



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

HURTO FRUSTRADO: UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL  
ARTÍCULO 494 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI  
Profesor guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo  
Santiago, Chile  
2016



## Contenido

RESUMEN .....	iv
INTRODUCCIÓN .....	1
PRIMERA PARTE .....	5
1. FUNDAMENTO(S) DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.....	5
1.1 El modelo.....	5
1.2 Teorías objetivas y teorías subjetivas .....	12
1.3 Teoría de la impresión.....	24
1.4 Teoría de la expresión.....	27
1.5 Tentativa inidónea.....	28
1.5 El tratamiento de la tentativa en la doctrina chilena .....	31
2. LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA IDÓNEA E INIDÓNEA .....	35
2.1 Hart y la tentativa inidónea.....	35
2.2 Tentativa supersticiosa.....	51
2.3 Imputación jurídico penal a título de tentativa .....	54
SEGUNDA PARTE .....	58
3. EL TIPO DEL HURTO .....	58
3.1 Concepto de apropiación y sustracción .....	58
3.2 La apropiación como elemento normativo del tipo .....	61
3.3 Ánimo de lucro .....	66
3.4 Momento de la consumación .....	67
4. DELITOS DE ACTIVIDAD Y DELITOS DE RESULTADO.....	72
4.1 Acciones y actividades .....	76
4.2 Descripciones causalmente complejas y constitutivamente complejas.....	81
4.3 La tentativa acabada en delitos de resultado intrínseco .....	89
4.4 Hurto frustrado .....	92
CONCLUSIÓN.....	97

## RESUMEN

El presente trabajo propone una interpretación del artículo 494 bis del Código Penal a través del análisis de la tentativa (en sentido amplio) del delito de hurto, en particular, el hurto frustrado. Para esto, la primera parte se centra en el estudio del concepto de tentativa y la distinción que se ha planteado entre “tentativa idónea” y “tentativa inidónea”. El rechazo a esta distinción, permite examinar en qué consistiría un hurto frustrado, examen que se lleva a cabo en la segunda parte del trabajo, a través del estudio de la descripción contenida en el tipo de hurto y la pregunta de si se corresponde con un delito de actividad o de resultado. La respuesta a esta pregunta requerirá un análisis enfocado en cómo se ha entendido la distinción, lo que llevará a una crítica de la comprensión de la categoría de delitos de resultado como referida exclusivamente a delitos de resultado causalmente complejo. La defensa de que el hurto se corresponde con un tipo de delito de resultado constitutivamente complejo permitirá aclarar qué casos corresponden a un hurto frustrado.

## INTRODUCCIÓN

En el estudio de la teoría del delito, uno de los temas más problemáticos se encuentra en la imputación de la “realización imperfecta” del tipo. Desde las dificultades de justificación del adelantamiento de la punibilidad que conlleva, hasta la determinación de sus límites, el estudio de la tentativa ha presentado problemas ampliamente tratados en la doctrina penal.

Esto no es casual. Si se toman en consideración los tipos penales de la parte especial, ellos describen la ejecución u omisión de acciones y actividades, no el intento de ejecutar acciones o actividades. Profundiza el problema que uno de los lugares comunes de la dogmática penal sea considerar como función (directa) de las normas de sanción la protección de bienes jurídicos.<sup>1</sup> Ello, porque es en la realización del correspondiente injusto objetivo, entendido como el objeto de la imputación jurídico-penal, precisamente ausente en el caso de la tentativa, en la que se lesionan

---

<sup>1</sup> Bustos y Hormazábal (1999) pp. 36 y ss., Garrido (2003) pp. 19 y ss., Politoff, Matus y Ramírez (2004) pp. 67 y ss.

efectivamente bienes jurídicos.<sup>2</sup> En contraste, una tentativa no parece lesionar bien jurídico alguno.<sup>3</sup>

El objetivo del presente trabajo es aclarar algunos de los problemas que ha traído el estudio de la tentativa,<sup>4</sup> aplicando las conclusiones de dichas aclaraciones a un delito en particular: el hurto. La elección de este delito no es casual, sino que responde a la problemática legislación vigente en Chile que regula el hurto-falta, doblemente excepcional (y, por lo mismo, criticada) al establecer la posibilidad de penar una falta a título de tentativa y estableciendo una pena para lo que sería un “hurto frustrado”, categoría tildada como imposible por una abrumante mayoría de la doctrina nacional que considera que el hurto, en tanto tipo de delito de actividad, no podría encontrarse en calidad de frustrado.

