

ediciones
DER



Editores

Kai Ambos

José Luis Guzmán Dalbora

Derecho y cambio social
Estudios críticos en homenaje
a Eduardo Novoa Monreal

Prólogo José Luis Guzmán Dalbora

CoEdiciones

CAPÍTULO IV
TENTATIVA DE DELITO Y CONCURSO
DE PERSONAS EN EL HECHO PUNIBLE EN LA OBRA DE
EDUARDO NOVOA MONREAL

JAVIER CONTESSE SINGH

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo consiste en delinear la concepción que Eduardo Novoa Monreal desarrollara de la tentativa de delito y del concurso de personas en el hecho punible, en tanto “variaciones de la responsabilidad penal”, en el segundo tomo de su monumental *Curso de Derecho Penal Chileno*¹, así como en algunas publicaciones aparecidas con anterioridad². En tal medida, se pretende solo ofrecer un marco general a partir del cual sea posible efectuar un análisis pormenorizado de los distintos problemas que se suscitan con ocasión de la reconstrucción teórica de ambas modalidades de comportamiento, problemas que, por lo mismo, no son abordados directamente. En otras palabras: se trata acometer una tarea de clarificación de la concepción articulada por nuestro homenajead, en pos de sentar las bases para su examen colectivo en el marco de la presente investigación de su pensamiento jurídico.

1 NOVOA, *Derecho penal*, pp. 9 y s., 105 y ss. y 143 y ss.

2 NOVOA, *Revista de Ciencias Penales*, pp. 1 y ss.; del mismo, *Revista de Derecho*, pp. 25 y ss.

2. VARIACIONES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: EL FORMALISMO DESCRIPTIVISTA DE NOVOA

Para emprender dicha tarea, es imprescindible, en primer lugar, clarificar la razón por la cual pudiera tener sentido, en el contexto de una indagación en los aspectos más sobresalientes de una obra tan prolífica y diversa como la de Eduardo Novoa Monreal, abordar conjuntamente la reconstrucción teórica de la tentativa de delito y del concurso de personas en el hecho punible. A primera vista, la respuesta tendría que ser obvia: ambas modalidades poseen una matriz común en tanto ambas fungen —para usar la célebre expresión de Mezger— como “formas especiales de aparición del hecho punible”³; esto es, como formas de manifestación anómala del mismo, bajo las cuales este aparecería o bien “de forma reducida” —en el caso de la tentativa— o bien “de forma ampliada” en el caso del concurso de intervinientes⁴.

Ahora bien, siendo estas manifestaciones “especiales” del hecho punible, cabe concluir, entonces, que —valga la trivialidad— este último reconocería formas “básicas” o “elementales” de aparición. Tales serían, en opinión de Novoa, el delito consumado y la autoría directa⁵. Pero aquí es fundamental neutralizar, de entrada, el riesgo de interpretar la adopción de la terminología *mezgeriana* por parte de Novoa como la asunción de algún tipo de compromiso “fenomenológico” en lo tocante a la ontología del hecho punible. Pues si algo caracteriza distintivamente a la vocación científica de Novoa es el rechazo, más o menos explícito, de la comprensión del hecho punible como un fenómeno que se nos pudiese “aparecer” bajo una determinada forma, en tal medida ontológicamente primaria, reconocible con independencia de las estructuras lingüísticas —en particular: institucionales— que dan forma a la praxis social, en la cual una idea como la de delito siquiera pudiera llegar a tener sentido⁶.

3 MEZGER, *Tratado*, pp. 224 y ss.; asimismo, ROXIN, *Strafrecht*, pp. VII y ss. En Chile, véase POLITOFF, *Actos preparatorios*, p. 105.

4 En esos términos, NOVOA, *Derecho penal*, p. 110.

5 La formulación de Novoa es, empero, más precisa: mientras la consumación correspondería a la “forma básica de aparición de un hecho típico”, la autoría correspondería a la “forma básica de intervención en el hecho punible”. NOVOA, *Derecho penal*, pp. 110 y 145.

6 Especialmente ilustrativa de semejante *ethos* científico es la crítica de Novoa a la doctrina final de la acción y, en general, al concepto de delito elaborado por finalis-

Esto último, que pudiera ser interpretado como un compromiso irrestricto con el carácter formal del razonamiento jurídico en tanto instancia de razonamiento institucionalmente mediado, se deja observar con especial claridad en la lúcida defensa que Novoa emprendiera de la estrategia de utilización de dispositivos legalmente vigentes, pero doctrinalmente desatendidos, en pos de generar las condiciones jurídicas de implementación del programa de gobierno del Presidente Salvador Allende. Pues tal como argumentara en su monografía dedicada al problema, los así llamados “resquicios legales” (con sana sorna, Novoa se apodera de la etiqueta utilizada por *El Mercurio* en descrédito de su estrategia), en último término, no eran más (pero tampoco menos) que dispositivos *legales*⁷. Ahora bien, es probablemente con ocasión de la reconstrucción del concepto de hecho punible que la vocación formalista de Novoa alcanza su expresión más descollante; en particular, aunque no exclusivamente, en la reconstrucción que este hiciera de la tentativa de delito y del concurso de personas. Pues, más allá de los problemas que pudiera presentar su concepción, Novoa entendió, como pocos, el significado de la “simetría de la construcción jurídica”⁸ existente entre ambas figuras, a saber: que el núcleo de las dificultades que presenta su reconstrucción radica, fundamentalmente, en el déficit que ambas exhiben en lo tocante a su tipicidad.

Esto último permite hacer explícito un aspecto ulterior de la concepción de Novoa, que está internamente relacionado con su vocación formalista. Se trata de lo que cabría llamar la adopción de una semántica descriptivista en el contexto de la pregunta por la afirmación de la tipicidad de un comportamiento (sea que se trate —en los términos favorecidos por Novoa— de

mo, formulada originalmente en una ponencia presentada en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Caracas, en 1978, titulada “Un error básico de la teoría de la acción final”, publicada posteriormente en sus *Cuestiones de Derecho penal*, pp. 253 y ss.

7 Lo cual permite observar la contradicción performativa en la que incurrió *El Mercurio* al condenar la utilización de tales mecanismos por tratarse de “textos de dudosa vigencia, contradictoria interpretación y procedencia espuria”, por una parte, y llamarlos “resquicios legales”, por la otra. Al llamarlos “legales”, *El Mercurio* no hace más que socavar la base de su propia acusación. En ese sentido, NOVOA, *Resquicios*, pp. 74-75. Ahora bien, lo mismo tendría que ser aplicable, pero ahora en relación con el término “resquicios”, al propio Novoa por haber adoptado la nomenclatura de *El Mercurio*.

