



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**LA TENTATIVA INIDÓNEA EN CHILE; UN ANÁLISIS DOCTRINARIO Y  
JURISPRUDENCIAL EN CUANTO A SU PUNIBILIDAD.**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Danixza Tamara Aliquintui Pereira

Leandro Ernesto Contreras Daza

Profesor Guía: Javier Arévalo Cunich

Santiago, Chile

2019



# Tabla de Contenido

RESUMEN .....	7
INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO PRIMERO: EL ITER CRIMINIS .....	13
I.    Fases del Desarrollo del Delito.....	13
1.    Fase Interna.....	14
2.    Fase Externa.....	15
II.   Justificación del adelantamiento de la punibilidad en la tentativa.....	15
1.    Teorías Objetivas.....	17
2.    Teoría Subjetivas.....	18
3.    Teoría de la Impresión.....	19
4.    Teoría de la Expresión.....	19
5.    Teoría Unificadora de Roxin.....	20
III.  La Tentativa y sus elementos constitutivos .....	21
1.    Elementos objetivos: .....	22
a) Principio de Ejecución.....	22
b) Insuficiencia de Acción.....	22
2.    Elementos Subjetivos: <i>El tipo subjetivo de Tentativa</i> .....	23
CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENTATIVA INIDÓNEA.....	<del>2527</del>
I.    La Tentativa Idónea e Inidónea.....	<del>2527</del>
II.   Clasificación doctrinaria.....	<del>2628</del>
1.    En virtud del elemento sobre el cual recae .....	<del>2628</del>
a)    Inidoneidad del Sujeto.....	<del>2628</del>
b)    Inidoneidad del Objeto.....	<del>2729</del>
c)    Inidoneidad del Medio.....	<del>2729</del>
2.    Tentativa Supersticiosa o Irreal.....	<del>2830</del>
III.  Problemáticas de la Tentativa Inidónea.....	<del>2830</del>
CAPÍTULO TERCERO: CÓMO RECOGE LA LEGISLACION LA TENTATIVA Y, EN PARTICULAR, LA TENTATIVA INIDÓNEA.....	<del>3537</del>
I.    Legislación nacional vigente .....	<del>3537</del>
II.   Derecho comparado.....	<del>3941</del>
1.    Alemania .....	<del>3941</del>

2. España.....	<u>4143</u>
3. Italia.....	<u>4244</u>
4. Argentina.....	<u>4345</u>
5. México.....	<u>4547</u>
6. Colombia.....	<u>4749</u>
CAPÍTULO CUARTO: TRATAMIENTO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA Y DE SUS PROBLEMÁTICAS POR LA DOCTRINA.....	<u>4951</u>
I. Estado de la discusión en Chile: <i>¿Punibilidad o impunidad de la tentativa inidónea?</i> .....	<u>4951</u>
1. Posición en favor de la impunidad.....	<u>4951</u>
2. Posición en favor a la punibilidad.....	<u>5254</u>
II. Estado de la discusión en España sobre la tentativa inidónea.....	<u>5355</u>
1. Cuestiones preliminares.....	<u>5355</u>
2. Criterio ex ante.....	<u>5456</u>
3. Criterio ex post.....	<u>5658</u>
CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA SOBRE LA TENTATIVA INIDÓNEA.....	<u>5961</u>
I. Casos emblemáticos y tendencias en otros países.....	<u>5961</u>
1. España.....	<u>5961</u>
2. Argentina.....	<u>6264</u>
II. Jurisprudencia nacional.....	<u>6567</u>
1. Recursos De Nulidad.....	<u>6668</u>
a) CAUSA Nº 18/2015 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN Nº 1343 DE CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, DE 24 DE MARZO DE 2015.....	<u>6668</u>
b) CAUSA Nº 102/2016 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN Nº 8235 DE 1º sala de CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016.....	<u>6769</u>
c) CAUSA Nº 173/2017 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN Nº 60922 DE 2ª sala CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, DE 29 DE JUNIO DE 2017.....	<u>6971</u>
d) CAUSA Nº 158/2018 (PENAL). RESOLUCIÓN Nº 11 DE 2º sala CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, DE 17 DE MAYO DE 2018.....	<u>7072</u>
e) CAUSA Nº 813/2018 (PENAL). RESOLUCIÓN Nº 8 DE CORTE DE APELACIONES DE TALCA, DE 23 DE OCTUBRE DE 2018.....	<u>7173</u>
2. Recursos De Apelación.....	<u>7375</u>
a) CAUSA Nº 4679/2017 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN Nº 6 DE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2017.....	<u>7375</u>
b) CAUSA Nº 1868/2014 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN Nº 56055 DE CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014.....	<u>7476</u>

3. Comentario en general a los fallos chilenos .....	<u>7577</u>
4. Casos revisados por la doctrina nacional.....	<u>7577</u>
CAPÍTULO SEXTO: PROYECCIÓN ACERCA DEL FUTURO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN CHILE. ....	
I. Proyecto de Nuevo Código Penal .....	<u>7981</u>
CONCLUSIONES.....	<u>8789</u>
BIBLIOGRAFÍA .....	<u>9193</u>



## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analiza la tentativa inidónea para comprender mejor su eventual penalidad como adelantamiento de la punibilidad antes de la fase de consumación, desde el punto de vista de que ésta no debiese ser, a priori, punible, toda vez que no existiría una lesión directa o puesta en peligro a un bien jurídico determinado. Para esto, es necesario revisar las diversas posturas teóricas frente a la punibilidad de la tentativa y cuál ha sido su aplicación en la doctrina y en la jurisprudencia. Se sostendrá que no debiese ser punible la tentativa absolutamente inidónea, pero respecto de la tentativa relativamente inidónea; ésta podrá dar lugar a un eventual desplazamiento del tipo, de modo tal que es dable su punibilidad por esta vía en determinados casos.

Palabras Clave: Tentativa – Idoneidad – Inidoneidad – Absoluta y Relativa – Punibilidad – Impune – Punibilidad



## INTRODUCCIÓN

En los múltiples ordenamientos jurídicos, es aceptado el adelantamiento de la pena a un estado previo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, basándose para ello en diversas justificaciones como la peligrosidad, la voluntad criminal o incluso la impresión que causa la conducta desplegada por el sujeto activo. Sin embargo, es dable preguntarse qué ocurre cuando dicha conducta no produce daño alguno o produce un daño atenuado, pero que no se condice con el plan del autor, esto dentro de un marco legal previamente establecido, considerando también su sanción dentro de márgenes de proporcionalidad, lesividad y de fines de la pena. Este es el caso de la llamada tentativa inidónea, cual es el objeto de la investigación de esta tesis de pregrado.

Se mostrará la significación de las discusiones doctrinarias que han surgido a este respecto, siendo agrupadas en virtud de elementos comunes de relevancia, la importancia que ha adquirido dicha discusión en virtud de las modificaciones legales y los proyectos de reforma que han tenido lugar, tanto en nuestro derecho como en el derecho comparado. Y es que la importancia de hablar sobre la tentativa inidónea radica en la eventualidad de determinar su punibilidad o su impunidad en cada una de las legislaciones a estudiar, en especial la nuestra.

Así, el objetivo que persigue la investigación contenida en esta tesis de pregrado, es determinar si en nuestro derecho nacional es punible la tentativa inidónea y cuál es su aplicación, lo que pretende lograrse mediante una revisión doctrinaria y jurisprudencial, tanto nacional como comparada.

En primer lugar, y con el fin de introducir los conocimientos básicos requeridos previo a profundizar en la temática particular en que se centra el estudio, se hará una exposición sucinta acerca del *iter criminis*, para luego identificar en qué fase del delito se encuentra la tentativa y cuáles son sus elementos (CAPÍTULO PRIMERO). Posteriormente, en segundo lugar, en virtud de los elementos anteriormente señalados, se definirá la tentativa

inidónea y se entregará sus principales clasificaciones, a fin de realizar un análisis más profundo (CAPÍTULO SEGUNDO).

En tercer lugar (CAPÍTULO TERCERO), se estudiará cómo han recogido las distintas legislaciones la tentativa inidónea, primero en nuestra legislación vigente, para luego avocarnos al derecho comparado, analizando los Códigos Penales de los países que, a nuestro juicio, son más relevantes de destacar, ya sea por su relevancia para la doctrina, o por su semejanza a nuestra legislación.

En cuarto lugar (CAPÍTULO CUARTO), se hará un acercamiento a las propuestas doctrinarias más relevantes respecto a la tentativa inidónea, tanto respecto de los autores nacionales como extranjeros.

En quinto lugar (CAPÍTULO QUINTO), se hará referencia a cómo la jurisprudencia ha recogido y tratado la tentativa inidónea; se hará un análisis de sentencias judiciales emblemáticas en otros países, y luego de Tribunales de Justicia de nuestro país que se han pronunciado acogiendo o rechazando la punibilidad de la tentativa inidónea aplicada a determinados casos en particular.

Realizaremos una breve revisión de cómo el legislador chileno pretende dar soluciones a la discusión de la tentativa inidónea, a través del análisis de los Anteproyectos de Reforma de Código Penal, que han tenido lugar desde el año 2013 a la fecha (CAPÍTULO SEXTO). Ellos pueden darnos luces respecto a lo que puede esperarse del futuro de la tentativa inidónea en Chile.

Toda esta revisión doctrinaria y jurisprudencial se hará a fin de arribar a conclusiones (CAPÍTULO SÉPTIMO) relevantes respecto al desarrollo de la tentativa inidónea en nuestro país; cómo se relaciona con respecto a sus pares extranjeros, cuál es el estado actual de la discusión acerca de su punibilidad y cuáles son las posibilidades a futuro de que transmute con la reforma al Código Penal que se está gestando hoy en día.

Especial atención merece el análisis de la tentativa relativamente inidónea cuando produce un resultado lesivo distinto al que se pretendió consumir por parte del hechor que desplegó la conducta antijurídica, si también debería atenuarse su punibilidad en función de

la peligrosidad y del resultado diverso obtenido por el ejecutor o no, siempre y cuando la conducta diversa o su resultado hayan estado tipificados previamente por el legislador.

La hipótesis de esta investigación es que la tentativa absolutamente inidónea no debería ser punible por motivos de lesividad del bien jurídico, salvo que el legislador haya contemplado expresamente su punibilidad, por razones de política criminal, sin perjuicio de hacer siempre la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, siendo la primera impune.



## CAPÍTULO PRIMERO: EL ITER CRIMINIS

### I. Fases del Desarrollo del Delito

Este capítulo tratará sucintamente el estudio del denominado iter criminis, itinerario criminal o fases del desarrollo del delito, para posteriormente entrar en la complejidad de la tentativa inidónea y comprender en qué etapa de estas fases se encuentra.

Para que a una persona se le atribuya una pena, ésta debe haber desplegado conductas que contemplen los elementos del delito, a saber, una *acción, típica, antijurídica y culpable* (o reprochable). Al concurrir todos estos elementos, el sujeto activo se hace merecedor de una pena por la consumación de un delito puesto que ha ejecutado una conducta que daña o coloca en peligro un bien jurídico de una forma intolerable por nuestra sociedad<sup>1</sup>, ejecutando un tipo penal regulado en la parte especial del Código Penal, atribuyéndosele la calidad de autor de dicho delito por haber consumado completamente el tipo penal. Esto considera la ejecución de una acción (u omisión, dependiendo del caso), partiendo de la noción de que el Derecho es regulador de conductas y que, por tanto, los pensamientos no son punibles. Es el llamado principio de *cogitationis poenam nemo partitur*, que se condice con los principios de inocencia y de la mínima intervención del Derecho Penal. Sin embargo, nos encontramos con las fases del desarrollo del delito, reguladas en la Parte General de nuestro Código Penal, donde se contempla el denominado “adelantamiento de la punibilidad”, donde existe un margen de lo “mínimo de lo punible” a través de un itinerario criminal<sup>2</sup>, es decir, se puede atribuir una sanción penal a quien aún no agota todo el iter criminis.

Bajo este entendido, existe un verdadero camino para la consumación del delito, distinguiéndose así una fase interna y otra externa en la ejecución del delito; ideación, preparación, ejecución y consumación. Generalmente, lo que se castiga penalmente es la fase

---

<sup>1</sup> El Principio de Lesividad viene a ser un elemento fundante y esencial de la responsabilidad penal, toda vez que en cualquier república democrática como la nuestra existe como valor y derecho básico el de la libertad, con el límite dado por el respeto de la libertad de los demás.

<sup>2</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed. (Bogotá: Temis, 1996), 164.

externa del delito, pues existe una relación directa entre la ejecución y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin perjuicio de encontrarnos con los actos preparatorios en la fase externa, ya que consisten en una manifestación directa de la resolución de delinquir, aunque, por regla general suelen no ser punibles. No obstante, para autores como BACIGALUPO, es incorrecto hablar de que “excepcionalmente” la ley castiga también actos preparatorios pues, por ejemplo, la tenencia de instrumentos para falsificar –según el Código Penal Argentino en su artículo 299 – no presenta un acto preparatorio, sino un acto auténtico de ejecución, porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente. Afirmar que son punibles, según JESCHECK, sólo por especiales motivos político-criminales, a contrario sensu, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues todos los delitos de la Parte Especial del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal.<sup>3</sup> Es así como existen hipótesis a lo largo de la Parte Especial de los diversos Códigos Penales que admiten la posibilidad de la aplicación, en tanto consecuencia directa establecida en la norma punitiva, de una sanción en caso de la no realización completa del supuesto de hecho previsto en la dicha norma. Tal es el caso de la tentativa, que ha de ser comprendida como un tipo subordinado a los tipos expresados en la Parte Especial y que, por lo mismo, desde una perspectiva formal, es un tipo dependiente<sup>4</sup>. De modo que “*sería punible la tentativa de delito, no el delito de tentativa*”<sup>5</sup>.

### **1. Fase Interna.**

El marco de la intervención punitiva aparece determinado por la realización de actos externos que pongan de manifiesto la fase interna<sup>6</sup>.

De conformidad al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, los pensamientos no son punibles. La fase interna del delito, que comprende las etapas de ideación, planificación

---

<sup>3</sup> Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.2., trad. y ed. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (Barcelona: Bosch, 1981), 423.

<sup>4</sup> Juan Pablo Mañalich, “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 4 (2004): 138. doi: 10.5354/0718-4735.2011.15039.

<sup>5</sup>Ibíd.

<sup>6</sup> Arévalo Cunich, Javier, *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 2

y resolución delictiva, no son punible. El marco de la intervención punitiva aparece determinado por la realización de actos externos que pongan de manifiesto la fase interna.<sup>7</sup>

## 2. Fase Externa.

Se clasifican en esta fase, bajo un primer criterio, los actos preparatorios, la tentativa, la frustración y la consumación. Asimismo, podemos distinguir los actos de mera preparación (como la conspiración y la proposición) de los actos de ejecución (empezando por la tentativa), siendo la principal diferencia entre una y otra que los primeros son impunes<sup>8</sup> por regla general, no así los actos de ejecución, que son siempre punibles.

Podemos afirmar que existe **tentativa** cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento (Art. 7 inciso final del Código Penal). Es decir, pasamos ya de una fase interna a una fase externa a través del *Principio de Ejecución*, marcado principalmente por la realización de actos destinados a la consumación de un delito.<sup>9</sup> Así, la tentativa constituye la primera fase de ejecución del delito, siendo la más cercana a las fases de preparación.

*Interpretativamente es posible excluir del campo de la tentativa los delitos culposos, donde resulta inconcebible, ya que solo se puede intentar alcanzar lo que se quiere, pero no se puede intentar lo no querido.<sup>10</sup>*

## II. Justificación del adelantamiento de la punibilidad en la tentativa

*¿Cuál es el motivo jurídico-penal que justifica el adelantamiento de la punibilidad a un estadio lejano, como lo es la tentativa, de la consumación del delito?*

---

<sup>7</sup> *Ibíd*, 3.

<sup>8</sup> Ver artículos 445 y 481 del Código Penal chileno.

<sup>9</sup> La doctrina no es conteste en qué entendemos por Principio de Ejecución. No siendo pacífico, de todos modos, en este primer capítulo se realizará un acercamiento breve al referirnos al tipo objetivo de la tentativa, sin pretensiones de acuciosidad.

<sup>10</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 10

Suele justificarse generalmente en que, para el Estado, resulta más lógico intervenir en el delito para prevenir el daño antes de que éste ocurra<sup>11</sup>. Señala MAÑALICH que *“tanto el concepto de consumación como el concepto de tentativa son conceptos formales. La consumación de un determinado tipo, esto es, la realización completa del supuesto de hecho de una norma punitiva, no prejuzga en modo alguno cuál sea la relación entre esa realización completa y el grado de afectación del objeto de protección de la norma. En otros términos, no existe una vinculación necesaria entre consumación y lesión de un bien jurídico: en este sentido, por ejemplo, los delitos de peligro también se consuman con la completa realización del tipo.*

*El concepto de lesión de un bien jurídico, en cambio, sí es un concepto material que puede servir de referencia para la comprensión del problema de legitimación a que se enfrenta el adelantamiento de la punibilidad. Es sumamente discutible, sin embargo, que el principio de protección de bienes jurídicos constituya un criterio adecuado para la evaluación de la satisfacción de los estándares de legitimación a que debe sujetarse tal adelantamiento.”*<sup>12</sup>

Según JAKOBS, la referencia a la protección de bienes jurídicos sería uno de los principales factores en la explicación de la generalizada disposición a aceptar las diversas manifestaciones de la tendencia actual a la anticipación de la punibilidad, pues el principio de la protección de bienes jurídicos *“induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico”*<sup>13</sup>. Esto conlleva a la clásica distinción del Derecho Penal de Enemigos versus el Derecho Penal de Ciudadanos – comprensión de una fase interna y externa-<sup>14</sup>.

No obstante, es imperioso hacer mención a que existen variadas posturas que intentan explicar el pensamiento jurídico tras la criminalización anticipada con su respectiva

---

<sup>11</sup> Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, Pág. 138

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Günter Jakobs, “Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Estudios de Derecho Penal. UAM Ediciones* (Madrid: Civitas, 1997). Págs. 293 y ss.

<sup>14</sup> Es preciso tener presente la conceptualización de KINHAUSER respecto a Comportamiento, Norma y Deber, como sustento teórico de la actuación en el plano externo que va más allá del planteamiento de la protección del bien jurídico, en cuanto a alternativa de actuación determinada por una norma que puede ser imperativa, prohibitiva o permisiva.

punibilidad a las acciones que no alcanzan a llegar a la consumación del tipo penal derivadas de múltiples construcciones dogmáticas. Dentro de las más significativas, se puede destacar a las teorías objetivas, las teorías subjetivas, las teorías de la impresión y la teoría de la expresión. Se tratará brevemente cada una de ellas.

La importancia de estas teorías radica en distintos ámbitos de la tentativa; ya sea para justificar su punibilidad, para determinar el principio de ejecución o para punir o no la tentativa inidónea.

### 1. Teorías Objetivas.

El principio de ejecución se producirá en el momento en que los actos externos llevados a cabo por el agente generen una situación de riesgo objetivo para el bien jurídico<sup>15</sup>, construyéndose entonces en función de su peligrosidad. FUERBACH<sup>16</sup> postula la formulación de un juicio de peligrosidad *ex post* como criterio de demarcación de la punibilidad y la impunidad de la tentativa<sup>17</sup> - excluyendo, como se verá más adelante, la tentativa inidónea-. Otra postura importante ha sido la propuesta tanto por VON LISZT como por VON HIPPEL, que realizan un análisis *ex ante* para la afirmación de una tentativa punible, cuya importancia al día de hoy dice relación directa con la aceptación de la Teoría de la Imputación Objetiva<sup>18</sup> en base a si existe una *imputación al comportamiento* que ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante, y una *imputación del resultado*, si es que ese riesgo se ha materializado. En otras palabras, se realiza una prognosis objetiva posterior desde el punto de vista de un observador, pero la realización del riesgo se evalúa *ex post*.

