión formulada por Jakobs, quien ha intentado levantar una teoría alternativa a la dominante en Alemania, la teoría de la impresión. Para este autor el injusto de una tentativa se presenta "únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que *no solo desde su punto de vista debe ser entendido como acción ejecutiva*"²³. Con este planteamiento lo buscado es lo que el autor denomina un principio de objetivación, ya que no es relevante solo la representación del autor (como en la teoría subjetiva), sino que es necesario que el resto de los individuos perciban la acción (objetivada) como la ejecución de un hecho punible, es decir, el disponerse a iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho²⁴. Lo que es considerado por este juicio como irracional carece de la relevancia comunicativa que requiere toda tentativa para ser punible y, por ende, son impunes. Con base a esta teoría se pretende explicar el derecho vigente alemán, el cual excluye la punibilidad de la tentativa supersticiosa y la irreal, las cuales, según Jakobs, carecen de relevancia comunicativa. Esta fundamentación de la punibilidad de la tentativa es acorde con los presupuestos teóricos de Jakobs²⁵, en tanto se reconoce un ámbito interno a los ciudadanos al cual el Derecho Penal no tiene acceso. En este ámbito, solo son considerados relevantes los actos desestabilizadores de la vigencia de la norma, ya que ellos erosionan las expectativas normativas que tienen los ciudadanos sobre las conductas mínimas prohibidas para poder vivir en sociedad. En consecuencia, "el fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa

²³ JAKOBS, Günter. "Representación subjetiva del autor e imputación objetiva". *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1997, p. 231.

²⁴ En los términos del propio autor "En otras palabras, en el Derecho Penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. *La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores*" (cursivas en el original). JAKOBS, Günther. *Ibid.* (nota 1), p. 302.

²⁵ La vinculación entre la teoría de la expresión y los presupuestos teóricos y metodológicos de Jakobs se encuentra en SCHURMANN OPAZO, Miguel Antonio. *Dogmática jurídica y racionalidad científica [recurso electrónico]: análisis de los presupuestos epistémicos de las teorías dogmáticas a la luz del debate sobre la sanción de la tentativa inidónea en el Derecho Penal alemán*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2007, pp. 105 y ss.

en sentido e
derecho posi
verdaderame
susceptibles
adquiridos d
Es decir, so
ocasionar el
es comunic
erosionar la

Por med
Kaufmann
normas sea
tación subje
particular d
irracional n
ción del mu
"una condu
cuando se a
insignificar

²⁶ JAKOBS,
Ediciones Jurí

²⁷ En esto
como una neg
el autor su ilic
que prohíbe la
penalmente re
procesos caus
nificado al su
una máxima o
general de ori
esta contradic
La pena, en c
significado qu
en términos p
regla de comp
Enrique. Sob
ción de la p
leña de los d

en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el derecho positivo declara externo”²⁶. En cualquier caso, la norma debe ser verdaderamente existente, en tanto, solo se limitan los medios y objetos susceptibles de erosionar la vigencia de la norma según los conocimientos adquiridos de la causalidad natural y los criterios de imputación objetiva. Es decir, solo pueden estar prohibidos los comportamientos que puedan ocasionar el resultado. Por esto, la representación del autor irracional no es comunicativamente relevante para la sociedad, por lo que no puede erosionar la vigencia de la norma.

Por medio de este planteamiento lo que busca Jakobs, en contra de Kaufmann y el finalismo radical, es que el ámbito de vigencia de las normas sea fijado por medios objetivo-normativos y no por la representación subjetiva de cada autor, negándole seriedad a una representación particular del mundo, en vez de reprimirlo, dado que dicha representación irracional no tiene la capacidad ni el sentido de oponerse a la configuración del mundo que representa la norma²⁷. En palabras del propio autor, “una conducta que tan solo aparece como una arrogación de organización cuando se añade la representación no objetivada del autor es socialmente insignificante y, si se la convierte artificiosamente en tentativa, se casti-

²⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General*. Apartado 25. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1995, p. 864.

²⁷ En esto Jakobs parte de la teoría de la pena de Hegel, por cuanto se entiende la pena como una negación y superación de la configuración del mundo particular que representa para el autor su ilícito, en contraposición a la configuración de la sociedad expresada en la norma que prohíbe la afectación. En palabras de Peñaranda Ramos “El dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado sentido o significado al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma se el imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social. El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción con lo que ella establece y en la desautorización de la misma que conlleva. La pena, en cuanto respuesta al quebrantamiento de la norma se sitúa en el mismo contexto de significado que ésta y simboliza, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento o, dicho en términos positivos, que la norma infringida continúa siendo, pese a su quebrantamiento, la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando hacia el futuro”. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la Influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito*. Formato Electrónico de conferencia dictada en el Seminario de León de los días 8 y 9 de junio de 2000, p. 299.

gan representaciones y no hechos"²⁸. Sin perjuicio de lo anterior, Jakobs acepta que la norma debe asumir hasta cierto punto la perspectiva del autor, sobre todo en los delitos de resultado, pues en éstos el autor tiene que juzgar por sí mismo cuándo se produce la situación descrita en la norma. Es decir, la libertad de configuración que se le reconoce al agente, junto con la responsabilidad por la exteriorización de cursos lesivos, tiene como límite un juicio de racionalidad. Las consecuencias para el derecho vigente de esta teoría radica en graduar la pena de la tentativa según el grado de racionalidad de la representación del autor, por lo que la atenuación de la pena debe ser facultativa y la tentativa solo debe ser impune en caso de ser irracional.

Como una consecuencia directa del análisis propuesto para las acciones intentadas en el derecho vigente alemán, esta teoría desecha y supera la tradicional clasificación que distingue entre la tentativa idónea y la inidónea, la que reemplaza por la distinción entre la tentativa comunicativamente relevante y la tentativa irrelevante comunicativamente. Estas últimas son consideradas realmente como delitos putativos impunes, en tanto al basarse en representaciones impunes por irracionales, son consideradas como acciones intentadas irrelevantes desde un punto de vista jurídico-penal. Esta teoría desecha la clasificación tradicional entre tentativa idónea e inidónea por considerarla irrelevante, en tanto ambas son indiferenciadamente punibles, no así el delito putativo, en donde la distinción retoma toda su relevancia. El límite que señala Jakobs para distinguir entre el delito putativo impune y la tentativa punible es el mismo que existe entre error de tipo y de prohibición, en la medida en que la representación errónea de una prohibición que no se da constituye siempre delito putativo, mientras que la representación errónea de que se verifica un tipo puede ser una tentativa, pero no tiene que serlo necesariamente.

3. ALGUNAS CLASIFICACIONES CONCEPTUALES HABITUALMENTE UTILIZADAS PARA ABORDAR EL PROBLEMA

De forma complementaria a las clasificaciones esbozadas previamente y solo para los efectos de comprender adecuadamente las categorías

²⁸ JAKOBS, Günther. *Ibid.* (nota 1), p. 304.

sistemáticas u
de algunas di
tinguido entr
inútil, pero di
evaluación, b
una perspecti
observador c
alcanzar su c
un juicio de
comisión del
pertinente pa
tentativa abs
la conducta c
(ii) Es relativ
adecuada, pe
en ese caso p

Otra clasi
to punitivo
según si la i
sujeto que re
de éste no e
que trata de
objeto, si se
plo, cuando
está embar
éste cree po
destinatario
tenencia a u
jardinero de
de comport
Sin embarg

²⁹ Las clas
exponer el ent
las fuentes uti
de la doctrina
ss. y POLITOFF

sistemáticas utilizadas por la doctrina nacional, es necesario dar cuenta de algunas distinciones realizadas habitualmente por ella²⁹. Así, se ha distinguido entre tentativa idónea e inidónea, esto es, entre el intento útil e inútil, pero diferenciando la perspectiva o momento en que se realiza dicha evaluación, básicamente, distinguiendo entre una perspectiva *ex ante* y una perspectiva *ex post*. (i) La perspectiva *ex post* supone un juicio de un observador con posterioridad al hecho, el cual evalúa si la tentativa podía alcanzar su objetivo o no. Por su parte, (ii) la perspectiva *ex ante* supone un juicio de un observador desde la posición del autor al momento de la comisión del hecho. En paralelo a esta clasificación, pero especialmente pertinente para una perspectiva *ex post*, se utiliza también la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea: (i) Es absolutamente inidónea la conducta que en caso alguno podría conducir a la realización del delito; (ii) Es relativamente inidónea la acción de ejecución que en general sería adecuada, pero que en virtud de las circunstancias dadas no hubiere podido, en ese caso particular, producir el resultado.

Otra clasificación, comúnmente utilizada para sistematizar el tratamiento punitivo de la acción inidóneamente intentada consiste en clasificarla según si la inidoneidad radica en el medio utilizado, el objeto atacado o el sujeto que realiza la acción. Así, (i) hay inidoneidad del medio, si a través de éste no es posible alcanzar el resultado lesivo (como por ejemplo, el que trata de envenenar con un té de manzanilla). (ii) Hay inidoneidad del objeto, si se trata de atentar contra un objeto inexistente (como por ejemplo, cuando se trata de provocar un aborto respecto de una mujer que no está embarazada). Y, por último, (iii) hay inidoneidad del sujeto, cuando éste cree poseer deberes especiales derivados de normas de las que no es destinatario o, en términos normativos, deberes que se derivan por la pertenencia a una institución a la cual no se pertenece (como, por ejemplo, el jardinero del palacio de gobierno que cree ser destinatario de las normas de comportamiento que prohíben la malversación de caudales públicos). Sin embargo, es necesario señalar desde ya que la inidoneidad de la ac-

²⁹ Las clasificaciones expuestas no tienen afanes de originalidad, al contrario, pretenden exponer el entendimiento general del problema, por ello pueden ser encontradas en la mayoría de las fuentes utilizadas de la doctrina nacional. Sobre estas clasificaciones analizan las posiciones de la doctrina nacional, por ejemplo, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *ibid.* (nota 11), pp. 146 y ss. y POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), pp. 133 y ss.

ción en virtud del sujeto que la ejecuta ha sido entendida generalmente por la doctrina como constitutiva de un error de prohibición al revés, es decir, un delito putativo que es impune. Esta apreciación general tiene su excepción en los seguidores de las teorías finalistas³⁰, quienes entienden que la representación del autor puede ampliar la tipicidad también en el ámbito de la autoría.