8 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, p. 145.

un delito consumado, de un delito tentado, de una forma de intervención principal o de una forma de intervención accesoria). Y aquí, el punto de referencia no es otro que la célebre "doctrina del tipo" de Beling⁹ (o, más precisamente, de quien cabría llamar el "primer" Beling)¹⁰ en la medida que, de acuerdo con Novoa, "toda descripción típica [posee] carácter puramente objetivo, formal e incoloro [...] y le son extrañas las valoraciones jurídicas"¹¹. Pero, en contra de un muy extendido lugar común, dicha afirmación no puede ser entendida como si en la formulación del supuesto de hecho de una norma de sanción penal quedase excluida toda valoración, de modo tal que el establecimiento del carácter típico de una conducta tuviera que ser entendido como un juicio carente de todo componente evaluativo. La tesis del carácter descriptivo del tipo penal es una tesis acerca del *contenido* semántico de las descripciones-de-acción¹² que fungen como supuestos de hecho de las normas de sanción¹³, no acerca del tipo de *acto del habla* que representa la afirmación de la tipicidad. Así entendida, la tesis afirma que dicho contenido queda configurado como un conjunto (unitario) de condiciones-de-verdad que pueden llegar a ser instanciadas por un determinado acontecimiento en el mundo, en cuyo caso la subsunción de la conducta bajo la norma contará como establecimiento de un hecho¹⁴. Cuál sea, en cambio, la *fuerza* pragmática asociada del acto del habla por medio del cual se afirma la instanciación del contenido proposicional respectivo, es una pregunta distinta¹⁵.

9 BELING, *Verbrechen, pássim*.

10 Véase, *infra*, 2.

11 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, pp. 109 y 179.

12 Acerca del concepto de descripción-de-acción como descripción de un *tipo* o una *clase* de acción, fundamental, VON WRIGHT, *Norm and Action*, pp. 36 y ss.; MOORE, *Act and Crime*, pp. 280 y ss.; MAÑALICH, *Norma, Causalidad y Acción*, pp. 17 y ss.

13 Que, a su vez, funge —en lo nuclear— como contenido proposicional de la norma de comportamiento que se obtiene, por vía de formulación contradictoria, a partir de la norma de sanción.

14 Pues, como indicara Frege, un hecho no es más que una proposición verdadera. FREGE, "Der Gedanke". p. 35.

15 Véase, a este respecto, SELLARS, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, quien llama la atención sobre la confusión recurrente entre el contenido descriptivo de un enunciado y la fuerza pragmática asociada a su aseveración, en términos de la ambigüedad "—ed/-ing". Un refinadísimo análisis de este problema y de las (nefastas) consecuencias que se siguen de su no advertencia se encuentra en BRANDOM, *Idealismus*, pp. 20 y ss.

Si bien existen buenas razones para interpretar la tesis descriptivista de Beling en estos términos, no es necesario (ni posible) ahondar en ese punto. En lo que aquí interesa, basta con advertir que la afirmación de Novoa —según la cual a los tipos penales son extrañas valoraciones jurídicas— admite ser interpretada, precisamente, como la asunción de un compromiso (fuerte) con la comprensión de la tipicidad como una propiedad cuya instanciación depende de la satisfacción de una determinada descripción-de-acción por un determinado evento, el cual resultaría, en tal medida, subsumido bajo la primera. La consecuencia fundamental de semejante comprensión consiste en el rechazo de una concepción de la tipicidad como “similitud” o “proximidad” semántica, con arreglo a la cual la operación semántica elemental no sería la subsunción, sino la analogía¹⁶. La importancia que este punto para el análisis de las “formas especiales de aparición del delito” apenas se deja exaerar. Pues lo que caracteriza a una concepción “anológica” de la tipicidad es precisamente la negación de la posibilidad de realización perfecta de una proposición, en atención a que no existiría tal cosa como una relación *binaria* de satisfacción/no-satisfacción de una descripción, en circunstancias de que es precisamente la idea de que la consumación y la autoría directa requieren satisfacer *perfectamente* la descripción típica, lo que, en último término, subyace tras la consideración de la tentativa y el concurso de personas como *variaciones* de la responsabilidad penal.

3. LA TENTATIVA DE DELITO COMO CURSO CAUSAL INTERRUMPIDO

3.1. La tentativa de delito como instancia de falta de consumación

La caracterización de la aproximación de Novoa como una de carácter formalista provee el telón de fondo para la revisión, algo más pormenorizada, de algunos de los aspectos principales de su concepción del delito tentado. El principal de ellos, como ya fuera sugerido, consiste en la tesis según la cual lo distintivo de la tentativa de delito como variación de la responsabilidad penal radica en la existencia de un determinado déficit, a

16 Paradigmático, en ese sentido, KAUFMANN, *Analogie*, pp. 5 y ss.

saber: la falta de consumación¹⁷. Este punto exige poner en relación las dos proposiciones elementales sobre las cuales Novoa construye su concepto de consumación, y que se encuentran enunciadas en el siguiente extracto de su *Curso de Derecho penal chileno*:

Quando un ser humano realiza totalmente el hecho tipificado por la ley penal, hallándose presentes todos los requisitos previstos en la descripción, el hecho típico está consumado. Y dando a los hechos típicos la denominación de delitos que corrientemente se les da (usando la palabra delito en una de sus acepciones, justamente la de hecho típico) podemos decir que nos hallamos en presencia de un delito consumado¹⁸.

De acuerdo con lo señalado, la consumación de un delito depende de la satisfacción conjunta de dos condiciones. Primero: el hecho tipificado por la ley penal debe encontrarse totalmente realizado. Segundo: todos los requisitos previstos en la descripción deben hallarse presentes. A primera vista, la segunda condición pareciera ser redundante. Si el hecho tipificado en la ley se encuentra totalmente realizado, entonces todos los requisitos previstos en la descripción legal tendrían que resultar satisfechos. No obstante, Novoa introduce, a renglón seguido, la siguiente distinción:

Un delito (hecho típico) puede estar incompleto por no concurrir alguno de los requisitos señalados por la descripción típica. [...] En este caso el hecho es atípico y, por consiguiente, impune, pues falta un elemento de la responsabilidad penal. [...] Pero otras veces el delito está incompleto porque no se alcanzó a concluir su realización. En estos casos, el sujeto activo empezó a realizar la actividad que debía conducir a la plena ejecución del delito, pero algún impedimento hizo que esa actividad no llegara a su término¹⁹.

La impropiedad con la que Novoa formula la distinción salta a la vista. Ciertamente, un hecho típico no puede, por carecer de "algunos de los requisitos señalados en la descripción típica", ser al mismo tiempo atípico. Asimismo, difícilmente puede explicarse la atipicidad de una conducta si la razón invocada para ello corresponde a la "falta [de] un elemento de la responsabilidad penal". Pues con ello se invierte la dirección de la

17 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, pp. 107 y ss.; del mismo, *Revista de Ciencias Penales*, p. 14.

18 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, p. 106.

19 NOVOA, *Derecho penal*, p. 107.

explicación: la tipicidad de la conducta es un presupuesto, no una consecuencia, de la responsabilidad penal²⁰.

Pero tales imprecisiones no deben hacernos perder de vista la importancia del punto que Novoa intenta formular. A este respecto, lo crucial es tener a la vista que, en su opinión, un delito puede encontrarse "incompleto" por dos razones: "porque no alcanzó a concluir su realización" o "por no concurrir alguno de los requisitos señalados por la descripción típica". Nótese que cada una de ellas se corresponde estrictamente con la ausencia de cada una de las condiciones de las cuales depende la consumación de un comportamiento; lo cual permite hacer explícita la razón por la que la segunda condición invocada por Novoa no es redundante. Ciertamente, todo comportamiento inconcluso tendrá como consecuencia la no concurrencia de "alguno de los requisitos señalados por la descripción típica". Pero lo mismo no vale a la inversa. Pues tal como sugiere Novoa, la realización de un comportamiento podría encontrarse concluida sin que, por ello, este tuviera que satisfacer la descripción típica con arreglo a la cual el mismo podría contar como delito consumado: "por ejemplo yace un hombre con una doncella mediante engaño, pero esa doncella tiene 21 años, o sea, excede su edad de la que exige el art. 363 del C. Penal para que haya delito de estupro"²¹.