Dentro estas teorías, las más relevantes son la Teoría Objetivo Formal y la Teoría de Carrara. La primera teoría plantea que la tentativa concurre cuando se comienza a ejecutar la conducta prevista en el tipo penal; sin embargo, esta apreciación posibilita una confusión

---

<sup>15</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 11

<sup>16</sup> Anselm Von Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.1, trad. Eugenio Raúl Zaffaroni y Francisco Muñoz Conde (Buenos Aires: Hammurabi, 2007). Pág. 42

<sup>17</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág 4

<sup>18</sup> Mañalich, Juan Pablo hace referencia directa a Roxin en "Acerca del fundamento penal de la tentativa", en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267; Alcácer Guirao, op. cit. [nota 21], pág.197

entre la tentativa y la consumación. Es decir, para objetivizar el momento de la tentativa, se sacrifica la delimitación necesaria entre intentar y consumir.<sup>19</sup>

Respecto de la Teoría de CARRARA, ésta se desarrolla respecto a la determinación de actos equívocos y unívocos, “*Mientras el acto externo sea tal que pueda conducir tanto al delito como a una acción inocente, no tendremos nada más que un acto preparatorio*”<sup>20</sup> dejando en evidencia la existencia de un estado de peligro del bien jurídico; siendo, por tanto, la tentativa un acto unívoco. Si fuese un acto equívoco, podrían asignársele diversas significaciones, quedando esta valoración a un criterio ex – ante. Esto nos lleva a analizar el plan del autor, perdiendo en parte la “objetividad” esta teoría, razón por la cual fue rechazada por posterioridad por el mismo Carrara.

## **2. Teoría Subjetivas.**

Según estas, hay principio de ejecución desde el momento en que el agente, por medio de actos externos, manifiesta una voluntad contraria a la norma<sup>21</sup>. Esta teoría se basa en el querer del sujeto, negando la importancia de distinguir entre conductas peligrosas y no peligrosas. Se explicaría la punibilidad de la tentativa en función de la puesta en acción de una voluntad hostil al derecho o voluntad criminal.

Por otro lado, existe también una concepción del injusto vinculada al denominado finalismo radical que, siendo puramente subjetivista y nomológico, presupone la necesidad de formular una distinción de valoraciones escalonadas en la fundamentación de la norma de determinación, habiendo ,primero, una valoración positiva, luego una negativa y, por último, un tercer grado de valoración referido al comportamiento humano y su relación directa con el bien jurídico, toda vez que en las normas se trata de un “deber ser” o de un “no deber hacer” de sujetos y no de un “deber ser ideal”, y dentro de lo mismo un “hacer o no hacer

---

<sup>19</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 13.

<sup>20</sup> Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General*, Vol.1 (Buenos Aires: Depalma, 1944), 241.

<sup>21</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 5

posibles de los sujetos”<sup>22</sup>. Así, ZIELINSKI expresa que: “*No tiene sentido una distinción entre el delito consumado y el solamente tentado; todo acto final, que alcanza totalmente su ejecución, es contrario al deber e infringe la norma; para el juicio de valor (secundario) acerca del acto es irrelevante que el acto alcance su meta o no*”<sup>23</sup>.

### **3. Teoría de la Impresión.**

El elemento central es la conmoción social del comportamiento que se entiende antijurídico. Citando a MAURACH: “...*porque la actuación de la voluntad contraria al derecho es idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico*”<sup>24</sup>. El criterio es eminentemente subjetivista pero con una exigencia a dicho querer del autor consistente en provocar una perturbación en la confianza colectiva que contravenga el respeto por la norma y la vigencia del ordenamiento jurídico menoscabando la paz jurídica.<sup>25</sup> Esta es la teoría que actualmente predomina en Alemania, dada la tipificación de la tentativa que se hace en aquel país.

### **4. Teoría de la Expresión.**

Surge como crítica a la teoría de la impresión, toda vez que, según Jakobs, el centro del problema de la punibilidad de la tentativa no sería la conmoción psicológico-social, sino que la legitimidad de la intervención punitiva anterior a la realización del tipo viene dada en la infracción a una norma jurídica,<sup>26</sup> basándose en una expresión por parte del autor al ataque a la validez de la norma ya que, tanto en la tentativa como en la consumación, el autor manifiesta que no se rige por la norma. “*Es la expresión de la infracción de la norma que*

---

<sup>22</sup> Esto, si bien no dice relación directa, se asimila mucho en cuanto a la norma Prohibitiva según KINHAUSER, desde el punto de vista de la norma de conducta que se le ha impuesto a la persona, pero no desde un punto de vista deontológico.

<sup>23</sup> Diethart Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (Buenos Aires: Hammurabi, 1990). Pág. 136

<sup>24</sup> Reinhart Maurach, Karl-Heinz Gossel y Heinz Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, vol. 2, trad. de la 7ª edición alemana (Buenos Aires: Astrea, 1995). § 40, núm. 40

<sup>25</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 702.

<sup>26</sup> Jakobs, “Criminalización en un estadio previo..”, 293 y ss.

*implica la tentativa lo que fundamenta su punibilidad*"<sup>27</sup>. Es, por de pronto, importante señalar que, según JAKOBS, habría que distinguir entre tentativa en sentido material y tentativa en sentido formal. En el primero, lo que caracteriza al comportamiento sería un abandono del dominio de cursos causales lesivos para otros originados en el propio ámbito de organización. En la tentativa en sentido formal, en cambio, el abandono no se refiere a un curso lesivo, sino a la realización potencial de un tipo de delito. Por lo mismo, el autor debe expresar la infracción a una norma realmente existente y no imaginaria, siendo así, comunicativamente relevante. Tampoco implica que la intensidad de la punición en distintos estadios sea distinta, sino que, al contrario, existe una diferencia en el injusto cuantitativamente y no cualitativamente.<sup>28</sup>

## 5. Teoría Unificadora de Roxin

Especial atención merece la teoría propuesta por el profesor Claus Roxin<sup>29</sup> denominada "Teoría unificada o unificadora". En virtud del derecho penal vigente en Alemania, el § 22 del StGB (como se verá más adelante) introduce la representación del autor como criterio de imputación en la tentativa<sup>30</sup>, según ROXIN, procediendo a ser punible la tentativa inidónea pero no por un criterio ex ante, sino que por motivos de política criminal, dando con esto un carácter de peligrosidad a la acción desplegada<sup>31</sup>. El criterio que sigue Roxin une la teoría objetiva con la teoría de la impresión, señalando como argumento los fines de la pena desde un punto de vista de prevención general y prevención especial, poniendo énfasis, al momento de sancionar la conducta desplegada por el hechor, en la puesta en peligro dolosa próxima al tipo penal y con esto a dañar los bienes jurídicos

---

<sup>27</sup>Ídem

<sup>28</sup>Ibíd.

<sup>29</sup> Claus Roxin, "Acerca del fundamento penal de la tentativa", *Dogmática Penal y Política Criminal* (Lima: Ideosa, 1998). Págs. 275 y ss.

<sup>30</sup> Mañalich, "Tentativa y Desistimiento...", 147 – 148.

<sup>31</sup>Continúa señalando MAÑALICH: "Así, una acción que desde la perspectiva de un sujeto inteligente situado en la posición del autor y dotado de los conocimientos especiales que eventualmente concurrieran en éste no es susceptible de ser considerada peligrosa para el objeto de protección, podría, no obstante, ser declarada punible a título de tentativa (inidónea), en la medida en que bajo la representación del autor -y no bajo la representación de un sujeto (medianamente) inteligente situado en su posición- dicha acción sí hubiera sido estimada como capaz de lesionar el objeto de la acción, y en esa medida, el objeto de protección".

protegidos, pero, excepcionalmente, también a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho.<sup>32</sup> Como bien señala SCHÜRMAN, la punibilidad de la tentativa idónea se fundamenta en la teoría objetiva, existiendo un peligro cercano al tipo desde una perspectiva *ex ante* y, excepcionalmente, es punible la tentativa inidónea por causar una conmoción jurídica<sup>33</sup>. Por tanto, bajo esta teoría, sí sería punible la tentativa inidónea, no obstante, con una atenuación de la pena en la tentativa, y una punibilidad excepcional de la tentativa que no es especialmente peligrosa para el tipo, en la medida que cause una conmoción jurídica.<sup>34</sup>

En palabras de MAÑALICH: “(...) *La punibilidad de la tentativa ha de explicarse a partir de su comprensión como (a) una puesta en peligro cercana al tipo o como (b) una infracción de la norma cercana al tipo, que causa una conmoción jurídica. Esta explicación dualista del fundamento de la punición de la tentativa responde, precisamente, a la diferenciación entre tentativa idónea y tentativa inidónea. Así, la “puesta en peligro cercana al tipo” constituiría el fundamento de la punibilidad en los supuestos de tentativa idónea, mientras que la “infracción de la norma cercana al tipo”, el fundamento de la punibilidad en el ámbito de la tentativa inidónea. Ahora bien, en relación con la determinación de la peligrosidad como presupuesto de la punibilidad respecto de la tentativa idónea, Roxin postula la corrección de la utilización de una perspectiva ex ante. Pero si el recurso a la peligrosidad ex ante sólo es aplicable en el ámbito de la tentativa idónea, entonces la tentativa inidónea, en la propuesta de Roxin, ha de ser comprendida como una tentativa ex ante no peligrosa*”<sup>35</sup>.

### III. La Tentativa y sus elementos constitutivos

---

<sup>32</sup>Ibíd, 258.

<sup>33</sup> Miguel Schurmann, “¿Qué entendemos por Tentativa Inidónea Impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas”, en *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, coord. Claudia Cárdenas Aravena (Santiago: Thomson Reuters La Ley, 2016), 13.

<sup>34</sup>Ibíd.

<sup>35</sup> Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 147 – 148.

## 1. Elementos objetivos:

### *El tipo objetivo de Tentativa; principio de ejecución e insuficiencia de acción.*

#### a) Principio de Ejecución

El tipo objetivo de tentativa requiere de dos elementos fundamentales: por una parte, la existencia de actos externos que constituyan un principio de ejecución; por la otra, de una insuficiencia de la acción en el sentido que faltan uno o más actos para llegar a la consumación.<sup>36</sup>

El sujeto activo debe dar comienzo a la ejecución de un crimen o simple delito. Así lo expresan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: “*Intentar no es proyectar, no es decidir, no es preparar: el intento comienza con el principio de realización*”. Es este uno de los aspectos más controvertidos dentro del iter criminis, que tiene su fundamento en la extraordinaria relevancia práctica de la determinación del principio de ejecución. Recuérdese que este concepto constituye el límite entre los actos preparatorios, generalmente impunes, y los actos ejecutivos, siempre punibles. La Teoría de WELZEL propone que hay principio de ejecución cuando el hechor se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo de acuerdo a su propio plan, con la finalidad de poder valorar la efectividad e inmediatez de sus acciones hacia la consumación del tipo penal.

En términos generales, las teorías subjetivas pondrán el acento en la voluntad delictiva, en el designio contrario al mandato de la norma, en tanto que las teorías objetivas harán hincapié en la efectiva producción de un resultado o la creación de un peligro para el bien jurídico. Se trata, en último término, de la polémica del desvalor de acto y el desvalor de resultado frente a la punición.

#### b) Insuficiencia de Acción.<sup>37</sup>

Una vez comenzada la ejecución, la consumación no debe verificarse porque falta uno o más actos para su complemento. Es importante destacar que, tratándose de la tentativa,

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis, Apuntes de Clase*, Santiago, 2017. Pág. 13

la no realización de la totalidad de los actos destinados a la consumación puede obedecer a razones independientes de la voluntad del delincuente, por ejemplo, un inconveniente técnico en el mecanismo percutor del arma, o a su propia decisión, caso en el cual nos encontraremos frente a una tentativa desistida.<sup>38</sup>

## 2. Elementos Subjetivos: *El tipo subjetivo de Tentativa.*<sup>39</sup>

Desde el momento en que el sujeto activo da comienzo a la ejecución del crimen o simple delito, es evidente que su deseo es el de consumir, habiendo un propósito de consumación o voluntad final consumativa equivalente al *dolo directo*. Resultaría forzado sostener que alguna persona pueda dar principio de ejecución de un delito con el propósito de no consumir. Es por ello que existe discusión en la doctrina sobre si puede ser cometida con dolo eventual. Mezger lo considera como opinión dominante. La aceptación de una u otra postura amplía o restringe el ámbito de aplicación de la tentativa ampliando o restringiendo también así el marco de los actos punibles.

Partiendo del supuesto que la persona siempre buscará la consumación, por hechos directos, debe encaminar su actuación con pleno conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal. Si la tentativa consiste en dar comienzo a la ejecución de un delito por hechos directos, dicha descripción no guarda concordancia con la actitud psicológica de mera aceptación del resultado, propia de quien actúa con dolo eventual. La actividad externa debe estar directamente encaminada a la consumación de un crimen o un simple delito. Argumento similar que se podría emplear si nos encontramos frente a una tentativa culposa, la mera negligencia es inconciliable con el propósito de consumir.

Sin embargo, autores como WELZEL estiman que sí es compatible, pues si para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa. Si la ley admite que se pueda cometer homicidio consumado con dolo eventual, no se divisa razón alguna para no admitir un homicidio tentado con el mismo grado de subjetividad. El

---

<sup>38</sup> Este tema dice relación con el primer caso de tentativa inidónea que trata el profesor SCHÜRMAN, que fue la conclusión a la que llegó la Corte de Apelaciones de San Miguel.

<sup>39</sup>Ibíd.

argumento, desde un punto de vista lógico, parece inatacable. No obstante, autores como NOVOA, plantean que la expresión “hechos directos” no constituye sino el propósito criminal de consumir, que no debe ser confundido con el dolo, sino que constituye un elemento subjetivo del tipo subordinado de tentativa. De este modo, NOVOA no hace distinción entre dolo directo y dolo eventual, admitiendo así, a diferencia de WELZEL, de manera implícita la admisibilidad de tentativa con dolo eventual.

## CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENTATIVA INIDÓNEA

### I. La Tentativa Idónea e Inidónea

En este capítulo se tratará exclusivamente de la teoría de la tentativa inidónea, para más adelante hacer un análisis de la discusión doctrinaria respecto a la punibilidad de ésta (CAPITULO CUARTO). Por de pronto, en esta sección sólo se estudiarán las diferentes clases de inidoneidad de la tentativa. Como se ha dicho, el hechor ya ha exteriorizado su voluntad criminal a través de ciertos hechos (que más adelante se discutirá si son hechos directos), dando así principio de ejecución al delito. Es necesario hacer hincapié en que en un análisis ex post toda tentativa sería inidónea – es decir, no tendrían la aptitud para consumar el delito – toda vez que, si la tentativa fuese idónea, se hubiera consumado el delito.<sup>40</sup> Por tanto, estamos frente a una acción que no llevará a la realización completa de lo querido; en otras palabras, no podrán alcanzar la consumación del delito por ser una tentativa propiamente tal – insuficiencia de acción - pero la tentativa inidónea como tal da lugar a esto ya sea porque dichos actos por su propia naturaleza o porque las propias circunstancias no son idóneas para conseguirla<sup>41</sup>.

La doctrina es conteste en la diferenciación de la tentativa idónea y la tentativa inidónea, toda vez que la tentativa idónea sería, en principio, apta para llevar al sujeto a la comisión del delito. No obstante, también existe una subclasificación de lo que es la tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea. La primera será aquella que en caso alguno podrá provocar la consumación del tipo descrito en la parte especial (denominada por cierta doctrina como “*delito imposible*”); la segunda, en cambio, bajo ciertas circunstancias podría haber llegado a la consumación, pues es apta o adecuada para tales fines; pero por la insuficiencia de acción, propia de la tentativa, no la logra. Así, señala NOVOA que “*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 (...) hay inidoneidad relativa cuando los medios o el objeto tienen por si mismos la aptitud para conseguir el resultado, pero éste no llega a producirse en el caso concreto por circunstancias*

---

<sup>40</sup> Jurgen Baumann, *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema* (Buenos Aires: Depalma, 1973), 490.

<sup>41</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 20.

*particulares que en él hacen inoperante el intento*".<sup>42</sup> Por otro lado, también se admite la clasificación respecto a qué aspectos son los que deben ser inidóneos, siendo aceptada la inidoneidad en el objeto, en el sujeto y en los medios. Es así como obtenemos la posibilidad de varias combinaciones entre estas clasificaciones, siendo así, su punibilidad, altamente discutida en doctrina, como se verá más adelante.

## II. Clasificación doctrinaria

### 1. En virtud del elemento sobre el cual recae

#### a) Inidoneidad del Sujeto

Se señala, como ejemplo de delito imposible, el caso del sujeto activo no revista la calidad exigida por el tipo penal para consumar el delito. Tal es el caso de la persona que persigue cometer un delito funcionario sin tener la calidad de tal.<sup>43</sup> Así, el profesor SCHÜRMANN da el ejemplo de quien cree poseer deberes especiales derivados de normas de las que no es destinatario<sup>44</sup> *“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”*<sup>45</sup>. Para este autor, esta inidoneidad del sujeto que la ejecuta debe ser entendida como un “error de prohibición al revés”, en otras palabras, como un delito putativo impune pues nunca podrá lograr la consumación del hecho.<sup>46</sup> No habrá una distinción, en este caso, entre tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea.

---

<sup>42</sup> Ver en Eduardo Novoa, Novoa Monreal, Eduardo. "El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, no. 124 (1963), especialmente en las páginas 51 y siguientes.

<sup>43</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 21

<sup>44</sup> Schürmann, “¿Qué entendemos por Tentativa Inidónea Impune?”, 12.

<sup>45</sup> *Ibíd*

<sup>46</sup> También es dable señalar que, siguiendo a SCHÜRMANN, esta materia no es pacífica en la doctrina, toda vez que, para las teorías finalistas, la representación del autor puede ampliar la tipicidad también en el ámbito de la autoría.

#### b) Inidoneidad del Objeto.

Se puede dar la situación en que el objeto del delito, en quién o qué recae el delito, no ofrece idoneidad para consumar el tipo penal por ser inexistente. Común es el ejemplo de quien entra en la habitación de la víctima y percute un arma para darle muerte; sin embargo, esta persona ya había fallecido con anterioridad por causas naturales, es decir que se dispara contra alguien que ya está muerto y que, por ende, no puede ser objeto del delito de homicidio. También se menciona en la doctrina el ejemplo de quien realiza maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada, siendo imposible conseguir la consumación del delito de aborto. En estos casos estamos frente a una tentativa absolutamente inidónea, toda vez que el propio objeto sobre el cual debe recaer el delito ya no existe o nunca existió.

Es posible encontrarnos con una tentativa relativamente inidónea por el objeto cuando, por ejemplo, el sujeto a quien le dispararon no se encontraba en la cama, sino que justo había concurrido al baño y sólo por ese hecho no recibió el disparo siendo que para quien percutió el arma la bala impactó en la supuesta víctima. Sería relativamente inidónea dado que el objeto del delito existía y existe, habiéndose podido configurar el delito de no ser porque el sujeto no estaba presente en el lugar. No cabría hablar de delito frustrado, ya que estaríamos frente a una verdadera insuficiencia de acción y no frente a la situación en que el delincuente ha puesto todo lo necesario para su consumación.<sup>47</sup>

#### c) Inidoneidad del Medio

Es, quizá, el factor que mayor problema podría traer respecto a la discusión de su punibilidad. Existirá inidoneidad absoluta cuando el medio empleado para la comisión del delito no sea apto para producir el resultado típico. Tal es el caso de quien pretende matar a otro utilizando una sustancia inocua, como por ejemplo azúcar en vez de veneno, aun creyendo por parte del sujeto activo que lo que vierte en el té de la víctima es un veneno letal.