4. EL ÁMBITO DEL ACUERDO DE LA DOCTRINA NACIONAL:
LA IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA ABSOLUTAMENTE INIDÓNEA
Y LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA RELATIVAMENTE INIDÓNEA

Existe cierto consenso en la doctrina nacional en cuanto a excluir al delito imposible (tentativa absolutamente inidónea) del ámbito de lo punible³¹. Aún cuando se reconoce que esta situación no está reglada expresamente en nuestra legislación, los principios generales pueden llevar a la conclusión de la no punibilidad siempre que la inidoneidad sea absoluta, conclusión que se apoyaría en nuestro Código Penal. Como principal argumento se levanta el tenor literal del último inciso del artículo 7° el cual establece que “hay 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”, hechos directos que no pueden ser predicados –sostienen los autores– de un intento inidóneo. La gran mayoría de los autores interpretan esta disposición como la adopción por parte de nuestra legislación de un criterio objetivo de la peligrosidad –con diferentes matices– como fundamento de la punibilidad de la tentativa. Esta afirmación se debe también a que en otras legislaciones, especialmente la alemana, se define a la tentativa con base en la representación del autor, criterio eminentemente subjetivo. La referencia a hechos directos y la falta de referencia a la representación del autor serían los principios fundamentales que sostienen la adopción de un modelo objetivo para la interpretación de nuestra legislación en la materia.

³⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 140, en referencia a la postura de Cury y Maurach.

³¹ Así en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 133; y en MERA, Jorge. “Comentario al artículo 7° CP”, *Código Penal Comentado*. (Couso y Hernández, directores). Abeledo Perrot, 2011, p. 154.

Así, para l
objetivos par
causal debe j
tir del mome
por su parte,
afectación de
entre verdad
esta propues
continuación

“Existe ve
cluido en l
hacer abor
dar muerte
intenta hu
no era imp
transforma

Para Nov
medios con
7° del Cód
que se carac
hechos dire
protegido. E
en forma ab
rio que sust
cálculo de p
que se inter
lar que se
ocurren.
muerte, con

* ETCHE

* ETCHE

* ETCHE

ESTUDIOS DE
DROGA Y
REPRESENTA

Así, para Etcheberry³² la idoneidad de los actos es uno de los requisitos objetivos para la punibilidad de la tentativa, y dicha idoneidad o aptitud causal debe juzgarse según la previsibilidad objetiva del resultado a partir del momento y circunstancia en que él se realiza. El delito imposible, por su parte, lo califica como impune dada la inexistencia de peligro de afectación del objeto de protección. Sin embargo, el autor exige distinguir entre verdadera imposibilidad y simple frustración. Por la relevancia de esta propuesta de delimitación para nuestro análisis la transcribimos a continuación.

“Existe verdadera imposibilidad cuando falta un elemento o circunstancia incluido en la descripción típica de la figura: se intenta dar muerte a un cadáver o hacer abortar a una mujer que no está embarazada [...] En cambio, si se intenta dar muerte a otro mediante veneno, pero no se emplea la dosis suficiente, o se intenta hurtar dinero ajeno y se introdujo la mano en un bolsillo vacío, el delito no era imposible; era posible, pero faltaron factores causales o condiciones que transformarían la posibilidad en realidad”³³.

Para Novoa Monreal³⁴ los casos de inidoneidad del objeto y de los medios constituirían hipótesis de falta de tipicidad, dado que el artículo 7° del Código Penal no extiende la punibilidad a estas otras tentativas que se caracterizan por realizar actos que no pueden ser calificados como hechos directos, ni tienen la aptitud para poner en peligro el bien jurídico protegido. En opinión de este autor, “esa idoneidad no puede ser resuelta en forma abstracta o genérica —como resultaría de la aplicación del criterio que sustenta la causalidad adecuada— esto es, apreciando dentro de un cálculo de probabilidades si el antecedente dado debe seguir el resultado que se intenta; sino que debe juzgársela en relación con el caso particular que se presenta, atendidas sus circunstancias y las condiciones que concurren. Así, un pinchazo con un alfiler puede ser inidóneo para dar la muerte, considerado de manera genérica, pero será idóneo si el individuo

³² ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, t. II, tercera edición, 1998, p. 62.

³³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 32), p. 68.

³⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo. “El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, N° 124, 1963. Especialmente en las pp. 51 y ss.

pinchado es hemofílico³⁵. Si bien Novoa recurre al juicio objetivo de un observador externo, no lo sitúa al momento de comisión del delito, sino que de forma *ex post*. A partir de dicha evaluación distingue entre la inidoneidad absoluta y relativa. Habría “inidoneidad absoluta cuando los medios empleados o el objeto sobre el cual se emplean esos medios, hacen imposible, por ley natural, obtener el hecho delictuoso intentado”. Por su parte, hay “inidoneidad relativa cuando los medios o el objeto tienen por sí mismos la aptitud para conseguir el resultado, pero éste no llega a producirse en el caso concreto por circunstancias particulares que en él hacen inoperante el intento³⁶”.

Sin perjuicio de la exposición de los criterios dogmáticos para delimitar la tentativa punible de la impune, Novoa entrega numerosos ejemplos³⁷ con los que intenta probar —desde una perspectiva *ex post*— la imprecisión del distingo entre inidoneidad absoluta y relativa, afirmando que todos ellos debiesen ser descartados como tentativa punible sobre la base de una teoría objetiva y que si el interés en su castigo fuese preponderante, éste debiese fundarse en una teoría como la de la impresión. Un caso especial de inidoneidad que debiese ser impune, pero que se reconoce como provocador de alarma social es el caso “del ratero que mete la mano en el bolsillo de otro, para sustraerle dinero, pero el bolsillo está vacío³⁸”. Sin embargo, dicha consistencia teórica decae al analizar el caso de quien hierra en la puntería del disparo, pues no aplica un criterio *ex post*, como en los otros ejemplos analizados, sino que indica que el análisis de aptitud debe ser realizado al momento de empuñar la pistola y dirigirla hacia la víctima, es decir, *ex ante*. De esta forma, si bien a Novoa suele situársele dentro de la postura mayoritaria en la materia, su postura tiene especificidades que no coinciden con ella, llegando a soluciones diversas en casos concretos como, por ejemplo, el de quien intenta sustraer bienes de un bolsillo vacío. Esta disparidad es fácilmente explicable por la adopción de un criterio *ex post* para determinar la peligrosidad de la tentativa, sin perjuicio de su recurso

³⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibid.* (nota 34), p. 51.

³⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibid.* (nota 34), p. 54.

³⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibid.* (nota 34), pp. 56 y 57.

³⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibid.* (nota 34), p. 60.

excepcional a
en el caso de

Una postu
punibilidad d
con una teori
entre nosotros
objeto mater
interpretación
reserva legal
dicha norma
las circunstan
post de su ev
que asume si

En el mis
tentativa abs
posible, y el
toda posibil
punible con
pueden calif
plenamente
por von Hip
un acto, sing
admitidos en
juicio *ex ante*
se tienen en
habían podi

En relació
todos los aut
El entendim

³⁹ MERA, J

⁴⁰ GARRIDO
de Chile, 1992,

⁴¹ POLITOFF

excepcional a la posición del agente al momento de realizar la acción, como en el caso del disparo errado.

Una postura similar a la de Novoa, pero derechamente contraria a la punibilidad de la tentativa inidónea, ya sea absoluta o relativa, evaluándola con una teoría de la peligrosidad desde perspectiva *ex post*, es defendida entre nosotros por Mera³⁹, para quien "la valoración de la idoneidad del objeto material y de los medios, hecha en abstracto, implica realizar una interpretación extensiva del artículo 7° inciso 3°, contraria al principio de reserva legal". Ello se debe a que la exigencia *hechos directos* prevista por dicha norma legal, implicaría una evaluación de la idoneidad considerando las circunstancias concretas del hecho. Si bien no se refiere al carácter *ex post* de su evaluación de idoneidad, los ejemplos que analiza dan cuenta que asume sin ambages dicha postura.

En el mismo sentido Garrido Montt sostiene que "[l]as hipótesis de tentativa absolutamente inidóneas constituyen el denominado *delito imposible*, y ello porque desde que se comienza la acción queda descartada toda posibilidad de consumación del hecho. Esta tentativa es atípica y no punible conforme al artículo 7°, porque los actos en que consiste nunca pueden calificarse de *hechos directos*"⁴⁰. Politoff, por su parte, adhiere plenamente a la teoría de la peligrosidad bajo un criterio *ex ante* postulada por von Hippel, afirmando que "para concluir la *inidoneidad absoluta* de un acto, singularmente considerado, son válidos los criterios generalmente admitidos en la prognosis póstuma, antes aludida, es decir, se trata de un juicio *ex ante* (colocándose el juzgador en el momento de la acción) en que se tienen en cuenta las *circunstancias concretas y todos los elementos que habian podido estar en conocimiento del agente*"⁴¹.

En relación con la tentativa relativamente inidónea, cabe señalar que todos los autores aludidos previamente, coinciden en la punibilidad de ésta. El entendimiento general de la tentativa relativamente inidónea la refiere

³⁹ MERA, Jorge. *Ibid.* (nota 31), p. 159.

⁴⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 290.