Lo anterior hace imprescindible diferenciar con mayor precisión lo que Novoa entiende como realización inconclusa de un comportamiento, por una parte, y lo que entiende como el carácter atípico del comportamiento por ausencia de un elemento de la responsabilidad penal, por la otra. En el primer caso, el déficit concerniría la ejecución material de la conducta, y solo *por esa vía* redundaría en la falta de realización de la descripción típica (la realización inconclusa del comportamiento sería condición suficiente de la no-realización de la descripción típica). En el segundo, en cambio, el déficit concerniría exclusivamente la descripción típica, puesto que la realización del comportamiento se encontraría, en todo caso, concluida (la realización inconclusa del comportamiento no sería condición necesaria de la no-realización de la descripción típica). Solo en el primer caso —sostiene

20 Por cierto, no una condición *necesaria* de la responsabilidad penal, pues como lo demuestran, precisamente, los casos de tentativa y de intervención múltiple, puede existir responsabilidad penal sin tipicidad.

21 NOVOA, *Derecho penal*, p. 107. Desde luego, Novoa tiene a la vista el antiguo artículo 363, el cual fuera modificado por la Ley N° 19.617 de 1999.

Novoa— es posible hablar de tentativa de delito²². En el segundo, en cambio, estaríamos en presencia de lo que doctrinalmente se conoce como “delito imposible”, hipótesis que, según Novoa, tendría que ser impune, en cuanto indicativa de un *mero* déficit de tipicidad²³.

De esto se sigue, empero, que la distinción entre lo que cabría denominar “falta de consumación por falta de realización íntegra del comportamiento”, por una parte, y “falta de consumación por falta de satisfacción de la descripción típica”, por la otra, es, hasta cierto punto, analíticamente equívoca. Pues más que dos formas de ausencia de consumación, dicha distinción pone en relación una modalidad de ausencia de consumación, por una parte, con una mera explicación del concepto de ausencia de consumación, por la otra. Para ser analíticamente ilustrativa, la distinción tendría que ser formulada, más bien, como la distinción entre falta de consumación *con* falta de realización íntegra del comportamiento, por una parte, y falta de consumación *sin* falta de realización íntegra del comportamiento, por la otra. Pues sólo de esa forma resulta esclarecido el punto que Novoa pretende formular, a saber, que es necesario diferenciar entre el nivel de la descripción-de-acción que, en tanto *clase* de acción, constituye el supuesto de hecho de la norma de comportamiento, por una parte, y el nivel de la conducta que podría contar como *instancia* particular de esa clase de acción de llegar a ejemplificar (perfectamente) la respectiva descripción-de-acción²⁴. Y ya porque lo que interesa poner de manifiesto es precisamente que lo distintivo de la tentativa no es la *mera* ausencia de consumación, sino la circunstancia de que tal ausencia se deba a que la conducta particular resultó interrumpida, esto es, a que no alcanzó a ser completamente realizada.

3.2. ¿La tentativa como conducta “accesoriamente” típica?

De lo anterior se sigue que el requisito de falta de consumación como presupuesto de la tentativa debe ser entendido, empero, en sentido

22 NOVOA, *Derecho penal*, p. 107.

23 NOVOA, *Derecho penal*, p. 107.

24 Fundamental para el esclarecimiento del estatus de la tentativa como delito imperfecto, recientemente MAÑALICH, “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2, pp. 461-49.

calificado: no basta con que falle *alguna* de las dos condiciones de la consumación, sino que es necesario que falle *una* en particular (la realización completa del hecho típico), en circunstancias de que, fallando *esa* condición, también fallará la otra.

Ahora bien, que solo una vez calificado en esos términos el requisito de falta de consumación pueda resultar operativo, no es algo que deba extrañar. Pues si la consumación representa aquel instante en que la descripción típica se ve perfectamente ejemplificada por una acción particular, entonces la ausencia de consumación es analíticamente indistinguible de la atipicidad (en tal medida, el concepto de consumación de Novoa aparece como un concepto "cuasi-material" de consumación). Precisamente a raíz de este hallazgo, Beling, a quien Novoa prestara especial atención en su obra, se vio en la obligación de modificar, con ocasión de la publicación de su opúsculo titulado *Die Lehre vom Tatbestand*, su definición original de crimen como hecho típico (o adecuado-al-tipo), antijurídico y culpable²⁵, debiendo reemplazar el concepto "típico" o "adecuado-al-tipo" (*tatbestandmäßig*) por "referido-al-tipo" (*tatbestandbezogen*)²⁶, precisamente para que también pudieran resultar abarcadas las formas especiales de aparición del hecho punible²⁷.

La referencia a Beling no tiene, empero, y si se me permiten las etiquetas, solo valor "historiográfico", sino también "analítico", en la medida en que la misma posibilita poner en perspectiva una de las premisas sobre las cuales se asienta el concepto de tentativa de Novoa. Así, de acuerdo con este último,

La tentativa, a diferencia de la consumación, cuya punibilidad resulta de la pura aplicación al respectivo tipo de los principios que informan la responsabilidad penal, requiere de la combinación de dos preceptos penales: el del tipo fundamental contenido en la parte especial, y el ampliatorio a las formas incompletas contemplado en la parte general²⁸.

25 BELING, *Verbrechen*, pp. 1 y ss. y 110 y ss.

26 BELING, *Tatbestand*, p. 17.

27 Dando cuenta del modo en que la modificación realizada por Beling se deja interpretar como el rechazo de este último a la antigua teoría de la "ausencia del tipo", MAÑALICH, "La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2, pp. 461-49.

28 NOVOA, *Derecho penal*, p. 109.

Al construir su concepto de tentativa en torno del concepto de falta de consumación, Novoa avanza, al mismo tiempo, una tesis acerca de la función de las reglas sobre tentativa (art. 7° CP)²⁹ y, en general, sobre la relación entre la Parte especial y la Parte general del Código penal. Dicha tesis se deja sintetizar en la idea según la cual las reglas sobre tentativa funcionan como tipos de *ampliación* del alcance de los tipos de la Parte especial. De ello se siguen dos consecuencias de la máxima importancia: en primer lugar, y en contra de lo que sostiene un influyente sector de la doctrina comparada³⁰, según el cual tras cada delito consumado subyacería la respectiva tentativa, en tal medida, "ya realizada", el injusto de la tentativa no se encuentra contenido en el injusto del delito consumado; en segundo lugar, y más importante aún, la función de las reglas sobre tentativa contenidas en la Parte general es estrictamente constitutiva, esto es, su finalidad no consiste en hacer explícita una (supuesta) decisión de punibilidad contenida, en tal medida implícitamente, en los tipos penales de la Parte especial, sino derechamente en *constituir*, por vía de declaración, dicha decisión³¹. De ahí que, de no existir semejante "tipo ampliatorio", las conductas constitutivas de tentativa, precisamente por no ser subsumibles en los supuestos de hecho de las normas de sanción de la Parte especial, simplemente no serían punibles.