---

<sup>47</sup> Recordar el inciso 2° artículo 8 de nuestro Código Penal: *Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.*

Por otro lado, existirá inidoneidad relativa cuando, en efecto, se suministra el veneno letal en el té de la víctima, pero en cantidad insignificante. La primera acción es, aparentemente, inofensiva. La inexistencia absoluta de lesión y peligro no deberían traer aparejado un castigo, por tanto, la tentativa inidónea sería impune, pues estaríamos frente al principio de ejecución de un hecho inocuo.

## 2. Tentativa Supersticiosa o Irreal.

Por último, dentro de esta clasificación, resulta no menos importante referirse a la tentativa supersticiosa o irreal. Si bien se trata sobre una tentativa absolutamente inidónea por el medio de ejecución, ha sido tratada normalmente aparte, por su absoluta inidoneidad tanto *ex ante* como *ex post*<sup>48</sup>, pues no pueden ser conductas consideradas peligrosas. Tal como señala el profesor ARÉVALO, no está llevando a cabo actos típicos o encaminados a la consumación de un tipo penal por un hecho directo y, en caso alguno, podrán llegar a la consumación ni mucho menos generan un peligro para el bien jurídico tutelado<sup>49</sup>. Así, para SERRANO-PIEDECASAS, al no existir peligrosidad *ex ante* ni *ex post*, debe ser descartada la punibilidad de la tentativa supersticiosa o irreal<sup>50</sup>. Incluso, desde la teoría de la impresión, carecen de toda relevancia comunicativa, impidiendo también, por esta postura, su punibilidad. El ejemplo más gráfico es el que postula el profesor ARÉVALO: “*quien pretende matar a otro por medio de oraciones o ruegos a la divinidad, o bien realizando actos de hechicería o similares, no puede seriamente –jurídicamente– afirmarse que está tentando matar.*”<sup>51</sup>

## III. Problemáticas de la Tentativa Inidónea.

Considerando los ejemplos anteriormente expuestos de inidoneidad tanto absoluta como relativa, el profesor ARÉVALO se plantea las siguientes problemáticas en torno a

---

<sup>48</sup>Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 150.

<sup>49</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 21

<sup>50</sup> Luis Serrano-Piedecabras, “Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, tomo 51 (1998), 126.

<sup>51</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 21

cómo se deben enfrentar estas hipótesis desde el punto de vista penal a través de las siguientes preguntas: *¿Es posible hablar de tentativa?, y en caso afirmativo, ¿Qué sanción penal corresponde aplicar?*<sup>52</sup> Además de estas preguntas, es interesante plantear si existe un principio de ejecución, ya que, como se verá más adelante, se exige que se dé principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos y frente a una tentativa, al menos absolutamente inidónea ello no es factible. Por tanto, es menester considerar y recordar, como se ha señalado por autores anteriormente citados, que toda tentativa sería teóricamente inidónea pues a esa ejecución le faltarán, siempre, uno o más elementos a fin de poder completar el tipo penal, lo que sería un elemento esencial de la tentativa. Pero esto es sólo un criterio analizado a posteriori de la ejecución del hecho (o ex post) en virtud de que se tendrá por no consumado el delito no siendo posible si la acción analizada ex ante podría ser idónea, ya no para la tentativa tener aptitud de dañar el bien jurídico, sino que derechamente de consumir el tipo penal. Habiendo principio de ejecución, podríamos hablar de la existencia de la tentativa a pesar de que se pueda discutir sobre si estos hechos son directos o no, como lo menciona nuestro artículo 7 del Código Penal. Cada teoría que justifica la punibilidad en un estado previo antes de la consumación del delito (tentativa y frustración), determina un momento en que se da principio a la ejecución del hecho y, asimismo, al menos determina o entrega una postura que fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea, a pueda ser ésta relativa o absolutamente inidónea. Son ideas que se han ido recogiendo en diversos ordenamientos jurídicos por propuestas doctrinarias o, incluso, teorías doctrinarias que han nacido en virtud de lo expresado por el legislador. Como se verá más adelante, cada ordenamiento jurídico optará por una solución distinta, ya sea por razones de política criminal o por la forma de redacción de la tentativa, la que puede tener un rango más amplio o más estricto o, porque directamente, se ha decidido penar la tentativa inidónea.

Al analizar las distintas corrientes teóricas que admiten o no la punibilidad de la tentativa inidónea, puede atenderse a aquella que opta por considerar el plan del autor, y analizar si acaso para quien despliega la conducta con intención criminal el plan era posible o no, pero caeríamos en el problema de que por más que el hechor quiera, por ejemplo, asesinar a otra persona mediante veneno que, en verdad no lo es, no podrá consumir su

---

<sup>52</sup>Ibíd, 21.

designio criminal aunque tenga tal intención o propósito. Sólo si siguiésemos un criterio subjetivista y analizando la situación ex ante podríamos hablar de principio de ejecución y por tanto de poder penar esta tentativa absolutamente inidónea. Pero estamos lejos de una lesión directa a un bien jurídico, lo cual no deja de ser menor por el hecho de no poder envenenar a la posible víctima, sino porque existió una voluntad de atentar contra una norma jurídica determinada y contra un bien jurídico tutelado por el legislador, pero, por circunstancias de ignorancia del hechor, el delito no se verificó.

Siguiendo con la problemática y dando otro ejemplo clásico, pero ahora desde la teoría de la impresión anteriormente descrita, el hechor decide colocar una bomba en un centro comercial, la cual está mal hecha y, por lo tanto, es absolutamente imposible que se active. A pesar de esto, el hechor y el resto de la gente que concurrió ese día al centro comercial ignora esta circunstancia, motivo por el cual genera un gran pánico y alboroto en la multitud, haciendo que aparezca en la prensa y que el escuadrón antibombas de la policía vaya hasta el lugar para resguardarlo y proceder a la desactivación de la bomba. El sujeto manifiesta su intención de vulnerar tanto una norma como un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico. Respecto a la Teoría de la Impresión, ya no solo importa la intención del sujeto, sino además adquiere relevancia la impresión generalizada que produce un acto de esta especie en la comunidad. Que el hecho produzca una repulsión y alteración en la comunidad; que genere una peligrosidad a la vigencia de la norma. Podría pensarse que en este caso cabría la punibilidad a la tentativa inidónea, si observamos la situación desde el prisma de la prevención general positiva, pues a través de la imposición de la pena estamos validando la vigencia del ordenamiento jurídico, pensando siempre en que el despliegue de esta conducta fue, propiamente tal, una negación al derecho y que la pena es la negación a la negación de la vigencia de la norma. Sin embargo, esto es altamente discutible pues no existiría una lesión directa a un bien jurídico. Todo dependerá de la forma en que esté descrita el tipo de tentativa, entendiéndolo como tipo subordinado. A pesar de todo, es de gran importancia recordar que estaríamos frente a una tentativa absolutamente inidónea, ya que la bomba nunca explotará.

Continuando con el análisis, bien señala el profesor ARÉVALO que, en virtud del principio de lesividad, no toda conducta que ataque un bien jurídico será punible, pues la

pena se impondrá al considerar sólo los bienes jurídicos de la máxima relevancia y tipificar las conductas que atenten contra ellos de la forma más agresiva e intolerable por la sociedad. Es por esto que una tentativa inidónea podría ser o no punible bajo este prisma. Sin embargo, como el caso anterior, la acción desplegada por el sujeto nunca iba a consumarse, toda vez que la bomba tenía un defecto intrínseco que no la hacía apta para explotar al estar mal confeccionada. En consecuencia, para el profesor ARÉVALO sólo serían punibles aquellas conductas “*que por su particular lesividad han sido tipificados por la ley: los demás no son punibles. Dentro de esta misma categoría se encuentran, en nuestro criterio, las conductas señaladas anteriormente.*”<sup>53</sup>

A la luz de lo expuesto, resulta discutible si estas conductas son constitutivas de tentativa y sobre la misma, si son o no punibles. Siempre habrá que estar atento a lo expresado por el legislador, porque en virtud de una u otra forma de tipificar la tentativa se podría estar ante la predominancia de una u otra de las teorías anteriormente descritas en el Capítulo Primero. Por ejemplo, señalar que en nuestro ordenamiento jurídico requiere que el principio de ejecución sea por *hechos directos*, a priori, descartaría – por lógica - la posibilidad de punir la tentativa inidónea, pues al no tener aptitud para consumir el delito no podrían ser considerados como hechos directos. Esto repercute en que la doctrina nacional sea conteste, casi en su totalidad, en que la tentativa absolutamente inidónea no deba ser punible, pues se piensa que el legislador ha optado por un criterio objetivo de la peligrosidad de la tentativa<sup>54</sup>.

Para ARÉVALO, la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea es totalmente indiscutible e irrefutable por no existir un peligro inminente a un bien jurídico, y por tanto, si una conducta se aleja del daño efectivo al bien jurídico, su punición también deberá alejarse

---

<sup>53</sup> Arévalo Cunich, Javier. *Iter Criminis*, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 22 “*El juez será, por tanto, quien deba situarse en la posición del delincuente al momento de llevar a cabo su conducta y determinar si existía posibilidad física de alcanzar la consumación: si ello no es posible por inidoneidad del objeto, medios o sujeto, la conducta será absolutamente inidónea; de consiguiente, deberá estar impune por falta de tipo. La tipicidad subordinada del delito tentado importa la realización de actos externos que marquen el principio de ejecución de un crimen o simple delito, con miras a la consumación. Si el objeto perseguido no existe, si los medios empleados para alcanzar el objeto existente son inadecuados o el sujeto activo no es apto para ejecutar el tipo consumado, la conducta es penalmente irrelevante. Recuérdese sobre este particular que no todo ataque contra un bien jurídico es punible, sino aquellos que por su particular lesividad han sido tipificados por la ley: los demás no son punibles. Dentro de esta misma categoría se encuentran, en nuestro criterio, las conductas señaladas anteriormente.*”

<sup>54</sup> Schürmann, “¿Qué entendemos por Tentativa Inidónea Impune?”, 15.

o reducirse. Diversa es la situación de la tentativa relativamente inidónea, dado que por ciertas circunstancias se podría haber cometido el delito, pero los medios no eran del todo aptos en el caso concreto. Debiese, según este autor, ser punible la tentativa relativamente inidónea al existir una directa relación de la conducta desplegada por el sujeto tendiente a la realización de la consumación tal como si la tentativa fuese idónea para lograr los fines deseados por éste.<sup>55</sup> Esta noción sigue un criterio de peligrosidad tratado anteriormente por SCHÜRMAN, ya que plantea que el criterio para esta clasificación de idoneidad e inidoneidad deba ser un análisis ex post, pues al optar por un sistema ex ante de peligrosidad no habría un verdadero peligro para el bien jurídico, como objeto de protección, al momento de ejecutar el hecho, concluyendo que idoneidad y peligrosidad serían, entonces, conceptos sinónimos en este contexto.<sup>56</sup>

Si bien ya se ha planteado la necesidad de punir las conductas por la peligrosidad y además lo contemplado por nuestro Código Penal (hechos directos) que, aparentemente, harían impune la tentativa inidónea en sus dos vertientes, no deja de ser materia de ardua discusión doctrinaria y de tomas de posición por parte del legislador. SCHÜRMAN acierta totalmente al señalar que: *“Por de pronto, si bien parece que lo que estipule el legislador respecto de la teoría predominante, esto no es exclusivo, no obsta a darte cabida a otras teorías. 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 (sic) como una exigencia de exterioridad de la conducta, en los términos exigidos por el principio del hecho, y una exclusión de la*

---

<sup>55</sup> Arévalo Cunich, Javier. Iter Criminis, Apuntes de Clase, Santiago, 2017. Pág. 22

<sup>56</sup> Schürmann, “¿Qué entendemos por Tentativa Inidónea Impune?”, 30.

*sanción de la mera voluntad criminal*”<sup>57</sup>. Es por esto que el análisis y las discusiones doctrinales tanto nacionales como extranjeras son interesantes y merecen ser analizadas en un capítulo aparte. <sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibíd*, 27.

<sup>58</sup> Dentro de estas posturas, ARÉVALO postula que *“el criterio legislativo que orienta nuestro Código se inclinará por la impunidad basado en la imposibilidad de la conducta de lesionar o poner en peligro el bien jurídico”*.



## **CAPÍTULO TERCERO: CÓMO RECOGE LA LEGISLACION LA TENTATIVA Y, EN PARTICULAR, LA TENTATIVA INIDÓNEA**

La parte dogmática de cada ordenamiento jurídico es imprescindible para poder tener una mejor y cabal comprensión de la postura del legislador decantándose o no por cierta teoría para sancionar la tentativa inidónea. Bien es sabido que nuestra tradición jurídica se inspira en la legislación española, sobre todo en materia penal, y de cómo comparar el derecho irremediamente es una buena herramienta para obtener una mejor visión de su aplicación. Este capítulo se centrará exclusivamente en la revisión de la legislación de los países que, a nuestro criterio, resultan más relevantes o llamativos. Al efecto se han escogido de manera acotada. Posteriormente, en el capítulo siguiente, se revisará sentencias y sus respectivos argumentos que llevan a sancionar o no la tentativa inidónea.

### **I. Legislación nacional vigente**

Como ya se ha anticipado, la legislación actualmente vigente de nuestro Código Penal es comprendida por la mayoría de la doctrina a través de un criterio objetivo, pues requiere de elementos que son, a priori, incompatibles con la punibilidad a la tentativa inidónea, recogiendo, aparentemente, un criterio objetivo de peligrosidad que ha sufrido el bien jurídico, pues se necesita que los hechos, para configurar la tentativa, sean directos. Primeramente, es necesario entender la tentativa y comprender cómo nuestro ordenamiento jurídico la sanciona y, por tanto, qué pena se le asigna, siendo comprendida como un tipo subordinado<sup>59</sup>. Actualmente se encuentra recogida en el artículo 7º, que reza:

*“Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.*

*Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.*

---

<sup>59</sup>Ver Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 138: “Lo anterior conduce a la comprensión de las reglas de la tentativa como reglas a las cuales corresponden tipos, esto es, supuestos de hecho, subordinados a los tipos expresados en la Parte Especial. El tipo de la tentativa es, entonces, al menos desde una perspectiva formal, un tipo dependiente. Esto suele ser expresado recurriendo al siguiente juego de palabras: sería punible la tentativa de delito, no el delito de tentativa”, tal y como referimos en el capítulo primero.

*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”.*

Aquel artículo debe ser concordado con el artículo 9º, que indica que:

*“Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas”.*

De este modo, el Código Penal chileno haría punibles, mediante la estipulación de una fórmula general, la tentativa y frustración de crímenes y simples delitos, excluyendo en su artículo 9º a las faltas, pues estas solo serían sancionadas por el derecho si se encuentran en la calidad de consumadas.

En cuanto a la sanción impuesta a la tentativa, el análisis ha de principiar a partir del artículo 50 del Código Penal, que indica que:

*“A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley.*

*Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.*

La fórmula que utiliza nuestro legislador para aplicar sanción a la tentativa es rebajando la pena asignada al delito consumado, admitiendo así que han de tener una menor reprochabilidad que estos, puesto que se trata de una incompleta ejecución de las acciones orientadas a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por nuestro derecho.

En los artículos siguientes (del 52 al 54 del cuerpo legal ya mencionado), lo que hace el legislador es asignar las penas a aquellos crímenes y simples delitos que se encuentren en grado de tentativa, considerando, como se mencionó anteriormente<sup>60</sup>, que al estar más alejado de la lesión directa del bien jurídico – esto es, la consumación del tipo contemplado en la parte especial de nuestro Código Penal – le sanción o pena será, por lo mismo, más tenue o

---

<sup>60</sup> Cabe hacer mención, como señala ARÉVALO que, al tratar del desistimiento de la proposición y conspiración, “al legislador no le interesa la punición de actos tan alejados de la consumación delictiva”. Esto se condice totalmente al mencionar, el mismo autor, que las conductas punibles son aquellas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, decreciendo la magnitud del castigo en la medida en que se alejan de dichas situaciones.

rebajada. La solución a la cual llega nuestro ordenamiento jurídico se plantea del siguiente modo:

**Artículo 52.** *“A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.*

*Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el núm. 3° del art. 17, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito.*

*También se exceptúan los encubridores comprendidos en el núm. 4° del mismo art. 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.*

**Artículo 53.** *“A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito y a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.*

**Artículo 54.** *“A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito”.*

De tal forma que, conjuntamente al grado de consumación, define también la pena en virtud del grado de participación del sujeto activo, haciéndola variar gradualmente de manera descendiente a medida que sea un cómplice o encubridor.

Pero esta fórmula no se agota aquí, al establecer en el artículo 55 que:

*“Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.*

Ejemplos que podemos hallar de estos casos de punición específica para la tentativa de determinados delitos, son los artículos 169, 177 y 191 del Código Penal, en los que la tentativa se sanciona con el *mínimum* de la pena fijada para esos determinados delitos en grado de consumado, y el artículo 450 del Código Penal, en que el robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza en las cosas que se encuentren en grado de tentativa, se castigan con la pena de un delito consumado.

En definitiva, según la mayoría de quienes opinan al respecto, en Chile se trata de adoptar un criterio objetivo (o tal como dice MAÑALICH, *intersubjetivo*) para determinar si la acción que produce el resultado tipificado en la norma pueda ser catalogado como tentativa punible<sup>61</sup>, centrándose en qué medida atentaría contra el bien jurídico protegido por la norma, a diferencia, como se verá más adelante, de lo que ocurre en Alemania.

En lo que respecta a la tentativa absolutamente inidónea, esta se entiende, en principio, impune por nuestro legislador al considerar que opta por un criterio objetivo al expresar que la conducta desplegada debe ser “*por hechos directos*”, pues se supone la aptitud para poder alcanzar el resultado típico con la conducta desplegada y por tanto la consumación.<sup>62</sup> “*La exigencia de que el comienzo de ejecución se realice mediante hechos directos, sugeriría que el medio debe ser idóneo, considerando las circunstancias concretas del hecho y no en abstracto.*”<sup>63</sup> Sin embargo, entre la doctrina nacional es discutible el caso de la tentativa relativamente inidónea, dado a que existe cierta aptitud para lograr los fines de consumar el delito pero que por circunstancias específicas de ese hecho resultarían inidóneos para llegar al resultado tipificado en la parte especial de nuestro Código Penal. Contrario a este planteamiento es lo propuesto por MERA, al señalar que esos hechos no están encaminados directamente a obtener la consumación del delito en el caso concreto de que se tratan, por tanto, ni la tentativa absolutamente ni relativamente inidónea serían punibles en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>64</sup> De ser punibles ambos tipos de tentativa, ser

---

<sup>61</sup> Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 148.

<sup>62</sup> Jorge Mera, “Comentario al artículo 7º CP”, *Código Penal comentado*, Dir. Jaime Couso y Héctor Hernández (Santiago: Abeledo Perrot, 2011): 154-155.

<sup>63</sup> *Ibid*, 158.

<sup>64</sup> *Ibid*, 159. La idea concreta propuesta por MERA es la siguiente: “*Puede ser que consideraciones político-criminales como la “peligrosidad” o la exteriorización de una “voluntad criminal” que no se concretó en el*

estaría puniendo, según el autor, la pura voluntad criminal sin la lesión del bien jurídico protegido por el legislador.<sup>65</sup>

## II. Derecho comparado

### 1. Alemania

En el Título II del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*, o StGB), es que se recoge la tentativa, desde el §22 al §24.