⁴¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 139 (cursivas en el original).

como aquella en que el peligro existe, pero que solo por circunstancias accidentales el resultado no sobreviene, ya sea cuando el objeto, existiendo, no se encuentra donde cree hallarlo el delincuente, o los medios, siendo aptos, no son bien empleados. De acuerdo a Politoff, serían ejemplos de una tentativa relativamente inidónea el "caso del disparo, con la intención de lesionar, dirigido al lecho de la víctima que acaba de abandonarlo para ir a la sala de baño; intento de sustraer la cartera del bolsillo derecho, en vez del izquierdo, donde ésta se hallaba; insuficiente dosis del veneno"⁴². Labatut, por su parte y utilizando el mismo punto de partida, afirma que la inidoneidad "es relativa cuando el objeto existe y es apto para la comisión del delito, pero no se encuentra en el sitio en que el delincuente cree hallarlo, como es el caso del que intenta sustraer el dinero que supone existente en una caja de caudales, pero que fue retirado con anterioridad"⁴³.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una opinión minoritaria que afirma la punibilidad de la tentativa inidónea en nuestra legislación penal. Esta opinión es representada por Cury, quien adhiere a una variante de la teoría subjetiva. Cury resume su pensamiento de la siguiente forma: "debe ser sancionada toda actualización de 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 la acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado"⁴⁴. Según este criterio, la tentativa es punible cuando existiendo la voluntad de consumar un delito, se ha manifestado esa voluntad realizando una parte cualquiera de la figura descrita por el tipo y, además, si el acto en cuestión provocó en el hombre corriente la impresión de que su ejecución puso en peligro el sistema de valores en que se basa la sociedad. Según Cury, en esto último radicaría la antijuridicidad de la tentativa y serviría de base para sostener la punibilidad en caso de inidoneidad del

⁴² Por todos, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 134, el que cita a su vez la opinión de Novoa, Etcheberry y Labatut, como concordantes con estos ejemplos.

⁴³ LABATUT GLENA, GUSTAVO. *Derecho Penal*, Tomo I. Novena edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. 2000, p. 189.

⁴⁴ CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1977, p. 175.

QUE ENTENDE
UNA REVISIÓN

sujeto (que
putativo in
de prevaria
una senten
consecuen
como yac
creyendo
sea posibl
parte de u
antijuridic
de peligro
también c
siderado c

La des
de consis
tentativa
taria coin
tesis subj
perjuicio
materia p
la falta d
determin
incluso e
clasificar
en la me
fado qu
impune.
punibilic
cuanta c
como in
de prote
la persp
sionim

sujeto (que se ha entendido generalmente por la doctrina como un delito putativo impune). Siguiendo esta doctrina, existe, por ejemplo, tentativa de prevaricación propia punible si el sujeto creyendo ser juez, pronuncia una sentencia que infringe una ley expresa y vigente, y es perfectamente consecuente también afirmar la tipicidad de la tentativa de conductas tales como yacer con el consentimiento de una mujer mayor de catorce años, creyendo que es menor de dicha edad, en la medida que en ambos casos sea posible una interpretación de los hechos similar a la del autor por parte de un observador razonable. En consecuencia, para esta postura la antijuridicidad de la tentativa no solo existe cuando se crea una situación de peligro concreto del bien jurídico que la norma pretende proteger, sino también cuando constituye un peligro real para el sistema de valores considerado como un todo.

La descripción precedente permite afirmar que más allá de la falta de consistencia interna de las diversas aproximaciones teóricas sobre la tentativa inidónea propuestas por la doctrina nacional, la postura mayoritaria coincide en adoptar un criterio objetivo y, por ende, en rechazar las tesis subjetivistas como fundamento de la punibilidad de la tentativa. Sin perjuicio de lo anterior, es posible apreciar que el aparente acuerdo en la materia por parte de la doctrina nacional depende en una gran medida de la falta de uniformidad en la utilización de los conceptos relevantes para determinar la idoneidad e inidoneidad de la tentativa, lo que se traduce incluso en el diverso uso de las categorías dogmáticas⁴⁵. Sólo tiene sentido clasificar bajo la distinción de tentativa absoluta y relativamente inidónea en la medida que el criterio utilizado sea el objetivo posterior o *ex post*, dado que él permite distinguir entre la tentativa punible y la tentativa impune. Si se opta por un criterio de peligrosidad *ex ante*, al contrario, la punibilidad de la tentativa necesariamente debiese coincidir con lo que cuenta como tentativa idónea desde dicho punto de vista, descartando como impune la tentativa inidónea por no ser peligrosa para el objeto de protección desde el momento mismo de ejecutar el hecho y desde la perspectiva de autor. Así, idoneidad y peligrosidad serían conceptos sinónimos para estos efectos.

⁴⁵ En este sentido, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *ibid.* (nota 11), p. 146.

Lo anterior no prejuzga la existencia de propuestas que lleguen a soluciones coincidentes con una postura que evalúa la idoneidad desde una perspectiva *ex ante*, a través de la aplicación —en principio— de un criterio *ex post*, pero al cual se le añaden consideraciones adicionales (como por ejemplo el cambio de circunstancias) que rectifican el resultado inicial. La confluencia de estas posturas solo a nivel de consecuencias permiten explicar la afirmación inicial referida al aparente consenso en la materia por parte de la doctrina nacional. Dado lo anterior, debe corregirse el ámbito del aparente consenso en el sentido de descartar la punibilidad de lo que la teoría de la peligrosidad bajo el criterio de un observador *ex post* califica como tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, y lo que la teoría de la peligrosidad bajo un criterio *ex ante* califica simplemente como tentativa inidónea.

Si se quisiera ahora ordenar las distintas posturas de la doctrina nacional tradicional mayoritaria, podría adscribirse a Mera como aquel que postula la aplicación de un criterio *ex post* para evaluar la peligrosidad de un intento, valiéndose de dicho criterio para descartar como impune todo intento que *ex post* se presenta como imposible⁴⁶. Por su parte, Novoa también adscribe a una teoría de la peligrosidad bajo un criterio *ex post*, sin perjuicio de considerar eventualmente pertinente la sanción de otras conductas que sin ser peligrosas en este sentido, causen una conmoción jurídica.

Por su parte Etcheberry también adscribe a una teoría de la peligrosidad, evaluándola desde una perspectiva al parecer *ex ante*, dado que requiere que la idoneidad se determine de acuerdo a un criterio de previsibilidad objetiva al momento que se determina la acción, pese a que recurre a las circunstancias del caso para distinguir entre una *verdadera* imposibilidad y una mera imposibilidad por la falta de factores causales o condiciones que transforman la posibilidad en realidad. Por ello, también utiliza la

⁴⁶ Particularmente claras en este sentido son las expresiones utilizadas por Mera para analizar ejemplos entregados por Garrido y Labatut, quienes señalan que habría inidoneidad relativa —punible— si “el dinero no hubiese sido retirado con anterioridad de la caja de los caudales (¡pero lo fue!) o si la dosis de veneno hubiera sido suficiente para causar la muerte (¡pero no lo era!). Castigar como tentativa tales supuestos y, en general, los casos de tentativa inidónea relativa que propone la doctrina, importaría precisamente sancionar la mera voluntad criminal”. MERA, Jorge. *Ibid.* (nota 31), p. 158.

distinción en
lar se pronun
aplicación d

Ahora, d
dad ni corre
posición de
aparente con
precisament

En opinio
tería sería r
“aunque esc
delito impos
ejemplo refi
inidónea —p
quien, creye
inocuo⁴⁸. O
controvertid
en el Derec

En el mis
cia⁵⁰, analiza

⁴⁷ POLITOFF

⁴⁸ C.S. 13.0

⁴⁹ POLITOFF

ponde a la dict
de Derecho y J
maniobras abo
con 24 horas d
precisión trata

⁵⁰ ETCHERRY
Reimpresión d

distinción entre tentativa inidónea relativa y absoluta. En un sentido similar se pronuncian Labatut, Garrido y Politoff, pese a sus diferencias en la aplicación de sus soluciones.

Ahora, dicha coincidencia no necesariamente redundaría en la uniformidad ni corrección de las soluciones propuestas, ni siquiera dentro de la posición de un mismo autor, como se verá más adelante. Muchas veces un aparente consenso impide el progreso crítico de una teoría. Este parece ser precisamente el caso.

5. EL TRATAMIENTO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA

En opinión de Politoff el consenso de la doctrina mayoritaria en la materia sería recogido por la jurisprudencia de nuestros tribunales, la cual, "aunque escasa, ha sido constante y resuelta para excluir la punibilidad del delito imposible, en los diversos casos de inidoneidad absoluta"⁴⁷. Así, por ejemplo refiere Politoff, la Corte Suprema ha resuelto que comete tentativa inidónea —por inidoneidad absoluta de objeto— y por lo tanto es absuelto, quien, creyendo cumplir el encargo de llevar cocaína a un reo, llevaba polvo inocuo⁴⁸. Otros ejemplos citados por el referido autor⁴⁹, que no aparecen controvertidos, consolidan el principio de la impunidad del delito imposible en el Derecho Penal chileno.

En el mismo sentido Etcheberry, en su Derecho Penal en la Jurisprudencia⁵⁰, analiza numerosos casos en donde se ratificaría el acuerdo previamente

⁴⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 137.

⁴⁸ C.S. 13.09.95, en *Gaceta Jurídica* 183.

⁴⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 138. La sentencia más interesante corresponde a la dictada por la Corte de Santiago, en el año 1963, *Contra Del Rio Miranda* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LX, sección 4ª, p. 77), en donde se absolvió a quien realizó maniobras abortivas sobre una mujer que estuvo embarazada pero el feto falleció al menos con 24 horas de anticipación o más. La prevención del Ministro González es la que con mayor precisión trata el caso como un delito imposible por falta de objeto.

⁵⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la jurisprudencia*. Tomo I. Parte General. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 470 y ss.

explicitado, de la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, radicando la crítica del autor —en términos generales— en la determinación de si en los referidos casos conocidos por los tribunales, la imposibilidad identificada era relativa o absoluta, con la consecuente punibilidad o impunidad de las conductas. Los casos discutidos por Etcheberry que nos parecen de mayor interés son justamente aquellos que pueden ser identificados a través de las preguntas formuladas en el apartado I. de este artículo, a saber:

(i) ¿constituye una tentativa idónea de hurto o robo si la víctima no porta cosa alguna o su bolsillo está vacío?⁵¹;

(ii) ¿constituye una tentativa idónea los casos en que la víctima y/o la policía tomó conocimiento de los planes del delincuente, sin que éste lo supiera, y tomó las precauciones para que la consumación sea imposible para el caso concreto?⁵²

La respuesta a estas preguntas constituye un ejercicio teórico de la mayor relevancia desde que es posible apreciar en la jurisprudencia reciente resoluciones en casos análogos a los comentados por Etcheberry en su obra, pero con soluciones inconsistentes con el referido acuerdo general de la doctrina y jurisprudencia.