Ahora bien, el hecho de que la regla del artículo 7° CP desempeñe una función constitutiva nada dice todavía acerca de cómo se despliega dicha función. En este punto, las posturas de Beling y Novoa dejan de converger. Pues mientras el primero acuña el concepto de referencialidad-al-tipo (*Tatbestandbezogenheit*) precisamente para sortear el problema de la irreductible falta de adecuación típica de la tentativa, el segundo, al favorecer la tesis de la función "ampliativa" de las reglas de punibilidad de la tentativa, se inclina (o, al menos, debiera inclinarse) a favor del carácter típico de esta última. De otro modo, no tendría sentido hablar de "ampliación" de los tipos de la Parte especial. Pero con ello, la noción de falta de consumación,

29 En atención a los constreñimientos de espacio, el análisis de las hipótesis de proposición y conspiración (art. 8°) debe ser dejado de lado.

30 Por todos, SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 25 y ss.

31 Sobre el concepto de reglas constitutivas (y su diferencia con el de reglas regulativas), véase solo SEARLE, *Speech Acts*, pp. 33 y s.; del mismo, *The Construction*, pp. 43 y s. Fundamental en lo tocante a su recepción en la teoría del derecho, ATRIA, *Legal Reasoning*, pp. 15 y ss. Véase, también, MAÑALICH, *Nötigung*, pp. 25 y ss.

en tanto premisa sobre la cual se asienta la concepción de la tentativa como curso causal interrumpido, resulta —a mi modo de ver, innecesariamente— oscurecida. Pues ¿en qué sentido no realiza la descripción típica del artículo 391 CP quien, pretendiendo dar muerte a otro, dispara contra este último sin éxito, si esa descripción, ampliada por la regla del artículo 7º, incluye también la hipótesis de aquel que (solo) intenta dar muerte a otro?

Y a este respecto, es poco lo que calificación de la (supuesta) tipicidad de la tentativa como “tipicidad accesoria” puede aportar al esclarecimiento del problema. Pues pese a lo inadecuada que la expresión “tipicidad accesoria” puede ser, si algo esta puede poner de manifiesto, ello es precisamente lo que la tesis de la ampliación de los tipos de la Parte especial no puede afirmar, a saber, que el único supuesto de hecho que un comportamiento susceptible de ser descrito como tentativa realiza, es el supuesto de hecho contenido en la regla de punibilidad de la tentativa, el cual provee, en tal medida, el esquema prototípico (ya no en el sentido de *Tatbestand*, sino de *Typus*)³², con arreglo al cual la tentativa queda definida como un comportamiento prototípicamente accesorio, no accesoriamente típico.

3.3. La tentativa como interrupción de un curso causal idóneo

Una vez esclarecidos los presupuestos analíticos sobre los cuales se yergue la aproximación de Novoa, cabe dar cuenta del modo en que ellos se traducen en la articulación de una concepción de la tentativa que el propio Novoa se preocupa de caracterizar como “claramente objetiva” y construida sobre el concepto de “curso causal interrumpido”³³. Tales características quedarían expresada en al menos dos ámbitos de la construcción dogmática del delito tentado: el fundamento de la punibilidad del mismo y el problema de la punibilidad de la tentativa inidónea.

A) El fundamento “dualista” del injusto de la tentativa

La pretensión de ofrecer una fundamentación objetivista del injusto de la tentativa se explica, tanto en el caso de Novoa, como en el de la mayoría

32 BELING, *Tatbestand*, pp. 2 y ss. y 17.

33 NOVOA, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, p. 45.

de quienes defienden semejante concepción, en atención a la necesidad de evitar cualquier forma de compromiso con un Derecho penal del ánimo³⁴.

Esto sugiere, empero, que el recurso a la dicotomía objetivismo/subjetivismo tiende, más bien, a oscurecer la pregunta por la fundamentación del injusto de la tentativa. Pues tampoco el injusto del delito consumado se deja tematizar correctamente por referencia a los componentes subjetivos y/u objetivos del comportamiento típico, sino, más bien, por referencia al hecho de que su perpetración es, de modo implícitamente performativo, expresiva de una falta de reconocimiento de una norma de comportamiento en tanto razón perentoria para la acción³⁵. De ello se sigue, entonces, que en la medida en que la falta de reconocimiento de la norma dependa de que tenga lugar la ejecución o no ejecución de un comportamiento que, en todo caso, ha de resultar *imputable* al destinatario de la norma, lo "subjetivo" y lo "objetivo" del delito pertenecen a niveles lógicos distintos. Pero esto significa, por otra parte, que el *mismo* esquema tendría que poder ser reconocible tratándose del delito tentado, en circunstancias de que eso es precisamente lo que la dicotomía objetivo/subjetivo tiende a ocultar por la vía de favorecer una solución unilateral al problema.

Ciertamente, la explicación anterior no decide la cuestión política acerca de si, y bajo qué condiciones, se justifica el castigo de la tentativa. Pero sí permite clarificar el *sentido* en que dicha pregunta exige ser formulada. Precisamente esto último es, a mi modo de ver, lo que Novoa tiende a pasar por alto cuando afirma que "los delitos tentados se penan, porque en ellos un hombre exterioriza su propósito de cometer un hecho delictuoso y realiza actos enderezados a su perpetración y capaces llegar hasta ella"³⁶. Pues el autor de una tentativa no exterioriza su propósito delictivo y realiza actos enderezados a su perpetración, sino que lo exterioriza *por medio* de realizar tales actos. Y ciertamente, no porque que estos funjan como "instrumentos" del primero, sino, más bien, porque la pregunta por

34 NOVOA, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, p. 45; POLITOFF, *Actos Preparatorios*, pp. 110 y s. Un exhaustivo panorama de la disputa entre concepciones objetivas y subjetivas, se encuentra en WACHTER, *Unrecht*, pp. 9 y ss. y 35 y ss.

35 Al respecto, en detalle, MAÑALICH, *Norma*, pp. 17 y ss.; y recientemente, del mismo, "La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2, pp. 461-49.

36 NOVOA, *Derecho penal*, p. 117; del mismo, *Revista de Derecho*, p. 38.

el propósito de la persona recién se vuelve pertinente en relación con un contexto objetivamente delineado que haga situacionalmente plausible la hipótesis de que su comportamiento puede ser constitutivo de un déficit de reconocimiento de una norma de comportamiento.

No es este el lugar, empero, donde deba profundizarse en este problema. En lo que aquí interesa, basta con constatar que, hasta cierto punto, Novoa también se muestra disconforme con la dicotomía objetivismo/ subjetivismo como esquema con arreglo al cual se formula la pregunta por el injusto de la tentativa, cuando advierte que, si bien habría razones para favorecer un modelo objetivista, este no estaría en condiciones de captar plenamente el núcleo de dicho injusto³⁷. El punto es que el modo en que Novoa pretende sortear la dificultad parece poco prometedor. Pues en último término, Novoa llega a favorecer un modelo *dualista* de fundamentación del injusto del delito tentado, que, más que ofrecer una alternativa a la comprensión tradicional, representa una solución de compromiso. Así, afirma Novoa:

Dos son, pues, los fundamentos principales de punibilidad de la tentativa: por una parte, la desobediencia manifiesta del sujeto a las más importantes normas jurídicas, y por otra parte, el peligro inminente de la lesión del bien jurídico que las leyes procuran precaver³⁸.