Así, en el §22, define en primer lugar el concepto de tentativa, diciendo que

*“Comete tentativa de un hecho punible el que conforme a su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo.”*<sup>66</sup>

En este, se introduce la representación del hecho por el autor del hecho punible como un criterio de imputación en la tentativa, declarando así punible la tentativa inidónea según lo que sostiene ROXIN, aun cuando dicha tentativa no pueda ser catalogada de peligrosa analizándola desde el punto de vista ex ante<sup>67</sup>, dado que recogería un criterio totalmente subjetivo al ponerse en el plan del autor y con ello, en la voluntad criminal manifestada

---

*correspondiente hecho típico (debido no a una imposibilidad intrínseca, sino que sólo en atención a las circunstancias especiales desconocidas), una voluntad que mostró la "rebeldía" o "deslealtad" del hechor con el ordenamiento jurídico, influya en algunos sectores en el sentido de abogar por el castigo de la tentativa relativamente inidónea. Con todo, nos parece que nuestra ley, al exigir que se de principio a la ejecución del delito por "hechos directos", lo que ha querido significar (entre otras cosas, como antes se vio) es que los hechos sean idóneos para consumir el delito en el caso concreto de que se trata, considerando las circunstancias reales efectivamente verificadas y no las circunstancias hipotéticas que hubiesen podido tener lugar en otro contexto factual. Por otra parte, los hechos, para ser directos, además de idóneos, deben estar objetivamente encaminados, dirigidos a la consumación del delito, y tal no es el caso de los ejemplos de tentativa relativamente inidónea que se proponen: quien vierte en la bebida de otro una dosis insuficiente de veneno no realiza un hecho (objetivamente, no subjetivamente) dirigido a consumir el homicidio. Objetivamente, dicho hecho está encaminado a causar probablemente lesiones, mas no la muerte de la pretendida víctima.”*

<sup>65</sup>Ibíd, 148.

<sup>66</sup>Traducción del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez. Citado por Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 145.

<sup>67</sup>Mañalich, “Tentativa y Desistimiento...”, 148.

aunque sea de una forma no apta para producir el resultado típico. Esto, unánimemente por la doctrina, haría punible la tentativa inidónea relativamente <sup>68</sup>.

Y en el §23, este cuerpo legal expresa que:

*“(1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho solo es punible cuando la ley expresamente lo determina.*

*(2) La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1)*

*(3) Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)”.*<sup>69</sup>

Así, en la legislación alemana se asume que la tentativa puede sancionarse con una pena inferior a la pena que corresponde al mismo delito consumado. Luego de eso, reconoce la atenuación o exclusión de la pena en aquellos casos de tentativa por falta de grave comprensión (o como tradujo el profesor BASCUÑÁN y refiere también MAÑALICH, “*por burda insensatez*”), estando presente el principio de ejecución al desplegar una conducta incluso si el hecho no era directo, estableciendo que, según el caso, el juez podría punir la tentativa absolutamente inidónea.

En tanto, en su § 24 se desarrolla la idea del desistimiento de la tentativa, y que ésta debe ser impune, siempre y cuando trate de evitar la consumación del hecho. Así, son identificables un elemento objetivo (renunciar al hecho o evitar su consumación) y otro subjetivo (esfuerzo en evitar el hecho) para determinar la impunidad de la tentativa desistida. No ahondaremos mayormente en este punto dado que no es el objeto del presente trabajo.

---

<sup>68</sup>Ibíd. Un Razonamiento similar, pero al comparar un ejemplo citado por CURY con la legislación alemana y nacional, la encontramos en Sergio Politoff, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 142-143.

<sup>69</sup> *Código Penal Alemán*. Trad. Claudia López Díaz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 10.

## 2. España

En España, se realizaron modificaciones de gran relevancia en virtud del “nuevo” Código Penal de 1995, que han dado pie a discusiones doctrinarias respecto a si continúa siendo punible o no la tentativa inidónea en esta legislación. Una es la supresión a la referencia explícita que se hacía a la tentativa inidónea en el artículo 52 párrafo segundo del Código anterior, y la otra es la exigencia actual para configurar la tentativa de que se realicen actos que “objetivamente deberían producir el resultado”<sup>70</sup>, como se verá a continuación:

**Artículo 15.** *“Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito”.*

**Artículo 16.** *“1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

*2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*

*3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.*

Es perfectamente clara la estructura que sigue este artículo, abarcando en su primer punto la definición de lo que ha de entenderse por tentativa, que es lo que nos compete.

---

<sup>70</sup> Santiago Mir Puig, “La tentativa inidónea en el nuevo Código Penal Español”, *Rev. Jurídica U.P.R.*, vol. 70 (Hein Online: 2001): 1034.

Mediante un análisis preliminar, hay quienes indican que la exigencia del artículo 16 de “actos que objetivamente deberían producir el resultado”, es razón suficiente para asumir la impunidad de la tentativa inidónea. Otros lo hacen fundados en la supresión del ya referido artículo 52.2 del Antigo Código Penal Español (de 1973)<sup>71</sup>. Pero aquello no se condice con la opinión mayoritaria de la doctrina, que aduce que solo se trataría de la supresión de aquellas hipótesis en que no haya un peligro verificable *ex ante*, como la irreal y la supersticiosa, o absolutamente inidóneas<sup>72</sup>.

### 3. Italia

El Código italiano entrega un concepto de tentativa en su artículo 56, indicando que

*“El que realiza actos idóneos, dirigidos en modo no equívoco a cometer un delito, responde de tentativa de delito, si la acción no se realiza o el evento no se verifica”*<sup>73</sup>.

A diferencia del Código Rocco (actual) -proyecto presentaba por el Ministro Arturo Rocco-, el Código Zanardelli (derogado, que data del año 1889) exigía para punir la tentativa, que el actor *“comience con medios idóneos la ejecución del delito, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realice todo lo necesario para que éste se consuma”*<sup>74</sup>(art.61 derogado). De este modo, el Código Rocco ampliaba la definición, yendo más allá incluso del principio de ejecución, abarcando incluso actos preparatorios, lo cual se explica por el contexto político de fascismo que envolvía al legislador de la época de 1930.

De todos modos, algunos autores como PANNAIN, se oponen a esta visión, arguyendo que la historia de la ley en este caso, solo viene a permear erradamente la interpretación que debe hacerse de la norma, aceptando que cuando se refiere a “actos

---

<sup>71</sup> Este artículo expresaba que *“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir”*.

<sup>72</sup> Mir Puig, “La tentativa inidónea...”, 1060, critica esta visión y concluye en su texto de análisis a este respecto, que *“el peligro ex ante y estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea [...] Por lo demás, tampoco puede distinguirse entre tentativas relativamente inidóneas y tentativas absolutamente inidóneas según supongan un peligro en general o no, porque también las tentativas absolutamente inidóneas no irreales o supersticiosas encierran un peligro estadístico”*.

<sup>73</sup> Politoff, *Los actos preparatorios...*, 172.

<sup>74</sup> *Ibíd*, 173.

idóneos”, alude a aquellos actos con eficacia causal, por lo que han de excluirse de igual modo los actos meramente preparatorios.

Aunque la doctrina ha tratado de explicar este artículo definitorio de la tentativa en el derecho italiano, formulando elaboradas explicaciones para que no se entiendan contenidos los actos puramente preparatorios, la jurisprudencia italiana, tanto en la época de la dictadura como ahora, han hecho aplicación contraria<sup>75</sup>.

#### 4. Argentina

En la nación vecina, su Código Penal está estructurado de tal manera, que contiene un título (el VI) especialmente dedicado a la figura de la tentativa, contemplándola desde su artículo 42 hasta el 44:

**ARTICULO 42.** *“El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.*

Al igual que la legislación española, recoge el principio de ejecución como elemento fundante de la tentativa, indicando además el requisito que no ha de consumarlo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe.

**ARTICULO 43.** *“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.*

De esta forma, en su artículo 43, el Código Penal argentino hace breve referencia al desistimiento de la tentativa, dejándola impune, independiente de si el resultado se produce o no.

**ARTICULO 44.** *“La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.*

---

<sup>75</sup> *Ibíd*, p.175.

*Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.*

*Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.*

En este artículo, se describen explícitamente las penas que se aplicarán a la tentativa en las diferentes situaciones. Además, llama la atención que para el delito imposible (tentativa absolutamente inidónea), se estipule la opción del juez a disminuir la pena a la mitad, reducirla al mínimo legal o eximir de ella al agente, basándose para ello en un parámetro que puede ser estimado como objetivo y subjetivo a la vez, que es la peligrosidad del delincuente; objetivo en el sentido de acreditar que hubo riesgo para el bien jurídico protegido por la norma, entendiéndose este como un principio de ejecución<sup>76</sup>, y subjetivo, si estimamos que la personalidad del sujeto en cuestión lo hace ser peligroso para los demás o para él mismo.<sup>77</sup>

Así las cosas, la tentativa inidónea es contemplada en el derecho penal argentino siendo expresamente punible más allá de la prevención que hace en el artículo 44 inciso tercero, respecto de la posibilidad de evaluar su punición atenuada o su exención de pena siempre que se trate de tentativa absolutamente inidónea.

---

<sup>76</sup> Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General*, 166.

<sup>77</sup>Ibíd. También señala que “Frente al Código Penal Español, el argentino tiene la particularidad de permitir la exclusión de la pena cuando el autor no requiera la aplicación de la misma por razones de prevención especial, lo que permite dejar impunes sin fricción alguna con el derecho positivo las tentativas irreales, tal como lo reclaman los mencionados puntos de vista político – criminales.”

## 5. México

El Código Penal Mexicano vigente desde 1931 con su última reforma en el año 2016 regula la tentativa en el Capítulo II del Título Primero del Libro I, en un solo artículo, el cual reza lo siguiente:

*“Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.*

*Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”*

A la luz de lo expuesto, en México existe toda una sistemática para la punibilidad de la tentativa, siendo totalmente armónica con la teoría subjetiva, dado que es menester considerar el plan del autor para su punibilidad. Así, es necesaria la concordancia con los

artículos 52<sup>78</sup> y 63 del mismo cuerpo legal<sup>79</sup>. De dicho mecanismo es dable entender la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea, siempre y cuando el juez determine que existe un riesgo para el bien jurídico. Este se extrae por el hecho de que el legislador mexicano se plantea hipotéticamente en las diversas situaciones de tentativa, incluso aquellas en que no se puede saber el daño que se pretendió causar, esto da a entender que sí sería punible la tentativa inidónea, incluso la absoluta, toda vez que existe una voluntad criminal dirigida a dañar un bien jurídico, y cuya penalidad se tendrá que determinar según los parámetros establecidos en el artículo 52. Sin embargo, no queda claro desde cuándo existiría un principio de ejecución, sin perjuicio de que el texto de la ley expresa la exteriorización de la conducta, pero también habla de “la resolución”, considerando un criterio totalmente subjetivo para el principio de ejecución de un delito, incluso antes de la faz externa del iter criminis, lo cual puede ser altamente discutible. Para BACIGALUPO, es necesario entender que existe exteriorización de los actos, pues de lo contrario el margen de

---

<sup>78</sup>**Artículo 52.** - El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

1. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;
2. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
3. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
4. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;
5. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;
6. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y
7. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

<sup>79</sup>**Artículo 63.** - Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

punibilidad sería bastante amplio, pudiendo llegar incluso a sancionar actos puramente internos<sup>80</sup>.

## 6. Colombia

Es importante mencionar que el Código Penal colombiano tiene como precedente al Código Penal italiano, motivo por el cual es dable entender que acoge una postura objetiva al señalar lo siguiente:

*“Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.”*

Es condición de punibilidad de la tentativa que los actos sean idóneos, es decir que el principio de ejecución vaya directamente dirigido a producir el resultado típico lesivo de la consumación, siendo totalmente tajante en la impunidad de la tentativa inidónea, ya sea relativa o absolutamente inidónea, pues los actos deben ser idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación, dejando de lado toda posibilidad de la representación del plan del autor, considerando, de este modo, un criterio objetivo.

---

<sup>80</sup> Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General*, 166.



## CAPÍTULO CUARTO: TRATAMIENTO DE LA TENTATIVA INIDÓNEA Y DE SUS PROBLEMÁTICAS POR LA DOCTRINA

### I. Estado de la discusión en Chile: *¿Punibilidad o impunidad de la tentativa inidónea?*

En las discusiones que han tenido lugar entre los diferentes autores en nuestro país, se entiende que se ha zanjado de manera mayoritaria en favor la impunidad de la tentativa inidónea, y en palabras de CURY “*en Chile es minoritario, y no se divisa una fórmula de solución o compromiso*”<sup>81</sup>. En razón de aquello, es que decidimos agrupar a los autores nacionales y extranjeros en virtud de si optan por la punibilidad o impunidad de la tentativa inidónea, cuestión que trataremos a continuación.

#### 1. Posición en favor de la impunidad

Hoy en día, se considera que la posición a favor de la impunidad de la tentativa inidónea, específicamente de la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible (y teniendo por punible la tentativa relativamente inidónea) es la postura mayoritaria de la doctrina en nuestro país. Así lo reconocen POLITOFF<sup>82</sup> y MERA<sup>83</sup>.

Por ejemplo, LABATUT basa su postura acerca de la impunidad del delito imposible, en que la propia ley exige “*hechos directamente encaminados a la obtención de la finalidad perseguida*”; si la consumación no es consecuencia de “*la interferencia de una nueva cadena causal, sino a que los actos carecen de eficacia para lograrla... nos hallamos ante un delito*

---

<sup>81</sup> Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General*, tomo 2 (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 213.

<sup>82</sup> Politoff, *Los actos preparatorios del delito...*, p. 133, aduce que esta postura se configura tanto por cuestiones de principio como por la reconstrucción dogmática de las normas vigentes que versan sobre la tentativa.

<sup>83</sup> Mera, “Comentario al artículo 7º CP...”, 154. Este autor adhiere a la impunidad de la tentativa tanto absoluta como relativa, evaluando la peligrosidad de la acción desde una perspectiva ex post. Critica la ponderación de la inidoneidad del objeto y de los medios hechas en abstracto, pues “*implica realizar una interpretación extensiva del artículo 7º inciso 3º, contraria al principio de reserva legal*” (Mera, “Comentario al artículo 7º CP...”, 159), el cual, en definitiva, solo exige la realización de hechos directos, bastando las circunstancias concretas del hecho para estimar su procedencia.

*imposible... por absoluta inidoneidad del objeto o del medio queda impune, porque, en caso contrario, la represión recaería sobre la mera voluntad criminal*<sup>84</sup>”:

Por su parte, ETCHEBERRY da cuenta de que “*no puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que está ejecutando, una acción penada por la ley (cualquiera que sea su intención) quien realiza actos que jamás podrán llegar a constituir el resultado constitutivo de tal acción penada por la ley*”<sup>85</sup>. Para este autor, además es requisito objetivo para la punibilidad de la tentativa la idoneidad de los actos, la cual debe juzgarse según la previsibilidad objetiva del resultado a partir del contexto y circunstancias específicas en el cual se realiza, pregonando la impunidad del delito imposible al no haber peligro para la afectación del bien jurídico protegido -pero no sin antes distinguir entre la real imposibilidad y la frustración<sup>86</sup>-.

NOVOA, en tanto, ejemplifica enumerando casos en que hay inexistencia del objeto, para dar a entender que son hipótesis de falta de tipicidad; y afirma que no habría tentativa tampoco en caso de inidoneidad de la actividad desplegada por el agente utilizando vía inapropiada o medios inadecuados para lograr concretar el acto delictivo<sup>87</sup>. Pese a que este autor acude al juicio objetivo de un observador externo, lo sitúa ex post, en vez de hacerlo en el momento de la comisión del delito, tras lo cual distingue entre inidoneidad absoluta y relativa<sup>88</sup>. Aun cuando adhiere a la postura mayoritaria de la doctrina en nuestro país, su postura tiene ciertos matices que son brindados por su criterio ex post para determinar la

---

<sup>84</sup> Gustavo Labatut, *Derecho penal*, 7ª edición, tomo 2, ed. Julio Zenteno (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000). 185 y 190.

<sup>85</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, 3ª edición, tomo 2 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 62.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

Para ilustrar la importancia de distinguir entre real imposibilidad y frustración, acude a un ejemplo: “*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 transformaran la posibilidad en realidad*” (*Ibíd.*, 68).

<sup>87</sup> Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, 3ª edición, tomo 2 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 151.

<sup>88</sup> Eduardo Novoa, “El proceso de generación del delito”, 54.

peligrosidad de la tentativa, aunque igualmente en determinadas y específicas situaciones considere la posición del agente al realizar la acción, como cuando se yerra un disparo<sup>89</sup>.

POLITOFF se encuadra con la doctrina de VON HIPPEL, que estipula un criterio ex ante, en que ha de determinarse la peligrosidad del hecho, al referir 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 habían podido estar en conocimiento del agente*”<sup>90</sup>.

Como hemos anticipado en el acápite de este apartado, todos ellos coinciden en la punición de la tentativa relativamente inidónea, ya definida en el CAPÍTULO SEGUNDO. FUENSALIDA sostiene que esta opinión es además coincidente con la jurisprudencia de nuestro país, incluso antes de la existencia del Código Penal, que entiende que, para punir la tentativa inidónea, esta solo debe tratarse de un germen de peligro serio, es decir, una imposibilidad relativa, y no de carácter absoluto, cual es en virtud de las leyes de la naturaleza de ese modo<sup>91</sup>.

En cuanto a la argumentación seguida por algunos autores fundando la impunidad de la tentativa inidónea, en principio encontramos a RIVACOBÁ, quien indica que debe proibirse por tratarse de un rasgo propio del derecho penal autoritario<sup>92</sup>. En tanto BUSTOS, lo hace dado que de lo contrario se vulnera el principio de lesividad<sup>93</sup>.

GARRIDO MONTT lo justifica más bien desde el punto de vista del finalismo, entendiendo que el derecho penal, por tratarse de una ciencia práctica, debe hacer una “*regulación clara del comportamiento humano en sus consecuencias*”<sup>94</sup>. Luego, para

---

<sup>89</sup>Schürmann, “¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune?”, 417 y siguientes.

<sup>90</sup>Sergio Politoff, *Los actos preparatorios del delito*, 139.

<sup>91</sup>Alejandro Fuensalida, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno* (Lima: Editorial Imprenta Comercial, 1883), 23.

<sup>92</sup>Ver a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, “Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos”, *Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, no. 2 (Antofagasta: Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, 1996). 95-107.

<sup>93</sup>Juan Bustos, *Obras Completas*, Tomo 2 (Lima: Ara, 2004), 279.

<sup>94</sup>Mario Garrido Montt, *Nociones Fundamentales de la Teoría del delito* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992). 262.

GARRIDO MONTT aquellas situaciones que pueden catalogarse de tentativa absolutamente inidónea “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 art. 7º, porque los actos en que consiste nunca pueden calificarse de hechos directos<sup>95</sup>”, en cambio, la tentativa relativamente inidónea, sería punible tanto en aquellos casos en que los medios son típicamente aptos para permitir la consumación del delito, pero no lo son en el momento por circunstancias ajenas, como en la no presencia del objeto en el momento por circunstancias accidentales<sup>96</sup>.

## 2. Posición en favor a la punibilidad

El profesor Enrique CURY es quien en nuestro ámbito doctrinario se adhiere firmemente a la idea de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, desde su visión subjetivista, no estando restringida su posición a solo la inidoneidad del objeto y de los medios, llevándola también hasta la inidoneidad del sujeto, que, no estando calificado para cometer el tipo penal -como aquel que cree cometer delito de prevaricación, pero no es funcionario público, aunque cree serlo-, igualmente debe ser sancionado<sup>97</sup>.

Así, razona CURY que el sujeto “lo que quiere realizar es típico, pero no puede completarlo porque valoró mal la situación y eso le impidió percatarse de que era imposible hacerlo<sup>98</sup>”. Y es que su error solo consta de haber supuesto que su calidad como sujeto se ajustaba al tipo.

Para CURY URZÚA, se llega a la misma solución en aquel caso en que se tienen relaciones sexuales con una mujer mayor de doce años, creyendo que tenía menos de esa

---

<sup>95</sup> Ibíd, 290.

<sup>96</sup> Ibíd, 260.

<sup>97</sup> A mayor abundamiento, Enrique Cury, *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977), 149 y 185. Y, en sus propias palabras, “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” (Ibíd, 175).

<sup>98</sup>Ibíd, 149.

edad; habría en ese caso tentativa punible de violación impropia, al igual que cuando no se completa el yacer con una menor de edad<sup>99</sup>.