¿Contamos con las herramientas conceptuales adecuadas para la resolución de dichos casos? Una revisión crítica de la doctrina y jurisprudencia nacional obliga a proponer la adopción de nuevos criterios y el abandono de otros, de modo de resolver estos casos mediante un razonamiento que sea replicable para casos futuros.

⁵¹ El caso analizado por el autor, denominado *Contra Pedro Di Giorgio Valdes y Otro*, determina que hay robo con homicidio punible desde que se da muerte a la víctima y el robo se frustra dado que la víctima no tenía cosa alguna que robarle. En este caso Etcheberry estima que habría imposibilidad de objeto respecto del robo, subsistiendo únicamente la punibilidad del homicidio. ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 50), p. 472.

⁵² Los casos analizados por Etcheberry son *Contra Manuel Muñoz Gamero y Contra Carlos Kerby y Otro*, en los cuales la policía es advertida previamente de un plan homicida, en el primer caso, y de un plan para hurtar especies desde la aduana, en el segundo. En ambos casos la policía dio seguimiento a los sucesos de modo de interrumpirlo en forma previa a la consumación. ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 50), pp. 473 y 474.

La prim
que preten
en fases d
fundament
gorias dog
en su defe
aquellas q
Penal decl
previsto en
conductas
aplica y a
quien sost
problema

Bajo d
propuesta
relevancia
como fue
como fun
que erosio
la norma
comunicativ
consecuen
que racion
relevanci
relato
la compe
lo punible
elemento

6. EL BALANCE PROVISIONAL DE LA REVISIÓN.
PROPUESTAS BÁSICAS PARA ORDENAR EL DESARROLLO
DE LA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

La primera moción de orden en la discusión y objetivo de una teoría que pretenda dar cuenta correcta y verosímelmente de nuestra legislación en fases del desarrollo del delito debiese identificar adecuadamente el fundamento penal de la tentativa y, con ello, optar por reducir las categorías dogmáticas relevantes a tentativa punible y tentativa impune o, en su defecto, la utilización de conceptos que dividan las acciones entre aquellas que merecen reproche penal respecto de aquellas que el Derecho Penal declara irrelevantes, toda vez que la definición de tentativa punible previsto en el artículo 7° del Código Penal permite distinguir entre aquellas conductas a las cuales dicha extensión de los tipos de la parte especial se aplica y a cuáles no. Este punto es correctamente identificado por Novoa, quien sostiene que el problema de la tentativa inidónea no es más que un problema de delimitación del ámbito del tipo⁵³.

Bajo diferentes fundamentaciones, cumplen con dicha tarea tanto la propuesta de Jakobs como la teoría objetiva de la peligrosidad, ambas de relevancia creciente en la discusión de la doctrina alemana y española. Tal como fue señalado previamente, la teoría de la expresión de Jakobs identifica como fundamento penal de la tentativa la expresión de un comportamiento que erosiona la vigencia de la norma (también como quebrantamiento de la norma de comportamiento), la cual permite distinguir entre tentativa comunicativamente relevante e irrelevante, adscribiendo a dicha distinción las consecuencias de punibilidad e impunidad de las conductas, en la medida que racionalmente —y desde un observador externo— permita determinar la relevancia comunicativa del acto. Aceptar la pertinencia de esta teoría como correlato correcto y verosímil del Derecho Penal nacional implica aceptar la competencia de la representación del autor para configurar el ámbito de lo punible dentro de las limitaciones de la racionalidad, pese a que dicho elemento no se encuentre previsto expresamente en nuestra legislación. Por

⁵³ Esta afirmación no implica desconocer que la tentativa constituye, por definición, una infracción incompleta de un tipo de la parte especial. Ver *infra* nota 58.

cierto, la determinación de qué cuenta como un intento penalmente relevante viene fijado tanto por el artículo 7º del Código Penal como por las reglas de imputación propias de la parte general del Derecho Penal, en tanto, como es sabido, no solo se requiere verificar la realización de una conducta determinada —actos externos que puedan contar como un intento de realizar o no evitar realizar la conducta descrita en un tipo de la parte especial—, sino que se requiere además atribuir subjetivamente dicha conducta al agente, de acuerdo a las reglas de imputación del sistema. El artículo 7º del Código Penal no excluye la pertinencia de la representación del autor para determinar qué cuenta como un intento, sino que solo exige para que la conducta pueda ser calificada como tentativa, que el intento cuente como la realización de hechos directos para la realización de crímenes o simples delitos determinados. La evaluación del carácter directo de los hechos puede ser realizado de acuerdo a la representación del agente tomando como límite de la misma la racionalidad, en los términos previstos por la teoría de la expresión. Así, hechos directos serían aquellos que expresan intersubjetiva y racionalmente una infracción a la regla de comportamiento que derivativamente impide intentar infringir las reglas de comportamiento de la parte especial.

En el mismo sentido, la teoría objetiva que determina las conductas peligrosas desde una perspectiva *ex ante*, funda la punición de la tentativa en el peligro que ella representa para la lesión de bienes jurídicos, desde la perspectiva de un observador externo con los conocimientos del autor al momento de realizar el acto y, con base en ello, permite atribuir a la distinción de conducta idónea (peligrosa) e inidónea (no peligrosa) la correlativa consecuencia de punible e impune.

Por su parte, tanto la utilización de la distinción entre tentativa relativa y absolutamente inidónea, como la relación de sinonimia planteada entre la inidoneidad absoluta con el delito imposible, usadas ambas como descripciones de la tentativa inidónea impune, solo parece ensombrecer la discusión mediante la agregación de apelativos superfluos, por lo que debe ser abandonada si se quiere avanzar en ella, tal como lo propone la doctrina comparada hace bastante tiempo⁵⁴.

⁵⁴ Por todos, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, segunda edición, Editorial Hammurabi, 1999, pp. 467 y ss., proponiendo criterios que atiendan a la determinación de la

La verosimilitud del artículo 7º del Código Penal representa su verificación interpretativa la referencia de postura tentativa. nuestro código la expresión límite para una discusión interpretativa dudas con exigidos por mera voluntad

La segunda tentativa consistente por consideradas *ad hoc* de sustantiva impide un hecho. Un

punibilidad para definir resultado no un fundamento estas consideraciones absolutamente la doctrina a los errores ambas formas esta distinción la imputación antigua te...
...fundada

La verosimilitud de una teoría subjetiva como matriz interpretativa del artículo 7º del Código Penal, en tanto dicha norma no hace referencia a la representación del autor y requiere la realización de hechos directos para su verificación, no se encuentra descartada, sino que requiere sortear la interpretación propuesta por la doctrina dominante, la que entiende que la referencia a hechos directos en dicha disposición implica una toma de postura por parte del legislador a favor de una teoría objetiva de la tentativa. Sin perjuicio de la dificultad argumentativa que presenta en nuestro contexto jurídico, como fue analizado a propósito de la teoría de la expresión, es necesario recordar que el derecho vigente constituye un límite para las propuestas interpretativas, pero no necesariamente zanja una discusión teórica a favor de una propuesta determinada. El límite interpretativo que otorga dicha disposición puede ser fijado sin lugar a dudas como una exigencia de exterioridad de la conducta, en los términos exigidos por el principio del hecho, y una exclusión de la sanción de la mera voluntad criminal.

La segunda pretensión de una teoría que dé cuenta del tratamiento de la tentativa inidónea debiese ser el establecimiento de un criterio consistente para determinar cuáles conductas deben ser generalmente consideradas impunes, junto al fundamento de ello. La referencia a criterios *ad hoc* dependiente de las circunstancias del caso concreto para casos sustantivamente semejantes, como resulta habitual en nuestra doctrina, impide un desarrollo racionalmente controlable de la aplicación del derecho. Una alternativa teórica en dicho sentido lo constituye el vincular

punibilidad de la conducta, de modo que los términos utilizados por el Código Penal español para definir a la tentativa punible deben ser entendidos en términos que "que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional". De forma categórica agrega: "Por último es necesario subrayar que estas consideraciones permiten superar definitivamente la supuesta distinción entre tentativas *absolutamente inidóneas* y *relativamente inidóneas*, que ha sido desde antiguo rechazada en la doctrina por *ser prácticamente irrealizable*". Se trata de la misma cuestión que la referente a los errores nomológicos y ontológicos: tampoco aquí es posible una distinción precisa entre ambas formas de inidoneidad de la tentativa. Jiménez de Asúa es categórico en el rechazo de esta distinción cuando dice: "En suma, esta fórmula de la inidoneidad absoluta, que acarrea la impunidad, y de la inidoneidad relativa, que se consideraba punible, es la que se llama *'antigua teoría objetiva'* por Mezger y por Welzel y que, como se ha dicho, considérase hoy *'desembada'*" (cursivas y citas en el original).

el análisis de la idoneidad de la tentativa al primer estadio de la teoría de la imputación objetiva⁵⁵, de modo que los avances teóricos en dicha materia, principalmente en la evaluación de creación o aumento de riesgos no permitidos (jurídico-penalmente relevantes), sean aprovechados con coherencia para evaluar la peligrosidad/idoneidad de un intento. Otra alternativa, por cierto, es aceptar los cuestionamientos lanzados en contra de la teoría de la imputación objetiva⁵⁶, prescindiendo de dicho baremo de evaluación de conducta –por superfluo– y recurrir a la evitabilidad individual dependiente de la capacidad acción (presupuestos cognitivos y físicos) para evaluar la idoneidad de un intento. A partir de ella, los casos de tentativa (inidónea) impune corresponderán a casos de ausencia de dolo, en la medida que ello se entienda como capacidad cognitiva de evitar intencionalmente la realización del tipo objetivo⁵⁷. Así, la vinculación existente entre los presupuestos cognitivos del agente relevantes para la afirmación de dolo o, como contrapartida, del déficit de él por la presencia de un error en el autor, serán relevantes para el análisis de la punibilidad de la tentativa bajo la herramienta analítica del principio de inversión. De esta forma, deberán evaluarse los conocimientos concretos que el autor tenía al momento de realizar la acción para determinar si ella cuenta como un intento de infringir la regla de comportamiento prevista en la parte especial del Derecho Penal, dado que sólo ellos son parte del dolo del agente⁵⁸.