Y a este respecto, cabe preguntarse si acaso ambos fundamentos —el primero, cercano a lo que se conoce como “teoría de la expresión”, el segundo, más próximo a una concepción objetivista fundada sobre el riesgo de lesión que conlleva la tentativa³⁹— pueden efectivamente a llegar a constituir un esquema teóricamente sólido. Pues, ciertamente, conductas atípicas que no representan riesgo alguno para un bien jurídico pueden expresar conclusivamente una falta de obediencia al ordenamiento jurídico y conservar su carácter de tentativa de delito (piénsese, simplemente, en la tentativa *idónea* de un delito de peligro abstracto). En tal medida, la incorporación del requisito referido a la peligrosidad de la conducta parece representar, más bien, una restricción *extrínseca* al criterio de la desobediencia de las normas jurídicas, llamada, en tal medida, a servir de filtro para la exclusión de comportamientos que parecen no representar una amenaza para

37 NOVOA, *Revista de Derecho*, p. 38.

38 NOVOA, *Revista de Ciencias Penales XX*, pp. 10-11.

39 En detalle, WACHTER, *Unrecht*, pp. 35 ss

la conservación de los bienes jurídicos, pero que bien podrían expresar objetivamente una falta de reconocimiento de la vigencia de las dichas normas. Esto pone de manifiesto que la exigencia de *concreción objetiva* del quebrantamiento de una norma (también a título de tentativa) debe ser diferenciada de la exigencia de *peligrosidad* del mismo.

Que una y otra exigencia, sin embargo, no resultan suficientemente diferenciadas en la reconstrucción ofrecida por Novoa, se advierte con claridad en el tratamiento que este último hace de la así llamada "tentativa inidónea" o, puesto en sus términos, el así llamado "delito imposible".

B) *La tentativa como curso causal (interrumpido) idóneo*

Uno de los rasgos definitorios de la construcción de Novoa, y que ya fuera adelantado al inicio de este capítulo, corresponde a su rechazo de la caracterización del así llamado "delito imposible" como instancia de delito tentado. En efecto, formaría parte ya de la definición del concepto de tentativa, la exigencia de que el comportamiento que funge como realización imperfecta de la descripción-de-acción contenida en el tipo constituya un comportamiento apto o idóneo para producir el resultado típico. Ello vendría asegurado por la necesidad de que el curso causal iniciado por el autor cuente, en todo caso, como curso causal *interrumpido*, en el sentido de que tenga lugar "un obstáculo o impedimento, ajenos a la voluntad del sujeto activo, que [detengan] el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha"⁴⁰. La conexión entre el requisito de la (in) idoneidad del curso causal y de la interrupción del curso causal se deja apreciar con claridad en el siguiente pasaje:

Sin ello [el obstáculo o impedimento] no puede haber tentativa, pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significaría que el agente eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con una tentativa inidónea o una tentativa desistida, respectivamente⁴¹.

Nótese que si la idoneidad y la falta de desistimiento son elementos constitutivos del concepto de tentativa, entonces es impropio hablar de "tentativa inidónea" y "tentativa desistida". Esto, que a primera vista

40 NOVOA, *Derecho penal*, p. 120.

41 NOVOA, *Derecho penal*, p. 120.

podría parecer una mera imprecisión terminológica, tiene, sin embargo, un importante correlato sistemático. Pues, y aunque esto pudiese representar un exceso especulativo, la reiteración del uso de la expresión "tentativa inidónea" a lo largo de la sección dedicada al estudio del delito imposible, parece sugerir una cierta vacilación por parte de Novoa a la hora de afirmar concluyentemente la (supuesta) necesidad conceptual de la idoneidad de la tentativa; vacilación que podría explicarse —a riesgo de abusar del contexto de descubrimiento— como consecuencia de la adopción de una concepción dualista en lo tocante al problema de la fundamentación del injusto de la tentativa, y en particular, de la incorporación del criterio de la peligrosidad. Pues una de las ventajas que exhibe una concepción de la tentativa como expresión de desobediencia respecto de una concepción "peligrosista", consiste precisamente en que permite formular la pregunta por la punibilidad de la tentativa inidónea como una genuina pregunta por la *justificación* de su castigo (o impunidad) y no como una pregunta por la *definición* del concepto de tentativa. Y la razón de lo anterior tendría que ser relativamente obvia: también para una concepción objetivista de la peligrosidad, la tentativa cuenta como desobediencia de las normas jurídicas, y, ciertamente, no porque su punibilidad *ya* se encuentre consagrada en las respectivas reglas de la Parte general (ello transformaría a la justificación en una explicación meramente circular), sino porque tampoco en relación con el delito consumado el fundamento de la punibilidad de este queda reducido a la *mera* generación de riesgo.

Ahora bien, y más allá de lo que se pueda especular en torno de las razones de Novoa para favorecer una tesis "definicionalmente" restrictiva de la punibilidad de la tentativa inidónea, es necesario —en pos de cerrar las reflexiones sobre su concepto de tentativa— entregar algunas luces acerca del modo en que dicho concepto encarna (o busca encarnar) la vocación objetivista que Novoa busca desplegar. A este respecto, la noción central es la de causalidad. Para Novoa, la tentativa es antes que todo el despliegue de un curso causal objetivamente dispuesto para producir un determinado resultado:

Tentar un delito será, bajo este enfoque, igual a impulsar o desencadenar un curso causal apto para la consumación, curso que se verá interrumpido antes de que esta se produzca⁴².

42 NOVOA, *Derecho penal*, p. 121.

Junto con la existencia de un propósito delictivo exteriorizado, el cual no puede ser asimilado al dolo (para Novoa la afirmación de dolo concierne al establecimiento de la culpabilidad), la existencia de un curso causal apto para producir el resultado funge como la otra gran columna sobre la cual se edifica su concepto de tentativa. En atención a la extensión de este capítulo, empero, no es posible indagar pormenorizadamente en las consecuencias que se siguen de dicha comprensión, en especial en lo tocante a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, por una parte⁴³, y a los criterios de idoneidad de la tentativa, por otra⁴⁴. Basta aquí con señalar que, para Novoa, el carácter irreductiblemente causal del delito tentado exige que la actividad desplegada pueda ser en todo caso vista como condición de un resultado que, pese a no haber acaecido, habría tenido lugar de no haber sido interrumpido el curso causal⁴⁵. Ello podría tener lugar de tres formas distintas: i) por medio de la conducción personal de un curso causal hasta su interrupción; ii) por medio de la utilización de un curso causal liberado por fuerzas naturales, y iii) por medio de la utilización de un curso causal constituido por una actuación humana ajena⁴⁶. En los tres casos, es necesario —sostiene Novoa— que la actuación, en atención a sus propiedades actualmente instanciadas, admita ser descrita como un proceso que, de suprimirse *in mente* el obstáculo que lo interrumpe, habría conducido al resultado no acaecido.

4. EL CONCURSO DE PERSONAS COMO ESQUEMA DE CONVERGENCIA

4.1. El concurso de personas en el hecho punible como variación de la responsabilidad

Una vez revisados los aspectos fundamentales de la concepción de la tentativa de delito articulada por Novoa, corresponde indagar en el tratamiento que este último otorga a la segunda forma de variación de la responsabilidad penal objeto del presente informe, esto es: el concurso de personas en el hecho punible. Y a este respecto, lo primero que debe ser clarificado es

43 NOVOA, *Derecho penal*, pp. 117 y s.

44 NOVOA, *Derecho penal*, pp. 127 y s.

45 NOVOA, *Derecho penal*, p. 123.

46 NOVOA, *Derecho penal*, p. 121.

la razón por la cual pudiera tener sentido entender la intervención múltiple como una instancia de variación de la responsabilidad penal.