Se critica a CURY URZÚA, porque su visión está en armonía con el §22 del Código Penal alemán, que les da protagonismo a las representaciones del hechor, pero no así con nuestra legislación, que en su artículo 7º prioriza al principio de ejecución por la realización de hechos directos<sup>100</sup>.

De esta forma, este autor ha construido su postura en base a la doctrina de WELZEL sobre la misión del derecho penal, teniendo como eje central el aseguramiento del cumplimiento efectivo por la sociedad de los valores esenciales en vez de la protección de los bienes jurídicos, ponderando así el desvalor del acto por sobre el desvalor del resultado. Para POLITOFF, *“semejantes criterios, propios de ideologías autoritarias (que a veces se adoptan sin una reflexión acerca del clima político en que surgieron y sobre sus implicaciones para la práctica del derecho penal), no son compatibles, según me parece, con un Estado democrático de derecho. Ello contradice la esencia de la justicia como imparcialidad y supone la pretensión del Estado de no satisfacerse con el acatamiento de sus reglas, y de querer imponer coactivamente su legitimidad<sup>101</sup>”*.

## II. Estado de la discusión en España sobre la tentativa inidónea

### 1. Cuestiones preliminares

En España, no puede negarse la existencia de cierto consenso en la doctrina respecto a la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa. Autores importantes como por ejemplo BACIGALUPO<sup>102</sup>, MIR PUIG<sup>103</sup>, SILVA SÁNCHEZ<sup>104</sup>, CEREZO MIR<sup>105</sup>, MUÑOZ

---

<sup>99</sup> Cury, *Derecho Penal Parte General*, II, 216.

<sup>100</sup> Politoff, *Los actos preparatorios del delito*, 142.

<sup>101</sup> *Ibíd*, 144-146.

<sup>102</sup> Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4ª edición (Madrid: Akal, 1997), 341.

<sup>103</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, (Barcelona: Reppertor, 1996), 348.

<sup>104</sup> Jesús Silva, *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales* (Barcelona: Bosch, 1997), 133-138.

<sup>105</sup> José Cerezo Mir, “La regulación del Iter Criminis y la Concepción de lo Injusto en el Nuevo Código Penal Español”, *Revista de derecho penal y criminología*, no.1, 1998, 20 y ss.

CONDE<sup>106</sup> y VIVES ANTÓN<sup>107</sup> han desarrollado esta idea, coincidiendo casi de manera idéntica al respecto.

Luego, pueden ser identificables dos grandes posturas: la de aquellos que coinciden en que la tentativa inidónea es impune en virtud de la supresión del artículo 52 y la nueva redacción que brinda el artículo 16 del Código Penal español (como lo hace VIVES ANTÓN<sup>108</sup>), y la de aquellos que solo excluyen la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, manteniendo la de aquellos supuestos en que se configuraría la tentativa relativamente inidónea (como, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>109</sup>). Pero hay quienes como MUÑOZ CONDE estiman que es obsoleto y no aporta realmente a zanjar la cuestión, la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, pues “*toda tentativa será inidónea desde el punto de vista de consumación del delito*”<sup>110</sup>.

Dejando este nivel de discusión de lado, hay quienes han decidido orientarse a un enfoque dirigido a la peligrosidad para el bien jurídico; distinguiéndose de este modo aquellos que optan por un análisis ex ante y los que aducen que ha de hacerse ex post.

## 2. Criterio ex ante

Parece ser una apreciación general, que la doctrina mayoritaria opta por este criterio a la hora de evaluar la peligrosidad que el hecho punible tuvo para el bien jurídico protegido por la norma<sup>111</sup>.

CEREZO MIR, tras admitir que es más usual entender como tentativa inidónea toda aquella que ex post se demuestra que era incapaz desde el principio de llegar a la

---

<sup>106</sup> Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 439 y ss.

<sup>107</sup> Tomás Vives, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol I (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 100.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> *Comentarios al Código Penal*, Dir. Gonzalo Rodríguez (Madrid: Civitas, 1997), 16 -17.

<sup>110</sup> Muñoz y García, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed, 439.

<sup>111</sup> Felipe Caballero, “Tentativa Inidónea y su punibilidad en el derecho español”. *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 13 (Santiago: Universidad de Chile, 2010), 122. A pie de página, refiere como autores que concuerdan con esta postura a CEREZO MIR, SOLA RECHE, MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, NÚÑEZ PAZ, BACIGALUPO ZAPATER, y FARRÉ TREPAT.

consumación, ya sea por inidoneidad del objeto, de los medios o del autor; de hecho, cataloga como inidónea aquella tentativa que aparece como tal ex ante desde la posición del autor, apartándose así de la concepción usual, al entender que ex post toda tentativa es inidónea<sup>112</sup>.

Una crítica que encontramos a la visión de CEREZO MIR, es la que hace MIR PUIG, indicando en primer lugar que concuerda con que todo juicio de peligro trae aparejado un juicio ex ante y ex post; si no ha sido capaz de producir el resultado, se comprueba su incapacidad de hacerlo. Y agrega: *“Pero es lógicamente posible retrotraer el juicio de peligro al momento de inicio de la tentativa (ex ante) pero teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego, ex post, se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer ex ante”*<sup>113</sup>. De este modo, MIR PUIG deja entrever que es partidario de un criterio mixto, en que debe evaluarse ex ante la apariencia de idoneidad -en virtud de la percepción que de ello puede tener una persona que se tenga como observador medio-, bastando aquella para establecer un juicio estadístico de peligrosidad del hecho y, de este modo, abarcar también aquellos casos en que no habrían sido considerados peligrosos haciéndoles solamente un juicio ex post<sup>114</sup>.

BACIGALUPO ZAPATER es igualmente coincidente con la idea de establecer como necesario un criterio de evaluación ex ante<sup>115</sup>, en virtud de la interpretación del artículo 16 del Código Penal español, en que ha de entenderse “objetivamente”, como el establecimiento

---

<sup>112</sup> José Cerezo Mir, “La regulación del Iter Criminis...”, 21-22.

<sup>113</sup> Santiago Mir Puig. “La tentativa inidónea en el nuevo Código Penal Español”, 1046-1048.

<sup>114</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., 347. Del mismo modo, en *Derecho Penal parte general*, 7ª edición (Buenos Aires: Editorial B. de F, 2005), 353 y ss.: *“Aunque ex post toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumir el delito, pueden distinguirse entonces (ex post), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Sólo estas constituyen tentativa inidónea (...) no impide que ex ante la tentativa inidónea pudiera parecer peligrosa: es entonces precisamente cuando es injusta y punible. Pero esa peligrosidad ex ante no autoriza a considerar idónea la tentativa que (como se comprueba ex post) era incapaz desde un principio de producir el delito, como sucede en el caso de falta de objeto, uno de los supuestos más clásicos y evidentes de inidoneidad, aunque ex ante pudiera no apreciarse esta inidoneidad”*.

<sup>115</sup> También se pronuncia en este sentido ALCÁCER GUIRAO, al sostener que *“aunque ex post toda tentativa demuestra no haber sido suficientemente peligrosa para consumir el delito, puede distinguirse (ex post), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Solo estas constituyen una tentativa inidónea”* (Rafael Alcácer, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto* (Granada: Comares, 2000), 10).

del requisito de fundamentación lógica y racional del autor, que tiene que determinarse ex ante y a partir de la posición de este último, contemplando sus circunstancias particulares<sup>116</sup>.

### 3. Criterio ex post

Existe una porción selecta pero reducida de la doctrina española que se basa en razones de texto legal para aducir que, para ser punible, toda tentativa necesita del establecimiento de la peligrosidad del hecho en concreto, que debe determinarse ex post, es decir, al momento del juzgamiento<sup>117</sup>.

La interpretación que se hace en “Lecciones de Derecho Penal Parte General”, por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, se basa en el artículo 16 en la parte en que indica que los actos que se han de considerar como tentativa son aquellos que “*deberían producir el resultado*”, para dar por establecido que el legislador exigió que la tentativa punible debe ser idónea, la que, a su vez, debe provocar el peligro de lesión del bien jurídico protegido (desvalor de resultado), que debe evaluarse en base a un juicio de probabilidad en base a todas las condiciones prácticas de la situación del actor al momento de realizar el hecho<sup>118</sup>.

Por su parte, POLAINO NAVARRETE, en virtud de la redacción del nuevo artículo 16 del Código Penal español, asevera que los actos propios de la tentativa deben ser objetivamente adecuados para producir el resultado -es decir, idóneos, tanto al momento de la comisión del hecho como al valorarlos ex post-; aquellos que no lo son, no constituirán tentativa y por tanto son impunes<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 340.

<sup>117</sup> Caballero, “Tentativa Inidónea y su punibilidad en el derecho español”, 123. A pie de página, refiere como autores que concuerdan con esta postura a POLAINO NAVARRETE, SERRANO-PIEDECASAS, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros.

<sup>118</sup> Ignacio Berdugo Gómez et. al., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. (Barcelona: Praxis, 1999), 281-282.

<sup>119</sup> Este mismo autor critica el criterio de valoración ex ante dado que la “*realización del tipo de tentativa requiere la práctica de actos idóneos, que fueron estimados por el sistema penal como objetivamente adecuados para la producción del resultado en el momento de la ejecución, entonces (tunc), y han de seguir siéndolo en el de la valoración (nunc)*”, y luego critica la disociación en virtud de la objetiva adecuación para producir un resultado al momento de la comisión y la valoración del evento de su no producción hecha entre

Por otro lado, SERRANO PIEDECASAS exige para la existencia de tentativa -por tanto, para que sea punible conforme al artículo 16 del Código Penal español-, que el hecho esté revestido de actos ejecutivos que, desde una perspectiva ex ante, sean idóneos para la creación de una concreta puesta en peligro determinada ex post, pero no cerrándose a la posibilidad de calificar como delito de peligro abstracto aquellos casos en que aquello sea posible, cuando no ha podido tenerse por tentativa inidónea punible<sup>120</sup>.

---

ex ante (idónea) y ex post (inidónea), pues *“entraña la falacia de transmutar la cualidad de unos actos y modificar la estimación jurídica de los mismos”* (Miguel Polaino et. al, *Comentarios al Código Penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal (Madrid: Edersa, 1999), 841-849).

<sup>120</sup> A mayor abundamiento, ver Luis Serrano-Piedecabras, *“Fundamento de la Punición de la tentativa”*.



## CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA SOBRE LA TENTATIVA INIDÓNEA

### I. Casos emblemáticos y tendencias en otros países

#### 1. España

La jurisprudencia española ha sido más o menos constante en establecer la punibilidad de aquellos actos realizados por el actor orientados a cometer el delito tipificado, pero que son inidóneos para tal objetivo, al menos desde el año 1999 hacia adelante<sup>121</sup>.

Para declarar la punibilidad, al igual que la revisión hecha de la legislación española en el Capítulo Tercero, podemos desglosar los argumentos del Tribunal Supremo en diferentes categorías:

La primera, es en virtud de la definición literal de tentativa del artículo 16 del Código Penal español, en que la inclusión de la palabra “*objetivamente*”, hace alusión a que la producción del resultado depende de un plan racional elaborado por el autor, con independencia de la imaginación o fantasía del autor. Aquel razonamiento puede encontrarse en las STS N°1000/1999 del 21 de junio de 1999<sup>122</sup> y STS N°1124/2001 del 13 de junio de 2001.

---

<sup>121</sup> Según recoge Felipe Caballero, aquello comenzó a ser así desde el año 1999 en adelante, y no inmediatamente después de que entrara en vigencia el Nuevo Código Penal español que data de 1995, pues el Tribunal Supremo se pronunció declarando la no punibilidad de la tentativa inidónea (por ejemplo, STS N°842/1999 del 28 de mayo de 1999), fundamentándolo en que el hecho de haber suprimido el antiguo artículo 52 que declaraba su punibilidad es razón suficiente para entender que el legislador pretende hacerla impune, y en la palabra “*objetivamente*” incorporada en la definición de tentativa del nuevo artículo 16, tal y como revisamos en el Capítulo Tercero (Felipe Caballero, “Tentativa inidónea y su punibilidad en el derecho español, 117).

<sup>122</sup> En el tercer fundamento de derecho, se razona en torno al argumento del recurrente, que indica que el caso en comento se trataría de una tentativa inidónea, no punible, *pues difícilmente podía el acusado llegar a retirar la mercancía donde se ocultaba la droga cuando el resguardo no estaba a su nombre, se encontraba caducado y las autoridades habían sometido el envío al sistema de “entrega vigilada”, por lo que detendrían necesariamente -como le sucedió al acusado- a cualquiera que intentase hacerse con el mismo.*

El Tribunal Supremo hace referencia a la supresión del artículo 52.2, que sancionaba como tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, lo que ha llevado a algunos a sostener la impunidad de la tentativa absoluta y relativamente inidónea. Luego, indica que debe considerarse la definición del artículo 16 de la tentativa, que añadió la expresión “*objetivamente*” (“*practicando todos o parte*

CABALLERO BRUN, hace una revisión crítica acerca de las diferentes interpretaciones que han tenido lugar respecto al artículo 16 del Código Penal español, indicando que *“cuando se recurre al argumento hermenéutico relacionado con el tenor literal del concepto legal de tentativa, el Tribunal Supremo realiza una interpretación extensiva de dicha cláusula, que trae como consecuencia la mutación del sentido natural y obvio que fluye de la palabra “objetivamente” contenida en dicho concepto legal<sup>123</sup>”*.

La segunda, es aquella que engloba el argumento de la continuidad de regulación respecto a la tentativa inidónea, pues en el Código Penal de 1995 solo se habría utilizado otra fórmula legislativa, redefiniendo la tentativa en el artículo 16 y estableciendo su punibilidad en el artículo 62. Este razonamiento puede apreciarse en la STS N°1326/2003 del 13 de octubre de 2003<sup>124</sup> y en la STS N°1124/2001 de 13 de junio de 2001.

---

de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”), y que debe entenderse que objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado (el subrayado es nuestro).

Así, serían impunes las tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, el error inverso de prohibición, delitos imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de idoneidad absoluta. No así la inidoneidad relativa.

El Tribunal Supremo concluye al respecto: *“En el caso actual, y en general en todos los de “entrega vigilada”, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que “objetivamente” deberían conducir al fin planeado, que sin embargo no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor: la intervención policial preventiva”*. En este caso, por ende, habría tentativa relativamente inidónea; por ende, punible.

<sup>123</sup> Caballero, “Tentativa inidónea y su punibilidad en el derecho español”, 125.

<sup>124</sup> En el tercer fundamento de derecho, revisa el argumento del recurrente, que aduce la existencia de una tentativa inidónea atípica en este caso, porque nunca podrían haber alcanzado la muerte por los medios empleados, y el Código Penal actual, a diferencia del anterior, no prevé el castigo para los supuestos de tentativa inidónea.

El Tribunal Supremo rechaza dicho argumento, pues *“la ausencia de regulación del delito imposible o tentativa inidónea, prevista en el anterior Código Penal en el art. 52, no está huérfana de regulación en el actual. En efecto, el art. 16-1º ha redefinido la tentativa al entender que esta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la realización plena del delito, si bien este no llega a producirse, fijando la pena en el art. 62”* (el subrayado es nuestro). Así, la tentativa se estructuraría en torno a la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de medios al fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa inidónea por idoneidad relativa no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior Código Penal, sólo que con distinta sistemática; así, será punible como tentativa precisamente porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general, tal como refieren igualmente SSTS 15 de Marzo de 2000, 2 de Junio de 2000 y STS n°2122/02 de 20 de Enero de 2003.

Y, en los hechos del caso, no puede cuestionarse que actos como disparar una escopeta de caza a corta distancia, aunque sea a través de un vehículo, atropellar conscientemente a una persona, o golpearle la cabeza contra el suelo, no sean objetivamente actos que podrían producir un resultado mortal.

También es criticado por CABALLERO BRUN, indicando que es evidente que no puede entenderse que haya una continuidad de regulación si la norma que recogía antes la teoría del delito imposible fue suprimida, sin contemplar un precepto similar en el nuevo Código Penal español. Y refiere además a la innegable diferencia existente entre la continuidad de regulación -que no es el caso, pues no hay continuidad de normas idénticas y/o que provoquen las mismas consecuencias normativas – y la continuidad de interpretación<sup>125</sup>.

La tercera alude a la aptitud racional y objetiva del plan del autor, que ha de ser interpretada como elemento configurador de la tentativa, toda vez que esta es la interpretación que ha de hacerse de la palabra “*objetivamente*”, del artículo 16 del Código Penal Español. Argumento que puede ser encontrado en las STS N°2122/2002 de 20 de enero de 2003, STS N°630/2004 de 18 de mayo de 2004<sup>126</sup>, y en similar manera, en STS N°1000/1999 y STS N°379/2000.

A este respecto, CABALLERO BRUN señala que “*cuando el Tribunal Supremo entiende que la objetividad de los actos (requerida por el legislador para la punibilidad de*

---

<sup>125</sup> *Ibíd*, 125.

<sup>126</sup> En el fundamento de derecho tercero, el Tribunal Supremo se hace cargo los argumentos del recurrente para estimar que se trata de una tentativa inidónea, que considera atípica, por ende, no punible, en virtud de que la Compañía de Seguros rechazó su pretensión de percibir la prima del seguro, por considerar que el robo se habría producido en un local no cubierto por la póliza correspondiente, habiendo la aseguradora rechazado su pretensión, siendo así actos que objetivamente, eran inidóneos, tanto para constituir engaño como para inducir a la compañía de seguros a realizar el acto de disposición.

El Tribunal Supremo, en primer lugar, da cuenta de que, en efecto, “*en los hechos consta que la compañía no realizó disposición patrimonial alguna. Por lo demás, de la prueba invocada por el recurrente no se derivaría la inidoneidad de la tentativa y, en todo caso, menos aún se podría deducir la punibilidad o no de la tentativa llamada inidónea*”.

Luego, respecto del fundamento para la no punibilidad de la tentativa inidónea utilizado por el recurrente, las sentencias citadas por el mismo dan cuenta de que el nuevo código penal, no había despenalizado la tentativa inidónea. Y la reforma de 1995, con la nueva redacción del artículo 16, no se establece quién será el sujeto que debe hacer el juicio sobre la aptitud objetiva del acto para producir el resultado.

Para el Tribunal Supremo, “*el criterio del plan del autor es, por otra parte, el más adecuado a la ley vigente, dado que no es posible justificar político-criminalmente la impunidad del agente que exterioriza en la acción una voluntad racional claramente delictiva, que no ha alcanzado la consumación simplemente por el error del autor*”. Luego indica que la doctrina armoniza con este razonamiento cuando advierte que toda tentativa es inidónea, pues si fuera idónea hubiera alcanzado la consumación.

Finaliza este fundamento indicando que no es dable en este caso hablar de inidoneidad del medio, ya que es un medio adecuado para producir engaño de estafa de seguro la comunicación del siniestro a la compañía de seguros, sea que esta dude de la veracidad de sus dichos o no.

la tentativa) ha de estar referida a la aptitud racional (u objetiva) del plan del autor identifica “racionalidad” con “objetividad” a pesar de ser conceptos de diversa naturaleza, significación y uso. De ahí entonces que este recurso hermenéutico constituya una forma de interpretación extensiva que trae como consecuencia la ampliación de la punibilidad a formas no cubiertas por el legislador y por lo tanto entre en conflicto directo con el principio de legalidad<sup>127</sup>”. Tras estas críticas, este autor plantea que en primer lugar debe revisarse el contenido de la antijuridicidad, para lo cual adhiere a una teoría del injusto estructurada copulativamente sobre el desvalor de acción y sobre el desvalor de resultado, exigiendo así la puesta en peligro del bien jurídico protegido desde un primer momento<sup>128</sup>.

Además, cabe hacer presente que la tendencia doctrinaria española, y que ha sido recogida por su jurisprudencia de diversas formas, es acoger la idea de que el análisis de la aptitud objetiva del plan del autor para producir el resultado lesivo, debe ser valorada por el juez en base al plan del autor, es decir, a partir de un criterio ex ante. Por ejemplo, en STS N°630/2004 del 18 de mayo de 2004, ya referida.