La mayor consistencia teórica de estas propuestas sobre las categorías dogmáticas ofrecidas por la doctrina chilena tradicional obliga a evaluar

⁵⁵ Por todos, ver ROXIN, Claus. *Ibid.* (nota 3), pp. 373 y ss., y CANCIO MELIÀ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2001. Especialmente en las pp. 47 y ss.

⁵⁶ Especialmente persuasivos resultan los formulados por KINDHÄUSER, Urs. "Incremento del riesgo y disminución del riesgo", *Causalidad, riesgo e imputación*, Marcelo Sancinetti (compilador), Editorial Hammurabi, 2009, pp. 573 y ss.

⁵⁷ Esta solución es propuesta en MAÑALICH, Juan Pablo. "Condiciones generales de la punibilidad", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, número 3:2013. Comentario de la Jurisprudencia del año 2005, Corte Suprema. Thomsom Reuters, p. 281.

⁵⁸ El carácter derivativo de la tentativa frente a la consumación, y la evaluación de ella como una consumación fracasada es destacado por MAÑALICH, Juan Pablo. "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 12, 2010, pp. 180 y 181.

su rendimien
el objetivo d

Por el cas
en que el au
una especie,
también los
preguntas q
de la tentati
¿Intenta con
otro? ¿Com
de quien no

Tal como
la inidonei
comportam
intento de s
que podría
la impunid
relativamen
en vez del
como un ca
por su part

⁵⁹ El nom
original emp
Disponible e

⁶⁰ La rele
una razón uti
relativo o ab
conducta. As
un bolsillo va
de tentativas
a la consuma
pletamente c
saría relativa

su rendimiento para la solución de casos prácticos. Ese es precisamente es el objetivo de los apartados siguientes.

7. EL CASO DEL BOLSILLO VACÍO

Por el caso del bolsillo vacío⁵⁹ consideramos paradigmáticamente aquél en que el autor introduce su mano en el bolsillo de la víctima para hurtar una especie, sin embargo, se encuentra vacío. Adicionalmente, consideramos también los casos en que se afirma que la víctima no portaba especies⁶⁰. Las preguntas que plantean casos de estas características para la problemática de la tentativa inidónea pueden ser formuladas en los siguientes términos: ¿Intenta cometer un hurto quien introduce su mano en el bolsillo vacío de otro? ¿Comete tentativa punible de hurto quien intenta sustraer especies de quien no porta alguna?

Tal como ha sido anunciado, constituye un ejemplo habitual para afirmar la inidoneidad relativa de la tentativa y, por ende, considerar punible el comportamiento, la introducción de la mano en un bolsillo vacío en tanto intento de sustracción, sin perjuicio de la introducción de algunas variables que podrían ser consideradas relevantes para los referidos autores al fundar la impunidad. Así, por ejemplo, Politoff indica como ejemplo de tentativa relativamente inidónea el intento de sustraer la cartera del bolsillo derecho, en vez del izquierdo, donde ésta se hallaba. Sin embargo, Mera lo refiere como un caso de imposibilidad absoluta por inexistencia del objeto. Novoa, por su parte, se refiere al caso del ratero que mete la mano en el bolsillo

⁵⁹ El nombre no es original, corresponde a la denominación propuesta por H.L.A. Hart (en el original *empty pocket case*) en HART, H.L.A. *The House of Lords on attempting the impossible*. Disponible en <http://heinonline.org>, 1981, p. 150.

⁶⁰ La relevancia de este caso para la elaboración dogmática de la tentativa inidónea ha sido una razón utilizada por, entre otros, Bacigalupo para fundar la renuncia al criterio del carácter relativo o absoluto de la inidoneidad para los efectos de calificar como punible o impune la conducta. Así, sostiene el autor que "El famoso ejemplo del carterista que introduce la mano en un bolsillo vacío es una demostración de la no practicabilidad de la delimitación de ambas formas de tentativas inidóneas. Es evidente que la acción no hubiera podido conducir en forma alguna a la consumación: sin embargo, hay quienes sostienen que si la víctima del hurto carecía completamente de dinero la tentativa era absolutamente inidónea, mientras que la inidoneidad sólo sería relativa si el dinero estaba en otro bolsillo". BACIGALUPO, Enrique. *Ibid.* (nota 54), p. 471.

de otro para sustraerle dinero, pero el bolsillo está vacío, como un caso en que identifica una tentativa inidónea, pero que por razones prácticas, ajenas a la tentativa y vinculada especialmente a la alarma social, se extiende la punibilidad. Finalmente, Etcheberry, en su obra "Derecho Penal Parte General", previamente citada, se refiere al intento de hurto de dinero ajeno mediante la introducción de la mano en un bolsillo vacío como ejemplo de inidoneidad relativa punible. Pese a ello, en su obra "Derecho Penal en la Jurisprudencia", comenta el caso *Contra Pedro Di Giorgio Valdes y Otro* afirmando que si la víctima no tenía cosa alguna que robarle, habría imposibilidad de objeto respecto al robo, siendo impune dicho intento.

Un sector de la doctrina, asilado en la distinción entre idoneidad relativa y absoluta, considera que las circunstancias accidentales del caso son de relevancia para evaluar si la inexistencia del objeto es absoluta o relativa y, con ello, el intento de afectar es impune o punible. Así, los ejemplos de la doctrina nacional —principalmente Politoff y Etcheberry—, se refieren a casos de tentativa relativamente inidónea cuando se introduce la mano en el bolsillo equivocado o cuando el dinero fue recientemente retirado de la bóveda a la cual se accede para sustraerlo⁶¹. ¿Constituye un factor relevante para decidir la punibilidad del intento de sustracción el saber si el dinero se encontraba en el otro bolsillo o recientemente había sido dejado en otra parte? El error de la doctrina nacional radica en responder afirmativamente esta pregunta, como se fundará más adelante.

El caso del bolsillo vacío se presentó hace poco entre nosotros con el caso en *Contra Cristián Andrés Hueche Krause y Otros*⁶² en que el Ministerio Público dedujo acusación por dos hechos, uno de los cuales es el relevante para este análisis:

"hecho 1) expuso que el día 27 de julio de 2007, alrededor de las 00,40 horas los imputados Sebastián Alejandro Herrera Carvajal, Cristián Andrés Hueche Krause y Pablo Daniel Parra Alcaide y procedieron a interceptar a la víctima de iniciales C.J.B.R. en las cercanías de la calle Luis Matte Larraín con Chayavientos, de la comuna de Puente Alto. En ese lugar, procedieron

⁶¹ Este es el ejemplo utilizado por LABATUT GLENA, Gustavo. *Ibid.* (nota 43), p. 189.

⁶² Causa RIT 707-2008 de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

a intimidada
pecies, al
huir del lu

El Tribuna
hecho y lo
embargo, la
condenatori
entender qu
con violenc

"Que en s
dientes de
frustrado
externos
que ayud

Undécim
sultado n
no consi
naturales
por caus
ni puede
Montt er
que si e
su volun
resultad
prudenc
voluntar
como er

Resulta
fundar la

⁶³ Una r
carácter pro
y no se encu
del hecho 1
e concluir a
acusación.

a intimidarlo con armas de fuego, registrándolo y no logrando sustraer especies, al no encontrar especies de valor en poder de la víctima, para luego huir del lugar”.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal tuvo por acreditado este primer hecho y lo calificó como delito frustrado de robo con intimidación. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de San Miguel anuló esta sentencia condenatoria, dictando a continuación una absolutoria de reemplazo⁶³, al entender que en este caso nos encontramos ante un intento desistido de robo con violencia o intimidación por las siguientes consideraciones:

“Que en su sentencia el Tribunal Oral no señala cuáles son las causas independientes de la voluntad de los imputados que ocurrieron para calificar como robo frustrado un hecho en que no hubo apropiación de cosa ajena, o sea, qué hechos externos de gran magnitud, como la llegada de la policía o de terceras personas que ayudan a las víctimas hayan impedido la ejecución completa del ilícito.

Undécimo. El mismo autor señalado con anterioridad establece que si el resultado no se ha producido todavía, es porque faltan elementos causales que no consisten en actos del agente, sino en actos de terceros o en fenómenos naturales, agregando más adelante que si aquel (el robo) no se ha producido por causas dependientes de la voluntad del hechor, no hay delito frustrado, ni puede haber pena, opinión compartida por el profesor don Mario Garrido Montt en su obra Derecho Penal (tomo II, pág. 280) al señalar que se infiere que si es el propio realizador del hecho quien suspende la ejecución por su voluntad, o sea abandona la continuación de la actividad que inició, el resultado será el mismo: no puede imponérsele pena, agregando que la jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en entender que el desistimiento voluntario del sujeto activo tiene iguales consecuencias, tanto en la tentativa como en el delito frustrado”.

Resulta llamativa la opción argumentativa utilizada por la Corte para fundar la decisión absolutoria. Atribuir a un desistimiento la falta de

⁶³ Una razón adicional que utiliza la Corte para anular la sentencia condenatoria es de carácter probatoria, dado que los imputados son detenidos luego del hecho 2 de la acusación y no se encuentra en su poder las armas que habrían sido utilizadas en la intimidación tanto del hecho 1 como del hecho 2. Esto, unido a la inexistencia de bienes sustraídos, llevan a concluir a la Corte que no se puede tener por acreditada la intimidación imputada en la acusación.

apropiación de una cosa ajena en el robo, por no portar alguna la víctima, es singular⁶⁴. Constituye un notorio error conceptual calificar como desistimiento idóneo para liberar de responsabilidad penal aquél que habría operado en este caso, toda vez que éste no puede ser calificado como voluntario⁶⁵, requisito esencial para que se le premie al autor con la impunidad de su conducta. Si el desistimiento no puede ser calificado como voluntario, y el delito no fue consumado, solo cabe determinar el grado de ejecución de él y calificar la conducta como tentativa o delito frustrado, de acuerdo a nuestra legislación penal. Si el imputado realizó todas las acciones necesarias para consumar el delito, como parece ser en este caso, y éste no se consumó por causas independientes de su voluntad, como lo es la ausencia de bienes susceptibles de apropiación en la víctima, lo que cabe es calificar los hechos como delito frustrado, tal como lo había hecho el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Puente Alto. Requerir la afirmación y prueba de hechos externos de gran magnitud que hayan impedido la consumación, tal como lo hace la Corte de Apelaciones de San Miguel, constituye un error conceptual dependiente de la noción de interrupción como única explicación de la falta de consumación de un delito. Este error es certeramente identificado por Hart, quien reprocha a una noción estrecha de tentativa la exclusión de las conductas que no obstante no ser interrumpidas, deben ser calificadas como intentos penalmente relevantes, entre ellos el disparo errado a una persona con la intención de matarla, el intento de envenenamiento con una dosis insuficiente y, finalmente, el intento de hurto mediante la introducción de una mano en un bolsillo vacío⁶⁶.