Como fuera indicado al inicio de este capítulo, en la concepción de Novoa la tentativa de delito y el concurso de personas en el hecho punible poseen una matriz común: ambos fungen como formas especiales de aparición del hecho punible, en la medida en que ambos detentan un determinado estatus normativo por referencia a su vinculación con otras formas de comportamiento, las cuales aparecen, en tal medida, como formas básicas de manifestación del hecho punible⁴⁷. Ello es evidente tratándose de la tentativa de delito, y así quedó demostrado en las líneas anteriores. Menos claro, en cambio, es el caso del concurso de personas en el hecho punible, desde ya si por tal se entiende la convergencia de distintos sujetos en un hecho punible que, de una u otra forma, contribuyen a su perpetración⁴⁸. Pues si se observa con atención el canon discursivo dominante en el horizonte de referencia continental, la pregunta por la intervención de distintos sujetos en un hecho punible rara vez es abordada como un problema de *variación* de la responsabilidad penal, sino, más bien, como un problema de *construcción* de ella⁴⁹. Esto es, como un problema que no reconoce la existencia de una forma básica de responsabilidad que tuviese que resultar, en tal medida, *modificada*.

Especialmente indicativo de lo anterior es el modo en que el conjunto de cuestiones relativas a la intervención delictiva suele quedar tematizado como el ámbito de "la autoría y la participación", sin importar si se trata de uno o varios intervinientes⁵⁰. Pues esto sugiere que la fundamentación de la intervención múltiple y de la intervención simple o única corresponde, en último término, al mismo *tipo* de problema. De ahí que la pregunta elemental, tratándose de la articulación de las distintas formas de intervención en el hecho punible, sea, en definitiva, la pregunta por el fundamento de

47 Como correctamente advierte Novoa, tratándose del concurso de personas en el hecho punible, antes que una forma especial de *aparición* del hecho punible, estamos en presencia de una forma especial de *intervención* en el hecho punible. Por mor de la economía explicativa, se utiliza la expresión "forma especial de aparición del hecho punible" indistintamente para ambas modalidades.

48 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, p. 144.

49 ROXIN, *Autoría*, pp. 23 y ss.; PAWLIK, *Unrecht*, pp. 159 y ss. y 257 y ss.

50 ROXIN, *AT*, II, pp. 1 y ss.

la autoría directa. Así —se piensa—, solo una vez clarificada la razón por la que un sujeto individualmente considerado tendría que contar como autor de un hecho típico —por haberlo causado dolosamente, por disponer del dominio sobre el mismo, por haber infringido un deber especial, por ser competente por su evitación, etc.—, tendría sentido preguntarse por qué *otros* sujetos que concurren en él habrían también de responder penalmente, ya sea como (co)autores, ya sea como partícipes⁵¹.

Pues bien, la aproximación de Novoa desafía abiertamente esta forma de entender el problema. En sus términos, la determinación del concepto de autor (directo) concierne exclusivamente el establecimiento de la realización de la descripción-de-acción contenida en el tipo, esto es, tanto la fijación de su alcance, como su satisfacción en el caso concreto: “[...] la autoría, noción básica alrededor de la cual gira el concurso, queda reducida, a nuestro juicio, a la realización del hecho típico”⁵². Esto significa que, en contra de lo sostenido por la concepción antes reseñada, el concepto de autor designaría una categoría puramente formal que funge como espacio lógico, demarcado sintácticamente por la locución “el que” contenida en el supuesto de hecho de la norma de sanción, por ser “llenado” con ocasión del juicio de establecimiento de la tipicidad en tanto juicio de (mera) subsunción⁵³. De ahí que, para Novoa, el autor (directo) sea simplemente aquel que “asume el papel de sujeto activo y realiza la conducta expresada en el tipo correspondiente”⁵⁴, en circunstancias de que, vista con el lente de la “doctrina de la autoría y participación”, la categoría “sujeto activo” carece de todo rendimiento explicativo. Pues, en último término, el sujeto activo no es otro sino aquel que, en tanto destinatario de la respectiva norma de comportamiento, puede precisamente “realizar la conducta expresada en el tipo correspondiente”.

51 Ello es especialmente claro, tanto en relación con los autores, como con los partícipes, en aquellas concepciones que, con arreglo a un concepto extensivo de autor, no reconocen una diferencia *cualitativa*, sino puramente *cuantitativa* entre unos y otros. En ese sentido, JAKOBS, *Beteiligung*, pp. 50 y ss.

52 NOVOA, *Derecho Penal*, p. 204.

53 Acerca de esta operación de “llenado semántico”, en detalle, SOFOS, *Mehrfachkausalität*, pp. 92 y ss.

54 NOVOA, *Derecho Penal*, p. 146.

Con arreglo a un concepto de autor como ese, el cual se corresponde estrictamente con el concepto elaborado por la así llamada "teoría objetivo-formal" de la autoría⁵⁵, la pregunta por la fundamentación de la autoría (directa) constituye, en rigor, una no-pregunta. Cuestionarse por qué un sujeto, cuyo comportamiento realiza el supuesto de hecho de una norma de comportamiento, merecería ser considerado autor, equivale a cuestionarse por qué, en un caso como ese, la norma tendría que resultar aplicable. Y el punto es que eso es precisamente lo que *no* sucede cuando intervienen terceros, cuyas acciones no ejemplifican la descripción-de-acción contenida en la norma. Pues en tal caso, la pregunta por el título bajo el cual estos podrían responder no viene, por así decirlo, "decidida" por el hecho de que la norma resulte aplicable al sujeto cuya conducta sí ejemplifica la descripción típica⁵⁶, y ello, desde luego, con independencia de cuáles hayan sido las capacidades de que haya dispuesto cada uno de los intervinientes al momento en que se configuró el respectivo deber de abstención o de actuación.

De lo anterior se sigue, entonces, y tal como lo sugiere la aproximación de Novoa, que la pregunta por la fundamentación de la intervención múltiple en el hecho punible queda necesariamente sometida a la condición de que el tipo de intervención de cuya fundamentación se trata represente una *modificación* del tipo de comportamiento especificado en la respectiva descripción-de-acción. En tal medida, el carácter de *variación* de la responsabilidad penal es estrictamente constitutivo del concepto de concurso de personas.

4.2. ¿Tipicidad "accesoria" del concurso de personas?

A partir de las reflexiones anteriores, es posible observar con claridad el modo específico en que la simetría existente entre los conceptos de autor (directo) y de consumación encuentra expresión. Si bien ambos proveen la base sobre la cual se articulan las categorías de concurso de personas y de

55 Fundamental, BELING, *Verbrechen*, pp. 408 y ss.; del mismo, *Tatbestand*, pp. 17 y ss. Un exhaustivo panorama se encuentra en ROXIN, *Autoría*, pp. 54 y ss.

56 O cuya conducta cuenta como realización imperfecta de la descripción a modo de tentativa.

tentativa de delito, respectivamente, en rigor, ninguno de ellos forma parte de dichas categorías. O puesto en otros términos: así como el concepto de consumación define negativamente la tentativa de delito —la tentativa presupone falta de consumación—, el concepto de autor (directo) define negativamente el concurso de personas en el hecho punible, porque no existe concurso de autores (directos) en un hecho punible.