## 2. Argentina

Los fallos de los tribunales argentinos pareciesen ser más bien dispersos, no existiendo una línea tendencial de argumentación, dependiendo en realidad más bien de la provincia de origen, y los jueces que estén al momento de resolver. Es por ello que hemos decidido tomar varios casos que pueden ilustrar diferentes vértices de la discusión acerca de la tentativa inidónea que ha sido levantada en esta tesis, y que, en base a su legislación, hace dilucidar con mayor claridad las posturas más significativas.

Existe jurisprudencia reciente respecto a la tentativa inidónea, que data del 13 de marzo de 2018, en la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la

---

<sup>127</sup> *Ibíd*, 125.

<sup>128</sup> *Ibíd*, 127-131.

Capital Federal<sup>129</sup>, que no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien había alegado la existencia de tentativa inidónea, pues este no pudo acreditar la existencia de un delito imposible o tentativa inidónea, solo observando el caso desde una perspectiva ex post, en virtud de la cual finalmente toda tentativa es inidónea<sup>130</sup>. Así, da lugar a la comprensión de la necesidad del estudio de la tentativa desde el punto de vista ex ante, tomando en consideración la peligrosidad de la acción en virtud del plan del autor, y no por las consecuencias concretas que se derivaron de dicha acción.

Por otro lado, respecto a la tentativa inidónea por inidoneidad en los medios, la Cámara del Crimen de la Capital señaló que por este motivo no constituiría delito intentar por vía judicial el cobro de sumas que no se deben, por falta de idoneidad en los medios<sup>131</sup>. Sin embargo, el mismo tribunal reconoció que el solo hecho de presentarse a la justicia no torna imposible el delito por inidoneidad de los medios, cuando la maniobra es apta para hacer incurrir en error a la justicia<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> (Reg N°191/2018, segunda sala de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional). El argumento del recurrente del caso en comento, estaba basado en que la jurisprudencia había sostenido que además de la inidoneidad absoluta, existe la inidoneidad relativa, y que la tentativa inidónea no exige una posibilidad nula de consumación, sino que le basta una posibilidad mínima de realización, lo cual se habría dado en el caso, al intentar el robo de una moto mediante un carro tirado por un caballo, bastante lento y ruidoso.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal había rechazado este planteamiento, indicando que se trató de una tentativa idónea, pues de la prueba aportada, se desprende que la conducta del imputado y el medio empleado podía razonablemente permitir el desapoderamiento de la motocicleta, pues el carruaje utilizado era apto para trasladar la moto, tanto en sus dimensiones como su peso; solo la acción policial obstó la concreción del hecho delictivo en grado de consumado.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, concluye que la defensa no logró demostrar la existencia de delito imposible o tentativa inidónea; en realidad, solo se basó en la perspectiva ex post, que finalmente no logra demostrar por qué sería aplicable en el caso en particular; tampoco pudo relacionar la aplicación de la inidoneidad relativa por los medios; solo fue la rápida actuación policial y no la conducta del imputado o el medio lo que impidió la concreción del delito, pues ambos tenían la aptitud razonable de permitir el robo del vehículo.

<sup>130</sup> Ver también causa "Vidal Yáñez", sentencia del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Provincia de Tierra del Fuego, de fecha 5 de noviembre de 2003 registro N°14, folios 95/121, que concuerda con el mismo razonamiento.

<sup>131</sup> Ello en el caso de una tercería de mejor derecho fundada en un documento sin valor (fallos, T. I, pág. 275); igualmente cuando la liquidación presentada o la suma que se demanda, son mayores que las que en realidad se deben (Fallos, t. I, págs. 272 y 430).

<sup>132</sup> (Fallos, t., I, pág.237; t.VII, pág.123). En esta sentencia, se trata de una demanda apoyada en medios probatorios fraudulentos (el acusado invocó la condición de socio, que trató de acreditar con probanzas engañosas)

En cuanto a lo que corresponde a la inidoneidad en el objeto, la Cámara Federal de la Capital, se pronunció por la tentativa de delito imposible por inidoneidad del objeto en un caso de defraudación, en el que la supuesta víctima actuó de acuerdo con instrucciones dadas por personal de investigaciones, con el fin de lograr el descubrimiento in fraganti de la maniobra, que en el caso se concreta en la falta efectiva de sujeto pasivo de la presunta infracción<sup>133</sup>.

En otra sentencia de 2009 en Neuquén, por un recurso de casación interpuesto en contra de una sentencia que declaraba al imputado como autor de delito de hurto simple en grado de tentativa<sup>134</sup>, se pronunció el tribunal superior indicando que es perfectamente idónea aquella tentativa producida en virtud del aviso de la víctima a la autoridad policial, dejando que avance el actuar del autor hasta determinado punto, en donde se le interrumpe<sup>135</sup>, pues hubo principio de ejecución que puso en peligro al bien jurídico protegido, que no se pudo

---

<sup>133</sup> Del mismo modo, fundándose en que existe delito imposible de estafa si la víctima tiene conocimiento previo, se pronuncia la Cámara del Crimen de la Capital, sala 3° (Doct. Jud.m 30-XI-1963).

<sup>134</sup> Resolución Interlocutoria N°68, del 02 de julio de 2009, Neuquén.

El recurrente solicitaba en primer lugar, la nulidad por falta del grado de certeza requerido para condenarlo y falta de credibilidad de los testigos, entendiendo que la conducta es atípica por falta de lesividad del bien jurídico al ser un delito imposible y, en subsidio, la absolución por tratarse de una tentativa inidónea, pues ex ante habría ido idóneo el hecho para incurrir en el tipo, pero ex post, hubo imposibilidad absoluta de consumación dado que el peligro fue neutralizado.

La sentencia impugnada había dado por acreditado el hecho de que *“el día 18 de mayo de 2006, aproximadamente a las 13.3.0 horas, en el local comercial (...) que gira bajo el nombre de Jumbo -ocultaron ilegalmente entre sus ropas con intenciones de sustraerlos los siguientes efectos (...) siendo interceptados con los productos antes mencionados al traspasar la línea de caja por personal de seguridad del lugar que había advertido la conducta a través del circuito cerrado de televisión del local”*.

Entonces el tribunal de alzada da cuenta de que se trataría de una tentativa idónea, pues *“existió un comienzo de ejecución que puso efectivamente en peligro el bien jurídico, pero que no se pudo consumir por razones ajenas a su voluntad (art.42 del C.P), ante la inmediata reacción -una vez advertida la maniobra- del personal de seguridad del local comercial”* (el subrayado es nuestro). Luego argumenta que el aviso por la víctima al personal de seguridad no obsta la idoneidad de la tentativa, pues podría consumarse de seguir el curso normal sin interrupciones, y como no se trató de una puesta en escena realizada desde un principio con el objeto de “pillar” al autor, se excluye el delito imposible.

En base al razonamiento antes referido, decide declarar inadmisibles los recursos de casación.

<sup>135</sup> Similar razonamiento encontramos en la causa N°986/12 “C.M s/sobreseimiento”, en Buenos Aires, del 31 de julio de 2012, en se impugna resolución que habría declarado el sobreseimiento definitivo de M.C., que fue detenido tras intentar abandonar el local comercial sin abonar los objetos que ocultaba bajo sus ropas, por ende, según el razonamiento del tribunal de alzada, superó los meros actos preparatorios.

Y no constituiría tentativa inidónea, pues *“tal como hemos sostenido en precedentes anteriores, los medios de ejecución empleados por el autor deben resultar absolutamente inidóneos para realizar la conducta típica y deben representar un comportamiento del cual puede valorarse, ex ante, su absoluta incapacidad para la obtención del fin perseguido”*.

concretar por razones ajenas a la voluntad del autor, siendo diferente de la situación planteada más arriba sobre la tentativa inidónea por inidoneidad del objeto.

## II. Jurisprudencia nacional

Según lo que indica POLITOFF, los tribunales superiores de nuestro país estarían en armonía con lo referido por la doctrina mayoritaria en Chile, ya que *“ha sido constante y resuelta para excluir la punibilidad del delito imposible, en los diversos casos de inidoneidad absoluta<sup>136</sup>”*.

Ciertas Cortes se refieren a la imposibilidad de apropiarse, a través de maquinaciones o procedimientos que el sujeto cree adecuados, de algo de que no puede apropiarse<sup>137</sup>; del robo con violencia sobre alguien que se encontraba muerto<sup>138</sup>, todos casos en que habría tentativa absolutamente inidónea.

En cambio, hay tentativa punible en caso de intentar robar a alguien, aunque no haya podido robar nada, por carecer de objetos de valor<sup>139</sup>. Y algunas sentencias han admitido tentativa punible en casos en que se ha fingido para hacer caer en una trampa al actor que pretendía ejecutar un delito, alertando a la policía con antelación<sup>140</sup>.

Hay además, sin duda un par de casos que son recogidos por la doctrina, por su importancia en el estudio de las problemáticas de la tentativa inidónea, a las cuales referiremos brevemente en un apartado de este capítulo.

---

<sup>136</sup> Sergio Politoff, *Los actos preparatorios del delito*, 137.

<sup>137</sup> CORTE DE CHILLAN, 4 DE AGOSTO DE 1938, REVISTA DE CIENCIAS PENALES, T.IV, 1938, PP.434 Y SS.

<sup>138</sup> Corte de SANTIAGO, 1890, GACETA DE LOS TRIBUNALES, 1890, T.3, P.345.

<sup>139</sup> CORTE SUPREMA, 1953, REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, T.LX, SECCIÓN 4ª, P.89.

<sup>140</sup> CORTE SUPREMA, 1875, GACETA DE LOS TRIBUNALES, 1875-1, N°829, P.378.

## **1. Recursos De Nulidad**

Todas las defensas para su recurso de nulidad invocan la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

### **a) CAUSA N° 18/2015 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN N° 1343 DE CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, DE 24 DE MARZO DE 2015**

El Ministerio Público interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TJOP) de Coyhaique en la causa RIT 0-108-2014 y RUC 1400602553, en que buscaba la condena por el delito consumado de conducción en estado de ebriedad de B.A.R.V., teniendo la licencia vencida.

El TJOP de Coyhaique, sostuvo que el artículo 110 de la Ley 18290 no concurre, pues el automóvil no se desplazó, que es exigencia del tipo penal, y que en cuanto a la posible tentativa, dijeron que la actividad del acusado era inidónea para ejecutar la acción de conducir, pues el vehículo, en esas condiciones, no se movería por no tener tracción, ya que una de sus ruedas estaba en el aire, además el acusado estaba ebrio y el acompañante también, de modo tal que ninguno de los dos se percató de esa circunstancia, ni tampoco del control policial que se le realizaría. Pero el voto minoritario era de la idea de aceptar la tentativa del artículo 182 inciso final de la ley de Tránsito.

El Ministerio Público, en su alegato, argumentó que la circunstancia de haber ingresado al vehículo el autor, encendido el motor y luego intentar desplazarse al momento de ser controlado por Carabineros, en estado de ebriedad, da cuenta de que habría principio de ejecución con acciones concretas y directas, fallando el objetivo por circunstancias externas.

La Corte de Apelaciones de Coyhaique concuerda con el TJOP de Coyhaique, agregando, además, que el delito es un delito de mera actividad (que no fue realizada), y la

tentativa del mismo no es clara, pues el vehículo no servía para su función natural. De tal manera, que declara sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público.

**b) CAUSA N° 102/2016 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN N° 8235 DE 1° sala de CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2016**

Se interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada con fecha 26 de septiembre de 2016 por el TJOP de Coyhaique en causa RUC N°1600343318-1, RIT O-74-2016, en que se condenó a C.E.G.T a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con fuerza en grado de tentativa de un cajero automático, y a la pena accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, disponiendo el cumplimiento efectivo de la pena.

Los defensores arguyen que no resulta posible aplicar la figura típica de robo con fuerza de cajeros automáticos del artículo 443 bis del Código Penal en grado de tentativa, por ser ésta absolutamente inidónea y, por ende, no punible, dado que ante los hechos relatados por la Fiscalía, en que se desprende la imposibilidad de abrir y extraer el dinero de un cajero automático al golpearlo y dañar la puerta de acceso al sistema computacional del cajero tras arrancar la puerta de seguridad, debe ponderarse la circunstancia de que la imputación del delito no puede fundarse en las “meras intenciones” de lesionar el bien jurídico protegido por la norma, pues además “se requieren medios idóneos” para que las acciones sean fructíferas en orden a cometer exitosamente el delito, que, en este caso, no concurrirían, ya que de ninguna manera se puede abrir un cajero automático para extraer su dinero por los lugares donde el imputado golpeó, y con el elemento que intentó cometer el delito (un hacha).

Para la defensa, se estaría en una fase anterior al iter criminis, que solo causó daños, que deben evaluarse y ponderar si son sancionables o no. En cambio, para la Fiscalía, hubo un principio de ejecución, toda vez que los actos del imputado eran tendientes a obtener el dinero del cajero automático, que hubo “*actos directos para tratar de abrir el cajero y sacar dinero*”.

Parece interesante el razonamiento de la defensa, en orden a que habrían dos opciones que considerar a partir de los hechos: 1) Que es imposible romper la poderosa esfera de resguardo del cajero automático para asirse del dinero, menos con un hacha (tentativa absolutamente inidónea); o 2) Que es posible robar el dinero que habría al interior del cajero automático, y el acusado representándose la posibilidad cierto de cumplir su cometido, desistió por sí solo y su voluntad de no cometer el hecho punible, pues se habría arrepentido e ido del lugar, siendo detenido a unos metros del cajero automático. (desistimiento de tentativa, en base a la “*fórmula de Frank*”). En cualquiera de las dos vías se llegaría a absolver al imputado.

Por su parte, la Corte de Apelaciones toma el relato de los hechos del tribunal a quo, fijándolos del siguiente modo en su considerando sexto: “*el día 11 de abril del 2016, alrededor de las 05.55 horas, el acusado C.E.G.T, concurrió al cajero automático del Banco de Crédito e Inversiones, ubicado en calle Bernardo O’Higgins n°89 de la localidad de Puerto Chacabuco, y con un hacha dañó la puerta de ingreso al cajero automático, arrancó la cámara de seguridad y dañó la puerta de acceso al sistema computacional del cajero, y en la reflexión Novena el Tribunal concluye que ha quedado demostrado el que acuso G.T. ingresó el habitáculo del BCI, en cuyo interior se encuentra un cajero automático, y llevado en sus manos un hacha y procedió a golpear diversos objetos, y que las fotos demuestran que la cámara de seguridad fue sacada de su base y enfocada hacia la pared y que la puerta del sistema computacional del cajero había sido fracturada*”. Indica en el mismo, que el acusado incurrió en la conducta descrita por el artículo 443 bis del Código Penal, pues el legislador penal refiere un instrumento cortante de cualquier tipo, en el que perfectamente puede encasillarse el hacha con que el imputado propinó golpes al cajero automático. Y se configura la tentativa, pues la voluntad de consumar el delito habría permanecido presente hasta que la acción se interrumpe o el resultado termina frustrado -esto último es lo que habría pasado al imputado-, no habiendo desistimiento de su parte. Así es como la Corte de Apelaciones de Coyhaique rechaza el recurso de nulidad.

**c) CAUSA N° 173/2017 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN N° 60922 DE 2ª sala CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, DE 29 DE JUNIO DE 2017**

Este acoge el recurso de nulidad interpuesto en contra de sentencia dictada con fecha 23 de mayo de 2017, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en causa RUC 1600831287-0, RIT 77-2017, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo.

De manera resumida, el menor de iniciales I.A.M.G. había sido condenado por el TJOP de Antofagasta a la pena de 100 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales correspondientes y costas de la causa, y al menor de iniciales Y.B.O.M., a la sanción de prestaciones de servicio a la comunidad por 60 horas, con un máximo de 4 horas diarias, ambos como autores de delito tentado de robo de vehículo motorizado que se encuentra en bienes nacionales de uso público.

Los abogados recurrentes invocaron el recurso fundados en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, que en la resolución recurrida se hizo errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Los argumentos esgrimidos se centran en indicar que el sentenciador solo se enfocó en el grado de desarrollo del delito (tentativa), sin detenerse en el análisis que requería el hecho de la imposibilidad material absoluta del delito, toda vez que el vehículo objeto de la tentativa de robo se encontraba sin batería y con desperfectos mecánicos, dando el propio tribunal por establecido que no se habría podido consumir el hecho en caso alguno. Así, según los recurrentes, debió absolverse a los imputados, por tratarse de un delito imposible por imposibilidad de hecho del objeto del delito -tentativa inidónea-, que por nuestra doctrina sería no punible.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta razona, trayendo a colación en primer lugar, los hechos que se dieron por establecidos en el fallo impugnado: El 3 de septiembre de 2016, a las 00:40 horas aproximadamente, los acusados, quienes se desplazaban por calle Esmeralda, divisaron la camioneta estacionada marca Toyota modelo Hilux, color rojo, placa patente XXXX, forzando la puerta delantera izquierda con idea de apropiarse de la mencionada camioneta. Luego, desmantelaron parcialmente el panel de encendido, y después manipularon la chapa de arranque sin lograr su cometido, dado que el vehículo tenía desperfectos mecánicos, encontrándose además sin batería. En el intertanto, llegó personal

de Carabineros y los imputados, al percatarse de su presencia, huyeron siendo detenidos momentos más tarde, a metros del lugar.

Posteriormente, el tribunal superior refiere en su considerando séptimo a Politoff para definir al delito imposible como *“aquella acción que, aunque realizada por el actor con el dolo de perpetrar un delito, la cual, en su representación, es idónea para ello, conceptualmente, bajo ninguna circunstancia hubiera podido conducir a la consumación, por inidoneidad absoluta de los medios, del objeto o del sujeto”*. Continúa citando al mismo autor para sustentar la idea de que la doctrina mayoritaria nacional está de acuerdo la impunidad del delito imposible o tentativa absolutamente inidónea, por razones de texto legal y principios; que, pese a que existe jurisprudencia escasa al respecto, nuestros tribunales también estarían armonizando con la visión de la doctrina mayoritaria al pregonar la impunidad de la tentativa inidónea por inidoneidad del objeto, y que la forma de determinar la inidoneidad absoluta de un acto es preciso hacer un análisis ex ante, considerando las circunstancias específicas del desarrollo del delito y del conocimiento particular del agente.

Así las cosas, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en los considerandos séptimo y octavo, no hace otra cosa sino acoger el razonamiento de los recurrentes, haciendo presente que, de haber concluido en el fallo del TJOP que se estaba ante tentativa inidónea, *“necesariamente debió absolverse a los encausados”*.

A nuestro juicio, la Corte de Apelaciones falla adecuadamente, considerando de la manera correcta la tentativa inidónea por inidoneidad en el objeto, aun pese a que los argumentos para hacerlo están fundados solamente en la revisión doctrinaria de POLITOFF.

**d) CAUSA N° 158/2018 (PENAL). RESOLUCIÓN N° 11 DE 2° sala CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, DE 17 DE MAYO DE 2018**

Recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva de fecha 07 de abril de 2018, dictada por el TJOP Antofagasta, que condenó a V.J.S.A. a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de robo con violencia e intimidación.

La defensa delimita los hechos en base al considerando noveno de la sentencia definitiva del siguiente modo: El imputado junto con otra persona, abordan a la víctima con la intención de apropiarse de su dinero, uno de ellos lo registra, la víctima les dice que no tenía, tras lo cual uno de los sujetos lo golpea por no tener dinero, tras lo cual cae al suelo, y oyen que vienen Carabineros, por lo que el imputado con el tercero huyen corriendo. Luego, indica que aquellos debiesen ser considerados tentativa absolutamente inidónea o delito imposible de robo con violencia y/o intimidación, pues el imputado trata de apropiarse de dinero que no existe, por cual, no puede haber principio de ejecución, pues no existe objeto material sobre el cual cometer el ilícito. Agrega que el voto disidente le dio la razón, en torno a considerar que debería condenársele solo por la falta de lesiones leves.