⁶⁴ Una explicación de la decisión por razones estratégicas podría ser el haber optado por un argumento de derecho en vez de un déficit probatorio, dado que ello le permite anular la sentencia —y no el juicio— dictando inmediatamente una sentencia de reemplazo. Sin embargo, una explicación de estas características carece de relevancia teórica.

⁶⁵ En este sentido ROXIN, Claus. "Sobre el desistimiento de la tentativa acabada", en, del mismo, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus S.A., Madrid, 1976, p. 248.

⁶⁶ HART, H.L.A. *Ibid.* (nota 59), p. 159. Para el autor una teoría amplia de la tentativa debe incluir tanto a (i) la insuficiencia o falta de dirección de los medios elegidos; (ii) la interrupción; y (iii) la ausencia del objeto en un momento y lugar relevante o de alguna de las características requeridas para la comisión del delito intentado. La vinculación entre lo que el autor denomina como modelo de la interrupción y la interpretación que parte de la doctrina tradicional le atribuye a la noción de hechos directos en el artículo 7° del Código Penal es evidente.

La interrupción del delito frustrado es justamente el autor que interrumpe por dicha conducta considerar la conducta de vista, la conducta. Si ello es así

Sin perjuicio del objeto de la a que el objeto doneidad al por un sector. Ante este caso ¿constituye víctima que

El error menos explicable calificar la y, por ende recurrente do que el otro, o que factores pe objeto —im

El apor En primer tentativa p a la tentat

⁶⁷ Para u y los requis

La interrupción requerida en el fallo no es requisito *sine qua non* del artículo 7° del Código Penal para calificar la conducta como tentativa o delito frustrado, al contrario, el hecho de que la víctima no porte especies es justamente un acontecimiento causal no dependiente de la voluntad del autor que impide la consumación de la conducta, en los términos previstos por dicha disposición. Para plantear la suficiencia de un desistimiento y considerar la conducta como impune, al menos la no consumación de la conducta debe depender de la voluntad del autor o, desde otro punto de vista, la consumación tiene que ser una posibilidad factible para el autor. Si ello es así, luego es necesario indagar los motivos del desistimiento⁶⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, es interesante observar que la inidoneidad del objeto del delito —por inexistente— no se haya debatido en el caso, pese a que el objeto de la acción no existía y, por ello, era posible plantear la inidoneidad absoluta del intento por falta de objeto en los términos sostenidos por un sector de la doctrina nacional, especialmente en la posición de Mera. Ante este caso, entonces, cabe volver a la pregunta planteada previamente ¿constituye una tentativa idónea de hurto o robo aquél recaído sobre una víctima que no porta cosa alguna o su bolsillo está vacío?

El error del razonamiento habitual parece radicar en la exigencia más o menos explícita de que el intento debe tener alguna posibilidad de éxito para calificar la conducta como delito posible (en oposición a delito imposible) y, por ende, punible. Esta suposición parece estar detrás de la afirmación recurrente de la doctrina nacional al describir ejemplos similares añadiendo que el dinero no se encontraba en el bolsillo invadido, sino que en el otro, o que el dinero había sido cambiado recientemente de lugar. Dichos factores permitirían mutar la aparente imposibilidad absoluta por falta de objeto —impune—, en una imposibilidad relativa punible.

El aporte de Hart para dismantelar esta argumentación es fundamental. En primer lugar rechaza la idea de que solo puede ser calificada como tentativa punible la conducta que tiene la aptitud de ser exitosa. Definir a la tentativa como solo aquella conducta que tiene la aptitud de llegar

⁶⁷ Para una visión general del desistimiento y de las distintas teorías sobre el fundamento y los requisitos del mismo, ver MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Ibid.* (nota 11), pp. 170 y ss.

a la consumación, tiene como consecuencia la exclusión de conductas que en el lenguaje ordinario sin lugar a dudas serían consideradas como un intento de cometer un delito⁶⁸. Al mismo tiempo, rechaza como otro dogma erróneo el requerir la existencia de un objeto en un momento y lugar determinado (*extensional object*) para que el intento de afectación de dicho objeto sea punible. Para Hart, el intento de cometer un delito no puede tener la misma exigencia semántica que la consumación del mismo. Por cierto, que la consumación de un delito de lesión requiere la presencia de un objeto en un lugar y tiempo determinado, constituye una obviedad debido a los requisitos de imputación causal que requiere la descripción de la conducta. Sin embargo, dicha exigencia no es necesaria para la tentativa de cometer un delito de lesión, para ella es suficiente un objeto de la intención (*intensional object*), aunque éste no se encuentre en lugar y tiempo determinado⁶⁹. Este es precisamente el caso del bolsillo vacío. En él se intenta sustraer las especies de la víctima, sin que se requiera para calificar la conducta como intento de hurto o robo el hecho de que las especies sean portadas en un momento y lugar determinados. Por ello, la referencia a circunstancias especiales por parte de la doctrina nacional, como lo son la referencia a que las especies están en un lugar cercano o que ellas estaban en el lugar en un tiempo próximo, solo resultan recursos innecesarios que pretenden satisfacer el requisito de existencia de un objeto de la acción intentada, como pretensión teórica de satisfacer una deficitaria o *cuasi* relación causal. Dado que, por definición, una tentativa solo es predicable de una acción no exitosa y, por ello, no existe un resultado que deba ser imputado a la acción, la referencia a la posibilidad causal de la consumación constituye una errónea exigencia para la calificación de una conducta como tentativa.

Por otro lado, la respuesta a esta pregunta para la teoría de la peligrosidad evaluada *ex ante* depende de si un observador en dicha posición con

⁶⁸ HART, H.L.A. *Ibid.* (nota 59), p. 155. Para quien dicha asunción simplemente responde a un *non sequitur*: Dado que dicha definición prejuzga el contenido de la categoría, sin una fundamentación idónea para ello.

⁶⁹ Este es el sentido en que se utiliza esta distinción en la filosofía del lenguaje. Por todos y con didácticos ejemplos PUTNAM, Hilary, "The meaning of 'meaning'", en "Mind, language and reality". *Philosophical papers*, vol. 2. Cambridge University Press. 1975, pp. 218 y ss.

los conocimientos
intento de sustr
víctima no port
sea que se func
sería -por ejen
religiosa que su
debe ser calific
perspectiva ex
ya sea porque
tiradas, suele
peligro concre
la peligrosidad
ello debe ser
perspectiva ex
la introducció
que se encont
una tentativa
dación -prop
o entregue es
se entera que
robo. En el c
que enuncia
intento de ro
desistido por

Por su pa
cabe formula
la vigencia c
mano del au
intimidatori
portaba espe
tanto bajo el

⁷⁰ Es neces
para el juicio d
lisis en la medi
Así en JAKOBS,
Aires, Argentina

los conocimientos especiales del autor podría conocer que la víctima del intento de sustracción no portaba especies. Si dicho observador sabía que la víctima no portaba especies (porque se encontraba desnuda u otra razón, ya sea que se funde en un conocimiento general o especial del autor⁷⁰, como lo sería —por ejemplo— el abordar a quien acaba de participar de una actividad religiosa que supone desprenderse de todos sus objetos personales) el intento debe ser calificado como inidóneo e impune por no ser peligroso desde una perspectiva *ex ante*. La consideración sobre la ubicación real de las especies, ya sea porque se encuentra en el otro bolsillo o han sido recientemente retiradas, suele ser referida como una forma de satisfacer la exigencia de un peligro concreto de afectación al bien jurídico, en tanto sería precisamente la peligrosidad de la conducta la que fundaría su punibilidad. Sin embargo, ello debe ser declarado como irrelevante si es que se asume una genuina perspectiva *ex ante* para el análisis de la peligrosidad de la conducta. Así, la introducción de la mano en un bolsillo —que posteriormente se conoce que se encontraba vacío— con la intención de sustraer especies, constituye una tentativa punible de hurto. En el mismo sentido, la violencia o intimidación —propia del robo— realizada para que la víctima tolere la sustracción o entregue especies que el autor cree que porta —pero luego de realizarla se entera que no porta— constituye tentativa peligrosa, idónea y punible de robo. En el caso analizado, sin perjuicio de los cuestionamientos fácticos que enuncia —pero no analiza— la Corte de Apelaciones de San Miguel, el intento de robo fue punible, tanto porque era idóneo como porque no fue desistido por el autor.

Por su parte, para la teoría de la expresión de Jakobs la pregunta que cabe formularse es si cuenta como una expresión del quebrantamiento de la vigencia de la norma que prohíbe el hurto o robo la introducción de la mano del autor en el bolsillo de la víctima o el acometimiento violento o intimidatorio en contra de la víctima que posteriormente se sabe que no portaba especies. La respuesta depende de la representación del autor, en tanto bajo el sinalagma libertad/responsabilidad se le reconoce autonomía

⁷⁰ Es necesario hacer presente que la pertinencia de los conocimientos especiales del autor para el juicio de imputación objetiva no es unánime en la doctrina. Jakobs los excluye del análisis en la medida que el autor no haya modificado los actos propios de su rol conforme a ellos. Así en JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 31 y ss.

para organizar sus cursos lesivos, pero dentro de los límites de la racionalidad. Así, difícilmente podría plantearse que las conductas analizadas constituyan intentos irracionales de sustracción de especies. De esta forma los ejemplos de tentativa analizados y el caso conocido por la Corte de San Miguel deben ser evaluados, de acuerdo a esta teoría, como una expresión de quebrantamiento de la vigencia de la norma que prohíbe sustraer bienes de otro.

8. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE POR AUTOPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA O DE LA POLICÍA QUE IMPIDE LA CONSUMACIÓN

Este conjunto de casos comprende todo aquel en que, ya sea por advertencia de la policía, un tercero o la víctima, la conducta se convierte en una imposible de consumar. ¿Constituye un intento y, por ende, una tentativa punible, una conducta que desde el comienzo la víctima, la policía o un tercero impedirá eficientemente su consumación? ¿Es relevante para la calificación de la punibilidad de la conducta la imposibilidad sobreviniente por auto o heteroprotección de la víctima?

En opinión tanto de Politoff como de Etcheberry —comentando ambos *Contra Manuel Muñoz Gamero*⁷¹— estos casos deberían ser tratados como tentativa absolutamente inidónea y, por ende, impune. Sin embargo, la jurisprudencia, de formas “menos consistentes con el fundamento de la impunidad del *delito imposible* [...] han admitido la existencia de tentativa punible en casos en que, con participación de la policía, se han fingido circunstancias para hacer caer en una trampa al actor que proyectaba un delito”⁷². Para Etcheberry, este caso “a todas luces constituye una tentativa inidónea, que en ningún caso pudo llevar a la consumación del delito propuesto”⁷³. En otro caso de similares características —*Contra Carlos Kerby* y

⁷¹ Contendida en Corte Suprema, 1875, *Gaceta de los Tribunales*, 1875-1, N° 829, p. 378. Este caso consiste en que el imputado fue procesado por haber proyectado y puesto por obra un intento de homicidio, el cual fue impedido dado que un supuesto colaborador del autor pudo advertir a la policía, la cual impidió la consumación del hecho.

⁷² POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Ibid.* (nota 20), p. 138, cursivas en el original.

⁷³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 50), p. 473.

la racionalizadas
esta forma
te de San
expresión
er bienes

por advertirte en una
tentativa
licia o un
e para la
reviniente

do ambos
dos como
bargo, la
ento de la
de tentati-
an fingido
ectaba un
a tentativa
delito pro-
os Kerby y

*Otro*⁷⁴-, Etcheberry reprocha el haber sancionado una conducta como hurto frustrado, "sin hacerse cargo de que por la vigilancia policial en realidad los hechos nunca tuvieron posibilidad de consumar el delito"⁷⁵.

Dos casos resueltos recientemente en el sentido exactamente opuesto pueden reflejar a cabalidad los efectos que puede producir un erróneo criterio de determinación de la punibilidad de la tentativa atendiendo a su imposibilidad de consumación. En *Contra Vidal Rebeco*⁷⁶ la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad por la causal de errónea aplicación del derecho en contra de la sentencia absolutoria dictada respecto de una imputada que intentó estafar a una tienda comercial mediante el uso de documentos de identificación y pago pertenecientes a un tercero. Mientras que en *Contra Vera Meza*⁷⁷, por su parte, la misma Corte de Apelaciones de Santiago rechazó también un recurso de nulidad por la misma causal respecto de una sentencia condenatoria en contra de quien intentó obtener bienes de una tienda comercial utilizando documentos de identificación y pago pertenecientes a un tercero.

El razonamiento efectuado por la Corte de Santiago en *Contra Vidal Rebeco* fue el siguiente:

"Que la sentencia, en su considerando cuarto, estableció que la acusada en la fecha indicada en la acusación se contactó con la vendedora de la tienda Falabella, doña Carolina Peña Correa, señalándole su intención de comprar un computador con monitor y un equipo multifuncional, a lo que la vendedora la invitó a la caja a efectuar el correspondiente pago. Ya en la caja, ante la pregunta de la vendedora de cómo iba a pagar, manifestó su intención de pagar con dos cheques, mostrando una cédula de identidad y sacando un talonario que correspondía a doña Verónica Sáez Poblete. Al ver la cédula de identidad la vendedora, de inmediato se dio cuenta que la compradora no correspondía a la persona de la foto del documento, pero pese a ello y como se lo exigía el

⁷⁴ Referida en ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 50), pp. 473 y 474. En este caso los imputados se concertaron para sustraer de los establecimientos de aduana un cajón con mercancías, pero la policía fue advertida, la cual vigiló a los autores dejándoles efectuar la sustracción y siguiéndolos luego hasta la bodega en que la depositaron, en el momento que fueron aprehendidos.

⁷⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibid.* (nota 50), p. 474.

⁷⁶ Causa RIT 1821-2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

⁷⁷ Causa RIT 1031-2008 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

procedimiento de la empresa, digitó igualmente los productos, imprimió los cheques y le solicitó a la acusada que los firmara. [...] En este punto, el fallo expresa que si bien la conducta de la acusada fue la relatada, lo cierto es que la vendedora nunca tuvo duda de la imposibilidad material de realizar la venta, por ende, del uso de los documentos, pues desde que tuvo en sus manos la cédula de identidad se dio cuenta inmediata de que la persona no era la misma, no solo por su aspecto físico, sino porque pretendía hacer una compra rápida y ni su vestimenta ni su actuar concedían con la profesional de que debía tratarse (ingeniera comercial) [...]. Por lo anterior, estima que no fue idónea la actividad desplegada por la acusada, para configurar el tipo materia de la acusación. En este caso, estima, la acción ejecutada era incapaz de producir una lesión al bien jurídico tutelado desde el primer momento, porque la vendedora tuvo siempre conocimiento de que la cédula de identidad que le entregó la acusada no tenía relación alguna con la titular de la cuenta corriente, de modo que sitúa la falta de idoneidad en los medios utilizados.

Que en la especie el tribunal ha considerado en el análisis del actuar de la acusada, la situación existente en el momento de principiar la ejecución de su acción y ha considerado, a la vez, circunstancias como las del aviso de sustracción de los cheques, orden de no pago de éstos, el bloqueo de la cuenta de la titular de los cheques en la casa comercial en que tuvieron lugar los hechos. Es decir, ha tomado en cuenta circunstancias objetivas que impedían desde antes causar el perjuicio, y las ha considerado respecto del momento mismo en que ha comenzado a ejecutar su acción la imputada, esto es, ex ante, como alega el recurrente debió haber sido.

[...]

Lo anterior significa que los medios usados por la acusada: una cédula verdadera manifiestamente de persona distinta, y dos cheques, sin llenar ni firmar, de una cuenta perteneciente a esa otra persona (Cons. 3 y 4), ni siquiera daban comienzo a la ejecución del delito por el que se acusó, ya que aun no se contenía falsedad en los documentos mercantiles, y no se había tratado de sorprender a través de otra adulteración, con la identidad de la persona (siempre al tenor de los hechos fijados en la sentencia). Y cuando, son firmados los cheques, por mano ajena, según examen pericial referido en el considerando tercero, ya no existía posibilidad objetiva, real, de afectar al bien jurídico protegido, en virtud de las circunstancias que preexistían y que se mencionan en el fundamento anterior,..."⁷⁸

⁷⁸ Énfasis agregado.

Por su parte
y se remite a
refiere a la id

"La entreg
especies qu
la zona cor
que no cor
constituya
darle mayo
tra que el
simulante
esto es, un
lidad en la
provocanc
el tipo per
ra, porque
prestaban
idóneo o n
criterio de
doloso; pe
elementos
a cabo la c
del ilícito
implica qu
resultado
el criterio
acusado"

Sin perju
refieren a co
de la idonei
contradictor
en el aspect
co, a saber,
peligrosida
absolutoria

Por su parte, en *Contra Vera Meza*, el razonamiento de la Corte es escueto y se remite a la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, la que se refiere a la idoneidad del intento en los siguientes términos:

“La entrega, por parte del acusado, al cajero de un establecimiento comercial de especies que pretendía adquirir, pasando un formulario de cheque adulterado en la zona correspondiente a los nombres de los titulares cuentacorrentistas, pero que no contaba con las menciones exigidas por la ley para que el documento constituya cheque, además de la exhibición de documentos públicos a fin de darle mayor credibilidad al engaño y convencer a la persona encargada, demuestra que el hechor intentó engañar a un tercero, llevando a cabo una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso interno (sic), esto es, un ardid tendiente a producir un error o falsa representación de la realidad en la víctima, para que ésta dispusiera patrimonialmente de las especies, provocándole un perjuicio patrimonial, elementos que en conjunto configuran el tipo penal de estafa. La conducta imputada no constituye una simple mentira, porque el acusado realizó un despliegue externo de apariencias falsas que prestaban verosimilitud a su afirmación mendaz, *la cual importaba un riesgo idóneo o típicamente relevante para el bien jurídico propiedad, conforme al criterio del hombre medio y, por tanto, objetivamente imputable a su obrar doloso*; por lo demás, dicho proceder importa no sólo el conocimiento de los elementos objetivos de la estafa, sino también la voluntad manifiesta de llevar a cabo la conducta, concurriendo el dolo directo que constituye la faz subjetiva del ilícito. Finalmente, *que el resultado lesivo no se haya materializado no implica que la conducta no sea constitutiva de la estafa, toda vez que si aquel resultado no se produjo fue por la experticia de los empleados, que superan el criterio del hombre medio, quienes se dieron cuenta de la maniobra del acusado*”.⁷⁹ (Considerandos 6° y 8°, sentencia Tribunal Oral).

Sin perjuicio de las particularidades de ambos casos, las sentencias se refieren a conductas completamente análogas en lo referente a su evaluación de la idoneidad de la tentativa de estafa, sin embargo, llegan a soluciones contradictorias. La principal razón de esta contradicción radica justamente en el aspecto más cuestionado por la parte recurrente en *Contra Vidal Rebeco*, a saber, qué se entiende por juicio o evaluación *ex ante* de la idoneidad (peligrosidad) de la conducta. El Ministerio Público objeta aquella sentencia absolutoria porque valoró la conducta teniendo en consideración aspectos

⁷⁹ Énfasis agregado.

ajenos a los que tenía acceso el autor al momento de realizarla, específicamente, el "aviso de sustracción de los cheques, orden de no pago de éstos, el bloqueo de la cuenta de la titular de los cheques en la casa comercial en que tuvieron lugar los hechos". En la descripción de los hechos analizados en la sentencia no se hace referencia a si dichos aspectos eran conocidos o debían ser conocidos por el autor al momento de iniciar la acción. Así, el razonamiento tanto del tribunal del juicio como el de la Corte plantean las siguientes preguntas: ¿Deben ser considerados aspectos objetivos ajenos al conocimiento del autor al momento de comenzar la ejecución del ilícito para evaluar la imposibilidad, idoneidad y, por ende, punibilidad de la tentativa? ¿Una consideración de dichos factores puede ser entendida como una evaluación de la peligrosidad bajo un criterio *ex ante*, tal como lo defiende la Corte en su razonamiento?