La consecuencia normológica que se sigue de lo anterior tendría que ser obvia: las reglas sobre concurso de personas en el hecho punible contenidas en la Parte general del Código penal (arts. 14 y 15) desempeñan exactamente la misma función de las reglas sobre tentativa del delito (art. 7°). En ambos casos, se está frente a disposiciones que más que hacer explícita una (supuesta) decisión de punibilidad que se encontraría, en tal medida implícitamente, contenida en los tipos penales de la Parte especial, derechamente *constituyen* dicha decisión. De ahí que, en opinión de Novoa, “cabría concebir a las reglas sobre concurso o pluralidad de personas como una ampliación, por la vía de un enunciado genérico, de los distintos tipos previstos en la parte especial”⁵⁷. Esto trae como consecuencia, empero, que las dificultades asociadas a la determinación del carácter “típico” de la tentativa —la pregunta de hasta qué punto es posible hablar de una forma de tipicidad “accesoria”— necesariamente se reproducen en el ámbito de las distintas formas de concurso de personas en el hecho punible. Nos remitimos, entonces, a lo señalado con ocasión del estudio de la tentativa de delito⁵⁸.

4.3. El concurso de personas como esquema de convergencia doble

Esclarecido lo anterior, corresponde examinar lo que cabría llamar la expresión “estructural” de la simetría funcional de los conceptos de consumación y de autor (directo). Se trata aquí de clarificar el modo en que la función desempeñada por ambos conceptos, esto es, fungir como noción básica a partir de la cual se construyen las nociones de tentativa y concurso

57 NOVOA, *Derecho penal*, p. 178.

58 *Supra* 3.

de personas, respectivamente, encuentra el mismo tipo de reconocimiento en el delineamiento de cada una de dichas categorías.

En este punto, la concepción de Novoa destaca por su perfecta consistencia. Pues así como, a diferencia del concepto de consumación, la tentativa exigiría la concurrencia de un elemento subjetivo —el propósito delictivo— cuya función consistiría en compensar (parcialmente) el déficit de objetividad representado por la falta de consumación, así también el concepto de concurso de personas, a diferencia del concepto de autor (directo), también exigiría la concurrencia de un elemento subjetivo, cuya función consistiría precisamente en compensar (parcialmente) el déficit de objetividad representado por la falta de adecuación del comportamiento del (o los) interviniente(s) a la descripción típica. Dicha exigencia correspondería, entonces, a un requerimiento de “convergencia subjetiva” entre los intervinientes y el autor (directo) (o eventualmente entre los propios intervinientes), entendido como la necesidad “de que cada una de [las personas] sepa, al menos, que su actuación personal importa una cooperación en el hecho típico, que va unida a la actuación de otro u otros”⁵⁹.

De ello se sigue que el componente subjetivo del concurso de personas tendría que ser analizable, en último término, como una exigencia de doble conocimiento referida, por una parte, a la circunstancia de que “la actuación personal esté acompañada por otras actuaciones que tienden al mismo hecho punible” y, por la otra, a la circunstancia de que “la actuación personal [sea] útil para la obtención de ese hecho”⁶⁰. Pero es crucial notar aquí que, tal como sucede con la construcción de la tentativa, en caso alguno este requisito podría ser equiparable a la exigencia —en todo caso, contingente— de dolo. Pues como fuera indicado más arriba, Novoa entiende esta última como perteneciente a la categoría de la culpabilidad, de modo tal que nada podría ella decidir en relación con la configuración o falta de configuración de un esquema de convergencia subjetiva⁶¹. Así, el requisito de convergencia subjetiva no desempeña función de atribución alguna, sino que funge simplemente como componente (subjetivo) de un

59 · NOVOA, *Derecho penal*, p. 149, con n. N° 4.

60 · NOVOA, *Derecho penal*, p. 152.

61 · NOVOA, *Derecho penal*, pp. 152-155.

esquema de comportamiento *descriptivamente* identificable por referencia a ese componente.

Ahora bien, y una vez más en estricta simetría con el caso de la tentativa, que el déficit de objetividad resulte solo *parcialmente* compensado por el componente subjetivo, se explica por cuanto, según Novoa, la sola convergencia subjetiva sería insuficiente para que se esté en presencia de comportamientos reconocibles como conductas (a lo menos) referidas a la descripción típica correspondiente. De ahí que sería indispensable que concurriese, además, un esquema de convergencia objetiva entre las actuaciones de los intervinientes, "en el sentido de que cada una de ellas esté encaminada a la realización del hecho único"⁶². En contra de lo que podría esperarse, empero, semejante convergencia no requiere la existencia de un nexo de causalidad entre cada una de las intervenciones, por una parte, y el hecho típico, por la otra: "[...] hay que tener presente —afirma Novoa— que es posible prestar ayuda a la realización de un delito mediante una conducta que no sea una condición indispensable de él"⁶³.

En pos de fundamentar este punto, Novoa menciona, en primer lugar, el caso de los delitos de mera actividad, los cuales se caracterizarían precisamente por no requerir de la existencia de una relación de causalidad como condición de ejemplificación de la correspondiente descripción-de-actividad contenida en el tipo. Dado que tales delitos admitirían, empero, el concurso de personas, la presencia de un nexo de causalidad no podría representar una condición necesaria de este último⁶⁴. En segundo lugar, Novoa llama la atención sobre el hecho de que, en muchos casos, los intervinientes solo "ayudarían" en la actuación del autor (directo), "mediante actos secundarios, que no son decisivos para la producción del delito, sino que simplemente hacen más expedito, fácil o rápido el obrar de ese agente o el resultado punible"⁶⁵. Ninguno de estos actos contaría como condición necesaria del comportamiento del autor, así como tampoco del resultado producido por este último. El esquema de convergencia objetiva tendría que construirse, entonces, sobre la base de un examen de *aptitud* del com-

62 NOVOA, *Derecho penal*, p. 149.

63 NOVOA, *Derecho penal*, p. 150.

64 NOVOA, *Derecho penal*, p. 140.

65 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, p. 150.

portamiento para la realización de la acción ejecutada por el autor (directo), propiedad que sería verificable con independencia del posible carácter causal de dicho comportamiento⁶⁶.

No es difícil advertir que esta forma de fundamentar la irrelevancia de la causalidad en el concurso de personas es deficiente, y ello pese a que existen poderosas razones que sustentan la conclusión a que Novoa pretende arribar⁶⁷. Por mor de la concisión aquí requerida, basta con detenerse en dos defectos de la propuesta. En primer lugar, llama la atención que los esfuerzos que Novoa hace, en el marco de su concepción de la tentativa como interrupción de un curso causal, para vincular la idea de idoneidad con la de causalidad desaparezcan casi por completo tratándose del concurso de personas. Piénsese solo en las tres formas que, según Novoa, podría adoptar el curso causal en la tentativa (curso causal conducido personalmente, constituido por fuerzas naturales o por una actuación humana ajena). Es evidente que cada una de ellas podría verse ejemplificada por conductas que, para ponerlo en los propios términos de Novoa, solo "hacen más expedito, fácil o rápido el obrar" del autor. En segundo lugar, la explicación de Novoa es sistemáticamente ambigua en relación con la especificación de los eventos de cuya (posible) conexión causal se trata. Pues, desde luego, no es lo mismo afirmar la irrelevancia de la contribución causal de uno o más intervinientes (distintos del autor directo) en relación con la producción del resultado típico, que en relación con el comportamiento del autor. Esto queda de manifiesto en la desafortunada alusión a los delitos de mera actividad. Ciertamente, aquí no existe relación de causalidad entre el comportamiento del autor y el resultado típico (pues *no puede* haber resultado típico). Pero en el contexto del concurso de personas, no es el resultado típico aquello que habría que explicar causalmente con cargo al comportamiento de los intervinientes, sino el comportamiento del autor. Que el establecimiento de la tipicidad en los delitos de mera actividad no exija la verificación de un nexo de causalidad, no excluye que sea concebible la necesidad de verificar semejante nexo entre las actuaciones de los intervinientes y la actuación del autor directo de un delito de ese tipo.