La Corte de Apelaciones, en su considerando quinto, niega la viabilidad de fundamentar la existencia de tentativa inidónea en esta causa, independiente de la postura doctrinaria nacional que adoptemos; sea la de CURY -que sostendría que la ejecución incompleta del hecho es punible si hay principio de ejecución y puso en peligro el sistema de valores fundamentales- o la de la doctrina mayoritaria como ETCHEBERRY y GARRIDO MONTT -para los que solo es impune la tentativa absolutamente inidónea, no la relativamente inidónea-. Pero no profundiza más allá de esta aseveración, sin entrar a hacer una calificación más acabada de los hechos -aunque se desprende tácitamente que lo entienden como una tentativa relativamente inidónea, que es punible- restringiéndose solo a indicar que el tribunal a quo desestimó por mayoría el delito imposible en forma correcta. Por tanto, desestima el recurso de nulidad.

**e) CAUSA N° 813/2018 (PENAL). RESOLUCIÓN N° 8 DE CORTE DE APELACIONES DE TALCA, DE 23 DE OCTUBRE DE 2018**

En la causa R.I.T. O-149-2018, R.U.C. 1700651236-4, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, por sentencia definitiva de siete de septiembre de dos mil dieciocho, condenó a P.M.B.R., como autor del delito de robo con intimidación, en grado de desarrollo tentado, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena,

más las accesorias correspondientes, y al pago de las costas proporcionales de la causa, disponiéndose pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. En contra de este fallo, sólo la Defensa de dedujo recurso de nulidad, alegando la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. La defensa invocó 3 causales para interponer el recurso de nulidad; la principal de ellas y, por cierto, la que mayor reviste interés para nosotros, es el error en la aplicación del derecho al no acoger la tesis de la tentativa desistida o inidónea, infringiéndose el artículo 7° inciso segundo en relación con los artículos 436 y 439, todos del Código Penal, por cuanto el sentenciador ha considerado que los hechos que tuvieron por probados en la sentencia se subsumen dentro de la hipótesis delictiva de robo con intimidación simple del art. 436 en grado de tentativa, aplicando este artículo cuando no correspondía.

Respecto a la eventual configuración de una tentativa inidónea, la defensa sostiene que, en virtud de los hechos que se dieron por acreditados, en que el acusado solicita la entrega del teléfono por parte de la víctima en una oportunidad, negándose a dicha petición, señalando que lo necesitaba, el imputado luego se hizo a un lado y permitió el abandono del lugar por la víctima, haciendo lo mismo después el imputado, sin haberse apropiado de especie alguna, no habría existido intimidación. La razón es que la intimidación debería consistir en una amenaza cierta, efectiva, no imaginada y tener el grado de intensidad adecuado para vencer la oposición de la víctima o constreñirlo para que no oponga resistencia, cosa que en los hechos no ocurrió, y además los mismos sentenciadores le habrían dado al acto intimidatorio un grado de intensidad ínfimo.

Además, la defensa invoca como primera causal subsidiaria, el error en la aplicación del derecho, por imponer una pena mayor a la que, según ellos estimaron, debería imponerse. Ello fundados en que no correspondería aplicar el artículo 450 inc. 1° del Código Penal, sancionando como delito consumado a aquel que solo alcanza la tentativa, pues estaría en contradicción con las garantías constitucionales del artículo 19 n°3 inc 7° de la CPR de 1980, que habría derogado tácitamente este artículo al establecer los principios de legalidad y proporcionalidad.

La Corte de Apelaciones de Talca, rechaza el recurso de nulidad. En el considerando tercero, anticipa que no puede pronunciarse respecto de los hechos que dio por establecidos

el TJOP de Talca, fijados en el considerando quinto de su sentencia. Y, basándose en dichos hechos, señala que concuerda con el sentenciador a quo en que no puede darse por establecida la falta de idoneidad de la tentativa, aduciendo que de las declaraciones de la víctima y de carabineros, que la encontraron junto a sus dos hijos de 3 y 10 años de edad, era mucho más sencilla la coacción para cometer el delito, superando además la presunción de inocencia a partir de las declaraciones antes referidas.

Y con respecto a la primera causal subsidiaria, impugnando la aplicación del artículo 450 del Código Penal, argumenta que la especialidad de la norma apunta directamente al delito cometido por el autor, debiendo por tanto castigarse con única sanción, como consumado siempre, sea cual sea su grado de desarrollo.

A nuestro juicio, el análisis de la Corte de Apelaciones de Talca pudo ser mayor respecto a la fundamentación de la no aplicabilidad de la tentativa inidónea del caso en comento, pero coincidimos dado que ni siquiera cabría en un supuesto de tentativa relativamente inidónea, toda vez que mediante un juicio ex ante, en efecto podría haberse concretado el delito, de no ser por la tozudez de la víctima, por lo cual, simplemente se trata de tentativa, habiéndose dado principio de ejecución del delito al sacar el arma blanca, ponerla en la cintura de la víctima y tratar de amedrentarla para que entregase sus pertenencias, siendo alta coacción por el hecho de andar ella con sus dos hijos pequeños.

## **2. Recursos De Apelación**

### **a) CAUSA N° 4679/2017 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN N° 6 DE CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, DE 22 DE DICIEMBRE DE 2017**

La Corte de Apelaciones termina por estimar que debe mantenerse la medida cautelar de prisión preventiva que pesa sobre los imputados R.G.M.H. y P.O.S.M ,confirmando la decisión del 9° Juzgado de Garantía de Santiago, por estimar que se configuran los requisitos de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal, y que igualmente concurre en la hipótesis del mismo artículo en su letra c) de

que la libertad de los imputados constituye un peligro serio y concreto para la seguridad de la sociedad.

Tal decisión se adoptó con el voto en contra del Fiscal Judicial, señor Jorge Luis Norambuena, quien fue del parecer de revocar la prisión y reemplazarla por arresto domiciliario total, solicitado por la defensa. En la parte que nos interesa, argumentó que no hay supuesto material para el delito de robo con intimidación que imputa el Ministerio Público, porque la sola circunstancia de haberse acercado a ese lugar, identificarse como carabinero y pedir que le abran la puerta, es una tentativa inidónea de un delito de robo con intimidación, porque no produjo ningún resultado, porque no le abrieron la puerta, no hay sustracción de especie mueble ajena y ,además, el único antecedente para presumir, el Ministerio Público, la participación en un delito de robo con intimidación, es la declaración de los imputados que fue tomada sin la presencia de su defensor, y ni siquiera del Fiscal a cargo de la investigación, por lo tanto, la policía excedió la facultad del artículo 85 del Código Procesal Penal.

**b) CAUSA N° 1868/2014 (REFORMA PROCESAL PENAL). RESOLUCIÓN N° 56055 DE CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014**

En causa RUC 1300132852-7, RIT O-6698-2014, el juez del 11° Juzgado de Garantía de Santiago no dio lugar al sobreseimiento definitivo solicitado por el Ministerio Público, al estimar que los hechos que se le atribuían al imputado, podían ser constitutivos de delito (no consumado) contra la fe pública. Es por ello que el Ministerio Público dedujo recurso de apelación en contra de dicha resolución, argumentando que los presupuestos del inciso 6° del artículo 5° de la Ley 14908 no se configurarían, ya que la pretensión del legislador según la historia fidedigna de la ley modificatoria era sancionar al alimentante doloso que inducía a error al juez de familia para que dicte resolución contraria a derecho, eximiendo o disminuyendo la pensión que correspondería.

Argumenta que el hecho de que el querellado haya hecho omisión de indicar la cantidad exacta de vehículos que posee -7 en vez de los 5 declarados-, es considerado una tentativa inidónea, que no tiene la aptitud real y seria de producir un cambio en la

decisión del juez y haber afectado el bien jurídico protegido, ya que el propio juez requirió al Registro Civil para verificar la información brindada por el querellado. Luego, solicita que se declare el sobreseimiento definitivo, declarando que los hechos no son constitutivos de delito.

La Corte de Apelaciones de San Miguel revoca la resolución del Juzgado de Garantía, declarando el sobreseimiento definitivo. Para sustentar su decisión, razona indicando que el hecho antes referido no tuvo la idoneidad para dañar el bien jurídico protegido, pues los bienes constan en un registro público que pudo y fue consultado. Luego, haciendo cita de Muñoz Conde y García Arán, indica que *“toda tentativa (ya sea por motivos fácticos o jurídicos) siempre será inidónea desde la perspectiva de la consumación del delito”*, y que la tentativa, para ser tal -por tanto, punible-, debe necesariamente contener actos ejecutivos que desde una perspectiva ex ante sean idóneos para constituir una puesta en peligro concreta del bien jurídico protegido, la cual debe ser construida ex post.

### **3. Comentario en general a los fallos chilenos**

Los fallos de nuestros tribunales que refieren a la tentativa inidónea suelen citar la doctrina nacional al respecto, indican cuál es la posición mayoritaria de ésta, pero no relacionan debidamente el derecho con los hechos de las respectivas causas. Así, se echa en falta el razonamiento total que puede haber tras la usual negativa a considerar la tentativa absolutamente inidónea como argumento para acoger recursos de nulidad contra las sentencias de los diferentes TJOP del país.

### **4. Casos revisados por la doctrina nacional**

Como se anticipó, existen determinadas situaciones que, por sus particularidades, han debido ser revisadas y analizadas por la doctrina, para así definir y explicar de mejor forma aquellos casos en que podría cuestionarse con mayor intensidad si habría o no tentativa inidónea.

El primero de ellos es el caso del bolsillo vacío: el autor introduce su mano en el bolsillo de la víctima con el objetivo de hurtar una especie, pero se encuentra con que aquel está vacío. Del mismo tenor es el caso en que la víctima no portaba especies.

Para BACIGALUPO, en España, este ejemplo deja en evidencia “*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 de hurto carecía completamente de dinero la tentativa era absolutamente inidónea, mientras que la inidoneidad solo sería relativa si el dinero estaba en el otro bolsillo*”<sup>141</sup>.

El caso del bolsillo vacío es típicamente el ejemplo al cual recurren los diversos autores para ilustrar la tentativa relativamente inidónea -cual es considerada punible por la mayoría de la doctrina nacional, como ya explicamos en el capítulo IV-. NOVOA lo considera una tentativa inidónea, pero punible, dado que este hecho genera alarma social ante la posibilidad de haber concretado el delito, de no haber estado vacío el bolsillo, y ETCHEBERRY, en un primer estadio, lo entiende como tentativa relativamente inidónea y punible<sup>142</sup>, y en un segundo estadio, lo considera como imposibilidad absoluta por inexistencia de objeto, por tanto, impune<sup>143</sup>.

POLITOFF lo hace refiriendo a la situación en que se intenta sustraer la cartera del bolsillo derecho, cuando está en el izquierdo. MERA observa este caso, y lo interpreta como un caso de imposibilidad absoluta por inexistencia del objeto.

En nuestra jurisprudencia este caso tuvo lugar, condenando el TJOP de Puente Alto por delito frustrado de robo con intimidación, sentencia que fue revocada en la Corte de Apelaciones de Santiago, indicando que se trató de un intento desistido de robo con violencia o intimidación. GARRIDO MONTT, al comentar este caso, concuerda con la opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, pues si el robo no se ha producido por causas dependientes de la voluntad del hechor, no hay delito frustrado, ni puede haber pena<sup>144</sup>. SCHURMANN, por su parte, no coincide con este razonamiento, pues este desistimiento no puede ser calificado como voluntario, porque “*el imputado realizó todas las acciones necesarias para*

---

<sup>141</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 471.

<sup>142</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*.

<sup>143</sup> Alfredo Etcheberry, “caso Contra Pedro di Giorgio Valdés y Otro”, *Derecho Penal en la Jurisprudencia* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987).

<sup>144</sup> Mario Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tomo 2, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 280.

*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”<sup>145</sup>. Y añade: “La interrupción requerida en el fallo no es requisito sine qua non del artículo 7<sup>a</sup> 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”<sup>146</sup>.*

El segundo caso que suele revisarse por la doctrina es el de aquel en que por una advertencia previa (de la policía, la víctima o un tercero), existe una imposibilidad de consumar el delito. POLITOFF<sup>147</sup> Y ETCHEBERRY<sup>148</sup> coinciden en que deben ser considerados como tentativa absolutamente inidónea, y por ende, impune.

A este respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha dictado fallos opuestos; en *Contra Vidal Rebeco*, caso en que la imputada intentó estafar a una tienda comercial usando documentos de identificación y pago de un tercero, se rechazó el recurso de nulidad contra la sentencia absolutoria dictada por el TJOP respectivo, entendiendo que hay tentativa inidónea por falta de idoneidad de los medios, pero contra *Vera Meza*, rechazó la nulidad contra la sentencia condenatoria en similares circunstancias, pues indica que si el resultado no se produjo, fue por la experticia de los empleados, que superan el criterio del hombre medio.

---

<sup>145</sup> Schürmann, “¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune?”, 423.

Este autor además indica que HART comparte su razonamiento (424), rechazando en primer lugar que solo puede ser calificada de tentativa punible aquella que tiene la aptitud de ser exitosa. Luego, es contrario a requerir la existencia de un objeto en momento y lugar determinado para que el intento de afectación de ese objeto se punible, siendo suficiente un objeto de la intención, aunque éste no se encuentre en ese momento y lugar específicos.

<sup>146</sup> Schürmann, “¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune?”, 424.

<sup>147</sup> Eso sí, dice POLITOFF, que aquel caso ha de distinguirse de aquel en que se finge una situación para atrapar a la persona cometiendo un delito (Sergio Politoff, 138). Algo así como el programa nacional “En su propia trampa”.

<sup>148</sup> ETCHEBERRY aduce que es tentativa inidónea, pues a todas luces, en ningún caso pudo llegar a consumarse (473 - 474).

Si, tal como propone SCHÜRMANN -a lo cual adherimos-, entendemos que el criterio de la peligrosidad que implica la acción para el bien jurídico ha de ser ex ante (como lo hizo la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Vera Meza), ha de evaluarse en virtud de la posición particular del actor, con sus conocimientos y aptitudes a ese momento, y no a partir de un observador objetivo<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup>Schürmann, “¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune?”, 427.

## **CAPÍTULO SEXTO: PROYECCIÓN ACERCA DEL FUTURO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN CHILE.**

### **I. Proyecto de Nuevo Código Penal**

Actualmente existe un anteproyecto para un nuevo Código Penal, el cual ha sufrido modificaciones los años 2013, 2015 y 2018. Si bien la mayor parte de los cambios se han dado en la parte especial del Anteproyecto del Código Penal, es importante señalar que la redacción de los artículos que contemplan la regulación dogmática de la tentativa resulta oscura para una posible solución al tema que se analiza en el presente trabajo. En efecto, no parece advertirse que el legislador zanje de manera contundente la discusión de si es punible la tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea a través de texto expreso, así como lo señalan las legislaciones anteriormente analizadas (tal es el caso de la legislación colombiana y la legislación italiana, que hacen exigibles que el principio de ejecución deba ser por hechos idóneos), no dando lugar a dudas sobre la impunidad de estas tentativas. Sin perjuicio de esto, nuestro actual legislador ha modificado en varias ocasiones, a lo largo de la discusión legislativa, el concepto de tentativa y el margen de punibilidad del mismo, haciendo necesaria su revisión.

El Anteproyecto del año 2013 trataba a la tentativa dentro de los artículos 31 y 32, de la siguiente manera:

*“Art. 31. Punibilidad de la tentativa. Son punibles el crimen consumado y la tentativa de crimen. El simple delito sólo se castigará cuando haya sido consumado, salvo que la ley prevea especialmente la punibilidad de la tentativa.*

*Art. 32. Tentativa. Hay tentativa cuando se da principio a la ejecución del crimen, o del simple delito en su caso, por hechos directos e inequívocos y sin embargo éste no se consuma.*

*La tentativa no es punible si la consumación del hecho no es posible bajo*

*circunstancia alguna, ya sea por faltar cualidades o relaciones personales que la ley presupone en el autor, o en razón de la clase de comportamiento que se realiza o del objeto sobre el cual recae el hecho. Para efectos de este precepto, la consumación del hecho no es posible cuando el autor ha sido instigado a su comisión por ardid de la policía o de cualquiera concertado con ella. Tampoco es punible la realización total o parcial de un hecho bajo la suposición errónea de que constituye delito, en circunstancias de que para la ley no lo es.”*<sup>150</sup>

En comparación con el artículo 7 de nuestro actual Código Penal, el artículo 32 usa la voz “*directos e inequívocos*”, dando a entender que no podría ser punible la tentativa inidónea – ni absoluta ni relativa -, toda vez que se requieren no solo que los hechos sean directos, lo que, según MERA excluía la posibilidad de punibilidad de la tentativa inidónea, sino que requiere que sean inequívocos, lo que descartaría la posibilidad de una tentativa relativamente inidónea, toda vez que no podría, objetivamente, ponerse en peligro un bien jurídico tutelado por un hecho objetivamente inocuo o, en otras palabras, dar principio de ejecución a un hecho inocuo.

Agrega el inciso 2° del artículo 32 del Anteproyecto del Código Penal del año 2013 que no será punible dicha tentativa si la consumación no es posible, expresando en el mismo texto tales circunstancias, estando así frente a un delito imposible, lo que normalmente se entiende como una tentativa absolutamente inidónea. Cabe destacar que las circunstancias planteadas por el legislador obedecerían a la clásica clasificación de la tentativa inidónea que puede ser por el sujeto, por los medios o por el objeto. Se plantean las situaciones de impunidad de la tentativa inidónea, dando reglas que expresan la inidoneidad al no poder concretar objetivamente el delito, pues la clase de comportamiento que se despliega no podría afectar a bien jurídico alguno, siendo, por tanto, conductas no lesivas por criterios objetivos. Respecto de la inidoneidad del **sujeto** se expresa que “*ya sea por faltar cualidades o relaciones personales que la ley presupone en el autor*”; respecto del **medio** “*o en razón de*

---

<sup>150</sup> Anteproyecto del Código Penal, Santiago de Chile, 30 de Diciembre de 2013.

*la clase de comportamiento que se realiza” y respecto del **objeto**: “o del objeto sobre el cual recae el hecho”.*

Llama la atención la expresión utilizada: *“Para efectos de este precepto, la consumación del hecho no es posible cuando el autor ha sido instigado a su comisión por ardid de la policía o de cualquiera concertado con ella.”* La ubicación de este precepto en la tentativa resulta –a nuestro juicio- desafortunada, pues no se logra entender la relación que pueda tener con la tentativa inidónea para efectos de este estudio.

El inciso final da luz sobre lo que puede ser la impunidad de una tentativa supersticiosa, ya tratada de forma sucinta anteriormente; no obstante, la forma de redacción parece estar referida a un delito putativo al ser un hecho aparentemente -en la mente del autor- delictivo, cuando en realidad no está penado por la ley. De ser así, resulta curioso que sea establecido en tal punto del anteproyecto, incluso el que sea mencionado, pues como es sabido, si la conducta no corresponde a ningún tipo penal, no constituiría delito; por lo tanto, sería innecesaria su expresa mención, más aún cuando se está tratando de la tentativa. Quizá la interpretación que justificaría la mención expresa de ese inciso, es que existe una inidoneidad tan crasa en los medios, como la que existe en la tentativa supersticiosa, que en caso alguno podrá constituir delito; pero no se condice esto con la última frase *“en circunstancias de que para la ley no lo es”*, ya que el hecho simplemente no será típico. Esto hace pensar que ese inciso estuvo de más en la redacción y que, como se verá posteriormente, fue prescindible provocando así su supresión del anteproyecto del año 2015.

Resulta interesante que se elimine la frustración dentro del iter criminis y por otra parte que sólo sea punible la tentativa de crimen y no – en todos los casos – la tentativa de simple delito. Esto tiene su inspiración en el Código Penal español, lo cual no será analizado porque escapa más allá del tema del presente trabajo.