Este es precisamente el principal error conceptual de la sentencia dictada en *Contra Vidal Rebeco*; entender estar aplicando una teoría de la peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, pese a que en su análisis asume aspectos que no eran conocidos tanto por el autor como por un observador imparcial al momento de iniciar la acción. La teoría moderna de la peligrosidad, aquella que se define por la evaluación de ésta bajo un criterio *ex ante* en términos análogos al primer nivel de la teoría de la imputación objetiva, propone evaluar la peligrosidad, idoneidad y, por ende, punibilidad de la conducta mediante la asunción por parte del juez de la perspectiva del autor, con sus conocimientos especiales, al momento de realizar la acción⁸⁰. Esta teoría no propone, como erróneamente parece sostener la Corte de Santiago, que la evaluación se realice por un observador omnisciente. Al contrario, la consideración de todos los cursos causales relevantes, tanto conocidos como no conocidos por el autor, es precisamente el presupuesto de una evaluación de la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex post*, en los términos dispuestos por la primera teoría de la peligrosidad⁸¹.

⁸⁰ Ver *supra* 2. Las principales propuestas teóricas para fundar la punibilidad de la tentativa y nota 55.

⁸¹ La relevancia de la perspectiva adoptada —*ex ante/ex post*— para los efectos de las consecuencias que de ella se siguen son desarrollados con claridad por, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Ibid.* (nota 4), p. 251, y BACIGALUPO, Enrique. *Ibid.* (nota 54), p. 469.

El criterio de la peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, es precisamente el aplicado por la misma Corte de Santiago en *Contra Vera Meza*, en donde evalúa un complejo de acciones realizadas por el autor, entre ellas la exhibición de la identificación de un tercero y el intento de pago mediante cheques sustraídos, como “un riesgo idóneo o típicamente relevante”, conforme al hombre medio, el cual no se realizó por el actuar de los empleados de la tienda, quienes se dieron cuenta a tiempo de la maniobra del acusado.

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de justificar el trato diferenciado brindado por las resoluciones analizadas con base en un común parámetro, como lo sería la teoría de la peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, depende del esclarecimiento de aspectos fácticos que no se encuentran suficientemente explicitados. Dicha posibilidad proviene de que en la sentencia dictada en *Contra Vidal Rebeco* la Corte de Santiago no solo menciona como factores de la imposibilidad aquellos no disponibles para el autor, sino que también factores objetivos relevantes que podrían determinar la inidoneidad del intento por no ser peligroso ya desde una perspectiva *ex ante*. Así, se afirma en la resolución que “lo cierto es que la vendedora nunca tuvo duda de la imposibilidad material de realizar la venta, por ende, del uso de los documentos, pues desde que tuvo en sus manos la cédula de identidad se dio cuenta inmediata de que la persona no era la misma, no solo por su aspecto físico, sino porque pretendía hacer una compra rápida y ni su vestimenta ni su actuar concedian con la profesional de que debía tratarse (ingeniera comercial)”. Estos factores sí pueden fundar una falta de peligrosidad e idoneidad del intento desde una perspectiva *ex ante* y, por ende, excluir la punibilidad del intento por no constituir hechos directos en los términos previstos por el artículo 7º del Código Penal.

Ahora, si adoptamos como parámetro interpretativo una teoría diversa, con apertura a variantes subjetivas, como la teoría de la expresión de Jakobs, sin lugar a dudas las conductas desplegadas por los imputados, tanto en *Contra Vidal Rebeco* como en *Contra Vera Meza*, deben ser subsumidas como tentativas punibles de estafa⁸², en tanto expresión penalmente relevante de la

⁸² Ahora, en cuanto a cuál de los tipos penales de estafa debe ser aplicado a esta situación, la jurisprudencia chilena ha tenido un recorrido errático entre la hipótesis prevista en los artículos 468 y 473 del Código Penal como correctamente se describe y analiza en CARRERA

infracción de dicha regla de comportamiento. Esto, por cierto, en la medida que los factores previamente identificados en *Contra Vidal Rebeco* como aquellos que, de acuerdo a una teoría de la peligrosidad bajo un criterio *ex ante*, podrían fundar la impunidad por inidoneidad del intento no permitan, a su vez, calificar el intento como irracional o comunicativamente irrelevante.⁸³

Un aspecto de relevancia que se desprende de ambas sentencias lo constituye la utilización de la noción de imposibilidad de lesión como un parámetro relevante para determinar la punibilidad de la tentativa. Según se revisó con anterioridad⁸⁴ –y estas sentencias lo confirman– la noción de imposibilidad o de delito imposible, en tanto equivalente a lo que la doctrina nacional entiende como tentativa absolutamente inidónea, no entregan claridad a la discusión, al contrario, solo la oscurecen. Ello se debe a que la imposibilidad de la consumación se puede deber a tan diversos factores que dicho término es compatible tanto con un intento punible como con uno impune. Es posible predicar la imposibilidad de la afectación de un objeto de protección tanto debido a la interrupción de los actos por un tercero como por la ineficacia del intento desde su propia planificación por el autor. Si ambos factores impiden la consumación del delito, como un intento de lo imposible, entonces la noción de imposibilidad por sí misma solo constituye un concepto resbaladizo sin utilidad en la demarcación de la punibilidad de los intentos⁸⁵, por lo que debe ser abandonado por la dogmática si lo que se pretende es la reconstrucción con pretensiones de racionalidad de la categoría de la tentativa punible y, a partir de ello, desarrollar una práctica jurisprudencial que elabore tanto un discurso coherente con ello como sentencias que lo apliquen de forma correcta y consistente.

GUIRAO, Jorge y CONTRERAS ENOS, Marcos. *El engaño típicamente relevante a título de estafa*. LegalPublishing, 2009, pp. 13 y ss.

⁸³ De acuerdo a la descripción de la sentencia, la compra rápida, la vestimenta o no parecer un ingeniero comercial parecen ser sustantivamente de menor relevancia frente a la aparente falta de similitud en la apariencia física. En qué medida dicha falta de similitud en la apariencia permite calificar el intento como irracional o comunicativamente irrelevante es una cuestión que no es posible dirimir sin acceso a la prueba.

⁸⁴ Ver *supra* 6. El balance provisional de la revisión. Propuestas básicas para ordenar el desarrollo de la dogmática de la tentativa inidónea.

⁸⁵ El carácter confuso del término “imposibilidad” es destacado y analizado por HART, H.L.A. *Ibid.* (nota 59), pp. 149 y ss.

ALCÁZER GUIRAO
y configuración

BACIGALUPO, E
Editorial H

CABRERA GUIRAO
relevante a

CANCIO MELIÁ,
jetiva. Edic

CURY URZÚA,
Chile, San

ETCHEBERRY, A
1998.

ETCHEBERRY, A
Parte Gen
de Chile, 2

GARRIDO MON
Editorial J

GÓMEZ BENÍTEZ
1988.

GÜNTHER, Kla
deber. ¿U
Ciencias
Universid

HART, H.L.A.
ponible e

JAKOBS, Gün
Edicione

JAKOBS, Gün
bien jurío
España,

JAKOBS, Gün
Estudio

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Editorial Hammurabi, 1999.
- CABRERA GUIRAO, Jorge y CONTRERAS ENOS, Marcos. *El engaño típicamente relevante a título de estafa*. LegalPublishing, 2009.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, t. II, tercera edición, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la jurisprudencia*. Tomo I. Parte General. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito*. Editorial Civitas, 1988.
- GÜNTHER, Klaus. "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el Derecho Penal?" *Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt* (e.d.), área de Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra, 2000.
- HART, H.L.A. *The House of Lords on attempting the imposible*. 1981. Disponible en <http://heinonline.org>.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas. Madrid, España, 1997.
- JAKOBS, Günther. "Representación subjetiva del autor e imputación objetiva", *Estudio de Derecho Penal*. Editorial Civitas. Madrid, España, 1997.

- JAKOBS, Günther. *La Imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Ad-hoc. Buenos Aires, Argentina, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs. "Incremento del riesgo y disminución del riesgo", *Causalidad, riesgo e imputación*, Marcelo Sancinetti (compilador), Editorial Hammurabi, 2009.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos. "El castigo de las formas preparatorias del delito". *Revista Derecho y Humanidades*, N° 16, vol. 1, 2010, pp. 81-98.
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, Tomo I. Novena edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. 2000.
- MALO CAMACHO, Gustavo. *Tentativa de delito (Con referencia al derecho comparado)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 1971.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4, 2004.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Condiciones generales de la punibilidad", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, número 3:2013. Comentario de la Jurisprudencia del año 2005, Corte Suprema. Thomson Reuters.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia* N° 12, 2010,
- MERA, Jorge. "Comentario al artículo 7° CP", *Código Penal Comentado*. (Couso y Hernández directores). Abeledo Perrot, 2011.
- NOVOA MOREAL, Eduardo. "El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, N° 124, 1963.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito*. Formato Electrónico de conferencia dictada en el Seminario de León de los días 8 y 9 de junio de 2000.
- PUTNAM, Hilary, "The meaning of 'meaning'", en "Mind, language and reality". *Philosophical papers*, vol. 2. Cambridge University Press. 1975.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- ROXIN, Claus. "Sobre el desistimiento de la tentativa acabada", en, del mismo, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus S.A., Madrid, 1976.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa", *Dogmática Penal y Política Criminal*. Ideosa, Lima, 1998.

SANCINETTI, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Ad-hoc, 1997, Buenos Aires, Argentina.

SCHURMANN OPAZO, Miguel Antonio. *Dogmática jurídica y racionalidad científica [recurso electrónico]: análisis de los presupuestos epistémicos de las teorías dogmáticas a la luz del debate sobre la sanción de la tentativa inidónea en el Derecho Penal alemán*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2007.