66 NOVOA, *Curso de Derecho penal*, p. 149.

67 En ese sentido, detalladamente, MAÑALICH, *Norma*, pp. 17, 67 y ss., quien llama la atención sobre la radical irrelevancia adscriptiva de la causalidad.

4.4. Las formas de concurso de personas en el hecho punible

Finalmente, corresponde ofrecer una explicación, por muy breve que sea, del modo en que la concepción del concurso de personas como variación de la responsabilidad penal adquiere forma en la tarea de diferenciación de las distintas modalidades de convergencia en el hecho punible. En ese contexto, y tal como lo expresa reiteradamente Novoa⁶⁸, la premisa central sobre la cual se estructura el sistema de intervención múltiple en el hecho punible es la distinción entre intervención *principal* e intervención *accesoria*. O más precisamente, entre actuaciones convergentes que, sin ser típicas, pueden contar como "realización de la conducta expresada en el tipo"⁶⁹ y actuaciones convergentes que, sin ser típicas, no pueden contar como tales, pero sí como actuaciones auxiliares.

Nótese, en primer lugar, que es indispensable que las actuaciones en cuestión *no* satisfagan la respectiva descripción-de-acción, pues de otro modo se estaría ante un caso de "concurso necesario" en el hecho punible, esto es, un caso en que la convergencia de individuos corresponde a una exigencia típica, de modo tal cada uno de estos funge como sujeto activo del delito (*v.gr.*, los delitos de duelo, de incesto o de asociación ilícita). Descartada esta posibilidad, son dos las modalidades que, según Novoa, puede adoptar el concurso de personas (contingente) en tanto forma de intervención principal, a saber: la coautoría y la autoría mediata⁷⁰.

En relación con la primera, Novoa advierte que, "en sentido amplio", la coautoría supone "una participación con otro", pero insiste en que esa participación no corresponde a una participación accesoria, puesto que se trataría en todo caso de "varios sujetos que intervienen directamente, compartiendo la actividad principal o ejecutiva"⁷¹. En qué medida la fragmentación de la actividad principal en diversas actuaciones individuales, ninguna de las cuales realiza por sí misma la descripción típica, puede, empero, justificar la designación de tales actuaciones como "actuaciones principales", es algo que no queda suficientemente explicado en la propuesta

68 NOVOA, *Derecho penal*, pp. 156, 162 y ss.

69 NOVOA, *Derecho penal*, p. 146.

70 NOVOA, *Derecho penal*, p. 158.

71 NOVOA, *Derecho penal*, p. 158.

de Novoa. En ese sentido, la afirmación de que se trataría de actuaciones que tienen lugar en un marco de "cooperación"⁷² permite proyectar cuál tendría que ser el fundamento de semejante calificación, pero ciertamente no alcanza a configurar dicho fundamento.

Esto explica, por lo demás, que, tratándose ahora de la autoría mediata, la caracterización del concurso de personas en el hecho punible como un esquema de convergencia (objetiva y subjetiva) no resulte especialmente pertinente. Que la relación de instrumentalización que caracteriza a la autoría mediata se deje reconocer efectivamente como una relación de *convergencia*, no es evidente. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el modo en que Novoa reconstruye la relación entre el autor mediato y el instrumento resulta ser especialmente indicativo del rigor analítico que caracterizó a toda su obra. Basta, a este respecto, solo con mencionar, a modo de ejemplo, la caracterización precisa, y sin vacilación, de aquellos casos "en que la misma víctima del delito puede ser el instrumento" como casos de autoría mediata. En contra de lo que sugiere la manoseada "imagen" del autor detrás del autor, Novoa advierte correctamente que, analíticamente, no habría razón alguna para negar que la conducta autolesiva de la víctima pudiese ser interpretada *también* como una conducta de heterolesión.

Por último, en las formas de convergencia que cuentan como intervención accesorias, Novoa incluye tanto la complicidad como la inducción, las cuales se diferenciarían de la coautoría y la autoría mediata, respectivamente, en atención a su carácter estrictamente *secundario*: "[...] las actuaciones del instigador y del cómplice están subordinadas y condicionadas al hecho del autor principal a tal extremo que supuesta la inexistencia de éste, ellas no podrían adquirir vida jurídica"⁷³. En ese sentido, el principio de accesoriedad funge como soporte conceptual de toda la doctrina de la participación *stricto sensu*, condicionando de modo absoluto la punibilidad de la intervención auxiliar, en el sentido de que esta solo es concebible en relación con un hecho principal que ya cuente como *ejecución* de una conducta *típica* (o *referida al tipo*) y *antijurídica*⁷⁴.

72 NOVOA, *Derecho penal*, p. 159.

73 NOVOA, *Derecho penal*, p. 159.

74 NOVOA, *Derecho penal*, p. 166.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando (2002): *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing: Portland.
- BELING, Ernst (1906): *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- (1930): *Die Lehre vom Tatbestand*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.
- BRANDOM, Robert (2015): *Wiedererinnerter Idealismus*, Suhrkamp, Berlin.
- FREGE, Gottlob: "Der Gedanke. Eine logische Untersuchung", en *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*.
- JAKOBS, Günther (2013): *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck.
- KAUFMANN, Arthur (1982): *Analogie und 'Natur der Sache'*, Heidelberg, Decker & Müller.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, Causalidad y Acción*, Marcial Pons, Madrid.
- (2009): *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.
- "La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2.
- MEZGER, Edmund (1957): *Tratado de Derecho penal*, tomo II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- MOORE, Michael (1993): *Act and Crime*, Oxford University Press, Oxford.
- NOVOA, Eduardo (1960): *Curso de Derecho penal chileno. Parte General*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1961): "Algunas consideraciones acerca de la tentativa", en *Revista de Ciencias Penales*, N° XX, Stanley, Santiago.
- (1963): "El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible" en *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, N° 124, año XXXI, Universidad de Concepción, Concepción.
- (1987): "Un error básico en la teoría de la acción final", en del mismo: *Cuestiones de Derecho penal y Criminología*, Editorial Jurídica, Santiago.

- (1992): *Los resquicios legales*, Santiago, Editorial Bat.
- PAWLIK, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- POLITOFF, Sergio (1999): *Los Actos Preparatorios del Delito, Tentativa y Frustración*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ROXIN, Claus (2003): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band II, C.H. Beck, Munich.
- (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid.
- SANCINETTI, Marcelo (2001): *Teoría del Delito y Disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SEARLE, John (1969): *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge.
- (1995): *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York.
- SELLARS, Wilfrid (1997): *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, Cambridge.
- SOFOS, T. (1999): *Mehrfachkausalität bei Tun und Unterlassen*, Berlin, Duncker & Humblot.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963): *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, New Jersey.
- WACHTER, Matthias (2015): *Das Unrecht der versuchten Tat*, Mohr Siebeck, Tubinga.