Dentro de las diversas propuestas para la redacción del anteproyecto del año 2013, el profesor Miguel SCHÜRMAN y Miguel CHAVEZ PÉREZ<sup>151</sup> se encargaron de las fases del desarrollo del delito y, dentro de esto, de la tentativa. Resulta interesante la exclusión de la tentativa para los simples delitos, salvo que la ley prevea lo contrario, restringiendo considerablemente el margen de aplicación de esta. La redacción fue la siguiente:

*“Artículo A. Punibilidad en las fases de desarrollo del delito. Son punibles el crimen consumado y la tentativa de crimen. El simple delito sólo se castigará cuando haya sido consumado, salvo que la ley prevea especialmente la punibilidad de la tentativa.*

*Artículo B. Punibilidad de la tentativa. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del crimen o, en su caso, del simple delito, directamente, por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente producen la consumación del tipo penal y, sin embargo, ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”*

Es necesario destacar la utilización de la expresión *“practicando todos o parte de los actos que objetivamente producen la consumación del tipo penal”*, pues también descarta la posibilidad de punir la tentativa ya sea absoluta o relativamente inidónea, inclusive con un criterio *ex ante*, dado que la misma redacción del artículo no deja un margen en el que se encuentre contemplada la realización de un acto que objetivamente no lleve a un resultado típico siendo inidóneo, pues objetivamente no producirá resultado en el futuro (recordemos la redacción del artículo 16 del Código Penal español). Más allá de otras consideraciones relevantes del iter criminis que proponen ambos artículos, los autores pretenden *“establecer una regulación positiva de la tentativa punible, descartando establecer una regla especial de impunidad de lo que suele denominarse como tentativa inidónea o delito imposible.”*<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Miguel Schurmann Opazo y Miguel Chavez Pérez, *Propuesta de Regulación Fases del Desarrollo del Delito*, Santiago, 11 de Abril de 2013.

<sup>152</sup> Miguel Schurmann Opazo y Miguel Chavez Pérez, *Propuesta de Regulación Fases del Desarrollo del Delito*, Santiago, 11 de Abril de 2013, 8.

Este criterio parece alejarse de las discusiones doctrinarias que han surgido en torno a la penalidad de la tentativa inidónea, sin tomar una posición definida por una u otra teoría, omitiendo una regulación expresa de impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, toda vez que a juicio de los autores, debe excluirse la penalidad en conductas que no podrán ser nunca consumadas por la falta de características esenciales para la comisión, pues objetivamente no tienen la idoneidad para alcanzar el resultado lesivo, el cual dependerá netamente de las posturas doctrinarias que se pronuncien respecto de la tentativa.<sup>153</sup>

En el anteproyecto del año 2013, el párrafo 4 del Título II del Libro I denominado “*Tentativa, Conspiración y Proposición*” se contemplaban 4 artículos, empezando su regulación por el artículo 31 (*Punibilidad de la Tentativa*), artículo 32 (*Tentativa*), artículo 33 (*Desistimiento de la Tentativa*) y artículo 34 (*Conspiración y Proposición*). Tras la propuesta del anteproyecto del año 2015, se realizaron algunos cambios en dicho párrafo, conservando sólo 3 artículos, llevando el párrafo en mención por título “*Tentativa y Conspiración*”, e iniciando su regulación en el artículo 27 (*Punibilidad de la Tentativa*), artículo 28 (*Desistimiento de la tentativa*) y artículo 29 (*Punibilidad de la Conspiración*). Como resultado, se suprimió el artículo que trataba de la tentativa y, además, la forma de redacción del concepto de tentativa sufrió modificaciones, siendo más amplio que el anterior, provocando la eliminación de las reglas establecidas que excluía textualmente la punibilidad de la tentativa absoluta y relativamente inidónea. La redacción escogida fue la siguiente:

*“Art. 27. Punibilidad de la tentativa. Es punible la tentativa de un hecho constitutivo de crimen o de simple delito.*

*Hay tentativa si, estando resuelto a consumarlo, el hechor se ha puesto inmediatamente en situación de realizar el hecho, sin que éste llegue a consumarse.”<sup>154</sup>*

Por una parte, vuelve a la penalidad de la tentativa del simple delito, lo que había sido descartado en el anteproyecto del año 2013, pero además cambia notoriamente el concepto

---

<sup>153</sup>Ibíd, 10.

<sup>154</sup> *Anteproyecto del Código Penal*, Santiago de Chile, 2015.

de tentativa siendo más subjetivo en el criterio, dado que su tipicidad se analiza desde el punto de vista del hechor quien “*inmediatamente*” se ha puesto en la situación de realizar el hecho. Es discutible la asimilación de la expresión “*inmediatamente*” con “*hechos directos*” de nuestro actual artículo 7 del Código Penal, pues no son asimilables ambos conceptos para la aseveración o negación de la punibilidad de la tentativa inidónea. La forma de redacción de este artículo recuerda la redacción del artículo 12 del Código Penal Mexicano, donde se hace expresa mención a la “*resolución*” del hechor para cometer el delito. El profesor MAÑALICH propuso esta redacción del siguiente modo:

*“Art. ... Punibilidad de la tentativa. La tentativa de un hecho constitutivo de crimen es siempre punible.*

*La tentativa de un hecho constitutivo de simple delito sólo es punible si la ley lo declara expresamente.*

*Hay tentativa si el hechor se ha dispuesto inmediatamente a la realización del hecho, sin que éste llegare a consumarse.”<sup>155</sup>*

Junto a las observaciones que realiza el profesor ORTIZ en su Minuta de Observaciones al Título II, donde se plantea dejar la redacción propuesta por el profesor MAÑALICH respecto de la definición y punibilidad de la tentativa, modificando así lo expresado en el artículo 31 del anteproyecto (que terminaría siendo el artículo 27 del anteproyecto del año 2015), se siguiere la modificación del antiguo artículo 32, suprimiéndolo.

Posteriormente, el año 2018 tiene lugar una última publicación, hasta el momento, del anteproyecto del Código Penal, el cual sigue en general las mismas líneas generales que la propuesta del año 2015. Es interesante apreciar cómo se reduce la complejidad de la redacción de la definición del concepto de tentativa, considerando que la actual tiene claramente determinado los elementos anteriormente estudiados, lo cual deberá ser discutido posteriormente por la doctrina. De momento, nos centraremos en lo establecido en el artículo 31 de este último proyecto que dice:

---

<sup>155</sup> Juan Pablo Mañalich, *Propuesta Sustitutiva de Texto de Título II del Libro I del Anteproyecto de Código Penal*, 2015, 4.

*“Art. 31. Punibilidad de la tentativa. La tentativa de delito es punible a no ser que la ley disponga otra cosa.*

*Hay tentativa desde que estando resuelto a perpetrar el delito el hechor se pone inmediatamente en situación de hacerlo.”<sup>156</sup>*

En esta oportunidad se modifica levemente la redacción, salvo en la parte final, donde se suprime la expresión “*sin que éste llegare a consumarse*”, lo cual hace dudar sobre uno de los elementos esenciales de la tentativa, a saber, la insuficiencia de acción, pues sólo trata del principio de ejecución del hecho punible desde el momento en que el hechor se pone inmediatamente en situación de hacerlo.

En abril del año 2018, Alex van Weezel elabora una minuta comparativa de los proyectos del año 2013, 2014 y 2015, en la cual se da luz sobre la supresión de las reglas de la tentativa inidónea<sup>157</sup> que estaban establecidas en el artículo 32 del anteproyecto del año 2013, el cual fue acogido por la comisión y también aceptada la reformulación de la tentativa, donde se elimina el *numerus clausus*<sup>158</sup> en materia de punibilidad de la tentativa al omitir, conscientemente, la especificación de crimen o simple delito, al expresar, de forma genérica “*delito*”.

Es lamentable que tras mucha discusión doctrinaria, no se haya seguido un criterio preciso en la determinación de la tentativa inidónea zanjando la discusión, toda vez que corresponderá a la doctrina nutrir la discusión a la luz de la actual redacción y tratamiento de la tentativa tanto relativa como absolutamente inidónea. También resulta curiosa la supresión de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 32 del anteproyecto del año 2013, dando claras directrices de impunidad de la tentativa inidónea. En virtud de esto es difícil que se llegue a una plena aclaración en nuestra futura legislación penal considerando también que las más grandes críticas que ha recibido el artículo 31 del anteproyecto de Código Penal del año 2018 es lo poco claro que es a la hora de definir la tentativa. Una certera crítica que se le

---

<sup>156</sup> *Anteproyecto de Código Penal*. Santiago de Chile, 22 de octubre de 2018.

<sup>157</sup> Alex Van Weezel. *Minuta para el Análisis del Título II del Libro I (El Delito)*. Abril del 2018, 19.

<sup>158</sup> *Ibíd*, 18.

puede hacer, que ya es realizada por múltiples académicos de variadas universidades<sup>159</sup>, es la falta de precisión del momento en que existe tentativa, ya que por su redacción no sería fácil entender desde cuándo existe tentativa, incluso pudiendo confundirse con actos preparatorios<sup>160</sup>.

¿Qué quiere significar la expresión “*delito el hechor se pone inmediatamente en situación de hacerlo*”? Resulta en extremo vago e impreciso el concepto, no soluciona ningún conflicto doctrinario que se ha revisado a lo largo del presente trabajo, sino que, al contrario, produce más problemas siendo un verdadero retroceso para nuestra legislación un trato como ese a la tentativa como uno de los primeros actos de ejecución hasta donde se adelante la pena por parte de nuestro legislador. Su raíz viene del derecho alemán, no obstante, los académicos de la Universidad Adolfo Ibáñez han criticado ésta señalando los siguiente: “*La definición de tentativa contemplada en el inciso segundo del art. 31 del Anteproyecto puede conducir a aplicaciones judiciales abiertamente contrarias al propósito subyacente a dicha disposición, coincidente con el del § 22 del Código Penal alemán, que le sirvió de modelo. En efecto, un juez que desconozca la regulación alemana podría llegar a la conclusión de que “ponerse inmediatamente en situación” de perpetrar el delito implica la punibilidad de una mera tendencia interna intensificada, sin exigir que esta se traduzca en hechos exteriores. Esta interpretación dislocada llevaría a la punibilidad de la mera intención, lo que es constitucionalmente inadmisibles. Para evitar toda posibilidad de interpretar erradamente la disposición en cuestión, se propone una definición menos rupturista con la práctica judicial chilena, pero que mantiene intacto el contenido normativo que evidentemente se tuvo en vista al redactar la disposición aquí observada*”<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Consultar <http://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/> donde se aprecia un cuadro con varias Universidades que hacen observaciones críticas al anteproyecto en general.

<sup>160</sup> Véase las *Observaciones Del Departamento De Ciencias Penales Al Anteproyecto De Código Penal 2018* de la Universidad de Chile, de fecha 18 de octubre de 2018, donde se señala, en su página 17 “*Con la actual definición de tentativa contenida en el Art. 31 resulta difícil diferenciar la tentativa de los actos preparatorios y se corre el riesgo de que resulten punibles a título de tentativa actos preparatorios, ampliando demasiado el ámbito de punibilidad a ese respecto*”.

<sup>161</sup> *Anteproyecto de Código Penal 2018. Observaciones y Propuestas*. Universidad Adolfo Ibáñez, 26 de Noviembre de 2018, 11.

## CONCLUSIONES

Tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, se ha mantenido vigente la discusión acerca de la punibilidad de la denominada tentativa inidónea. Es por eso por lo que nuestro objeto de estudio a lo largo de esta tesis se centró en realizar un análisis que intentara responder a si en Chile la tentativa inidónea es o no punible.

Que el resultado típico no se verifique por circunstancias ajenas a la voluntad del autor es uno de los elementos relevantes para entender a la tentativa como un adelantamiento de la punibilidad y que, como tal, se le sanciona de forma atenuada en comparación de la consumación. Esto se debe a la lejanía que tiene la tentativa respecto de la consumación, pues pone en peligro los bienes jurídicos de máxima relevancia para la sociedad, pero no los lesiona o pone en peligro. A la luz de esta premisa, la tentativa idónea tiene establecida una sanción atenuada por los motivos anteriormente señalados.

En el caso de la tentativa absolutamente inidónea, esta no es punible. Así lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, por razones de toda lógica: al ser un delito derechamente imposible de consumar, no existirá en caso alguno una lesión o una puesta en peligro para el bien jurídico que esté protegido por el legislador, pues no existen los medios, el sujeto o el objeto contra el cual se atenta, dando como resultado que tampoco exista una sanción aparejada al no haber un peligro directo.

Distinto es el caso de la tentativa relativamente inidónea, la cual presenta el problema de no consumar el delito, pero porque las circunstancias o el contexto propio en el cual se ha llevado a cabo la acción hacen que sea imposible la verificación del resultado. Por lo tanto, bajo otras condiciones el delito sí se hubiese verificado o llegado al resultado lesivo para el bien jurídico (el caso del veneno administrado en dosis insuficientes, en otro contexto pudiese haber dado el resultado deseado por el hechor que sería el de matar a otro). De asegurar que esta debiese ser punible estaríamos castigando el querer o mera voluntad del autor y no el resultado de la acción provocada por la conducta desplegada por el sujeto activo. Sin embargo, se podría justificar su punibilidad siempre y cuando exista, por esta conducta

realizada por el sujeto, un resultado de dicha acción (siendo típica, antijurídica y reprochable), circunstancias en que podríamos estar en un delito preterintencional.

Nuestra opinión va direccionada a la impunidad, a priori, de ambas tentativas por razones directamente prácticas, a través de una norma expresa. Tal situación era la planteada por el anteproyecto del Nuevo Código Penal del año 2013, que dejaba patente la impunidad de ambas tentativas inidóneas al exigir ciertos requisitos para la existencia de la tentativa (solución a la que arriban las legislaciones, ya analizada, colombiana e italiana).

Si se analizara con un criterio ex – post, toda tentativa sería inidónea al no producir el resultado querido. En tal caso no existiría una necesidad de imposición de la pena en estos casos, pues una conducta que no produzca un resultado dañoso a un bien jurídico no debiese ser perseguida por el Derecho Penal. No obstante, llegar a esta aseveración tan apresurada puede traer aparejado más de un problema: un sujeto despliega una conducta que, bajo un análisis ex – ante, sí está directamente encaminada a la obtención de la consumación del delito que el sujeto desea cometer; es decir, objetivamente es idónea para consumarlo. Esto podría llevarse a una regulación de la punibilidad de la tentativa relativamente inidónea al caso concreto.

No cabe dudas de que el sujeto ha desplegado una conducta, donde se pone en relación directa con la posibilidad de lesión del bien jurídico, o en otras palabras, los pone en un peligro real, tanto en su representación como para un tercero imparcial, siendo esto lo relevante para sancionar la tentativa idónea. Por ende, también será punible de la misma forma la tentativa relativamente inidónea.

El gran obstáculo para sostener que la tentativa relativamente inidónea debiese ser punible, se sustenta en la interpretación del artículo 7º de nuestro actual Código Penal. A pesar de esto, a lo largo de los proyectos se ha ido adoptado un criterio cada vez más subjetivo, tal como se analizó en el Capítulo VII. Pero, lamentablemente, en el último anteproyecto se llega a una solución bastante ambigua al mantenerse bajo el yugo de una interpretación subjetiva, que se basa en el momento a partir en que este resuelve cometer el ilícito, poniéndose inmediatamente en situación de hacerlo. Dicha interpretación tan

subjetiva pudiese llevar a pensar en la punibilidad de la tentativa relativa y absolutamente inidónea, por norma expresa, al igual que lo hace la legislación alemana y española.

Como puede apreciarse, al no haber norma expresa, y a que la jurisprudencia es variada -aunque con cierta tendencia innegable a punir la tentativa relativamente inidónea y a considerar impune la absolutamente inidónea-, la discusión sigue abierta para nosotros.



## BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁCER, Rafael. *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y de configuración del injusto*. Granada: Comares, 2000.
2. ARÉVALO, Javier. “*Iter Criminis*”. Apuntes de Clases. 2017.
3. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 1996.
4. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
5. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho penal, Parte General*. 4ª edición. Madrid: Akal, 1997.
6. BAUMANN, Jurgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
7. BERDUGO GÓMEZ, Ignacio, et. al. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. Barcelona: Praxis, 1999.
8. BUSTOS, Juan. *Obras Completas*. Tomo 2. Lima: Ara, 2004.
9. CABALLERO, Felipe. “Tentativa Inidónea y su punibilidad en el derecho español”. *Revista de Estudios de la Justicia*. No. 13. Santiago: Universidad de Chile, 2010.
10. CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General*, Vol.1. Buenos Aires: Depalma, 1944.
11. CEREZO MIR, José. “La regulación del *Iter Criminis* y la Concepción de lo Injusto en el Nuevo Código Penal Español”. *Revista de derecho penal y criminología*. No.1, 1998: 20 y ss.
12. *Código Penal Alemán*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Consultado el día 15 de octubre de 2018. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf).
13. *Comentarios al Código Penal*. Director Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas, 1997.
14. CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Tomo 2. Santiago: Ediciones Universidad Católica, 2005.
15. CURY, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977.

16. ETCHEBERRY, Alfredo. “Caso contra Pedro Di Giorgio Valdés y Otro”. *Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
17. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. 3ª edición. Tomo 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
18. FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*. Lima: Editorial Imprenta Comercial, 1883.
19. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª. Edición. 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
20. GARRIDO MONTT, Mario. *Nociones fundamentales de la Teoría del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
21. JAKOBS, Günter. “Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. *Estudios de Derecho Penal. UAM Ediciones*. Madrid: Civitas, 1997: 293-324.
22. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. 2. Traducido y editado por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
23. LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal*. 7ª edición. Tomo 2. Edición actualizada por Julio Zenteno Vargas. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
24. MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, no 4 (2004): 137-175. Consultado el día 01 octubre, 2018. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15039/15459>.
25. MAURACH, Reinhart, Gossel, Karl-Heinz y Zipf, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 2, trad. de la 7ª edición alemana. Buenos Aires: Astrea: 1995.
26. MERA, Jorge. “Comentario al artículo 7º CP”. *Código Penal comentado*. Directores Jaime Couso y Héctor Hernández. Santiago: Abeledo Perrot, 2011:154-155.
27. MIR PIUG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 4ª edición. Barcelona: Reppertor, 1996.
28. MIR PUIG, Santiago. “La tentativa inidónea en el nuevo Código Penal Español”. *Revista Jurídica U.P.R.* Vol. 70 (Hein Online: 2001): 1033-1061.
29. MUÑOZ, Francisco y García, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

30. NOVOA, Eduardo. “El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible”. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, no. 124, 1963: 19-71.
31. NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*. 3ª edición. Tomo 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
32. POLAINO, Miguel, et. al. *Comentarios al Código Penal*. Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Edersa, 1999.
33. POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
34. RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. “Tentaciones, principios y perspectivas para una política criminal en Chile a la altura de los tiempos”. *Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, no. 2. Antofagasta: Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta, 1996: 95-107.
35. ROXIN, Claus. “Acerca del fundamento penal de la tentativa”. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima: Ideosa, 1998.
36. SCHÜRMAN, Miguel. “¿Qué entendemos por Tentativa Inidónea Impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilenas” en *El derecho penal como teoría y como práctica: libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, coordinado por Claudia Cárdenas Aravena. Santiago: Thomson Reuters La Ley, 2016: 411-454. Consultado el día 13 septiembre, 2018. [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141539/Qu%C3%A9\\_entendemos\\_por\\_tentativa\\_id%C3%B3nea\\_impune.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/141539/Qu%C3%A9_entendemos_por_tentativa_id%C3%B3nea_impune.pdf?sequence=2&isAllowed=y).
37. SERRANO-PIEDECASAS, Luis. “Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, tomo 51, 1998.
38. SILVA, Jesús. *El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997.
39. VIVES, Tomás. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol.1. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

40. ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.