La presente investigación se divide en dos partes, cada una dividida en dos capítulos. En la primera se tratará la tentativa, comenzando por un breve

---

<sup>2</sup> Tal falta de lesión al bien jurídico no debe confundirse con el caso de los delitos de peligro, en los que no se menoscaba la sustancia de los bienes jurídicos, pero sí su función como medios de libre desarrollo. La reinterpretación de los delitos de peligro como casos de lesión anticipada del bien jurídico, bajo lo que Kindhäuser (2009a) pp. 7 y ss., llama el “paradigma de la agresión”, lleva a conclusiones similares a las que lleva la idea de que se castiga la tentativa por ser una puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Esto causa a su vez el desacierto de que la tentativa se interprete como un delito autónomo. Jakobs (1991) p. 860 y nota 16. Por lo anterior debe evitarse cualquier equiparación de la tentativa con los delitos de peligro.

<sup>3</sup> Como se verá más adelante, dependiendo del fundamento que se le dé a la punibilidad de la tentativa, podrá llegar a considerarse que ésta lesiona bienes jurídicos, aunque en menor medida que la consumación, a través de su puesta en peligro. Véase *infra* p. 13

<sup>4</sup> Entendida en sentido amplio, englobando tanto el concepto de “tentativa” como de “delito frustrado” del artículo 7 del Código Penal.

análisis de las posturas más importantes acerca de los fundamentos de la punibilidad de la tentativa, que servirán de base para el estudio que posteriormente se hará de ella aplicada al hurto. En el siguiente capítulo se analizará la llamada “tentativa inidónea”, una de las categorías que mayor debate genera en el estudio de la tentativa, tanto acerca de su definición como de su punibilidad. Las dificultades en la delimitación las categorías de “tentativa idónea” y “tentativa inidónea” llevarán a una crítica a la existencia de la distinción.

La segunda parte se enfoca en el tipo del hurto, sus elementos y si puede clasificarse como un delito de actividad, o si cabe interpretarlo como un delito cuyo tipo requiere un determinado resultado, profundizando en dicha clasificación.

Una vez aplicada la distinción entre delitos de actividad y delitos de resultado al hurto, se procederá a analizar cómo se puede dar en calidad de frustrado. En este punto vuelve a cobrar importancia negar la distinción entre tentativa idónea e inidónea, al reconocerse que el hurto frustrado sólo puede darse en lo que comúnmente<sup>5</sup> se clasificaría como tentativa inidónea.

Se finalizará con la aplicación de lo concluido a los casos del llamado “robo hormiga” en establecimientos de autoservicio, que se caracterizan por su alta

---

<sup>5</sup> Véase *infra* p. 89 y ss.

frecuencia en Chile<sup>6</sup> y por la dificultad que presentan al momento de establecer sus etapas de realización.

Corresponde, por último, hacer una prevención. El presente trabajo está circunscrito al análisis de los delitos comisivos, por lo que, a modo de simplificación, se prescindirá de un análisis que profundice en los casos de delitos de omisión.

---

<sup>6</sup> El año 2015 un 13,6% de las causas ingresadas al sistema de la Defensoría Penal Pública correspondió a delitos de hurto, siendo el segundo delito más frecuente luego del de lesiones. Memoria anual, Defensoría Penal Pública [en línea] <<http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/3a11ed0c600a87c84d4b07eaffc937c3.pdf>> [consultada 27/01/2016], p. 8.

## **PRIMERA PARTE**

### **1. FUNDAMENTO(S) DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA**

#### **1.1 El modelo**

El modelo que se aplicará en el presente trabajo es el del silogismo práctico, un tipo de argumento lógico cuya conclusión se caracteriza por estar constituida por la ejecución u omisión de una acción. En dicho silogismo, la norma de comportamiento funge como premisa mayor, mientras que en la premisa menor, se encuentran los conocimientos y capacidades del sujeto, en un contexto específico. De dichas premisas se sigue la conclusión de omitir o ejecutar el comportamiento especificado en la premisa menor.

Como ejemplo, suponiendo que X reconoce la norma que prohíbe el homicidio como razón vinculante (premisa mayor); que X asume que si dispara su arma contra Y, lo matará (premisa menor); X entonces tiene que abstenerse de disparar su arma contra Y.

Ahora bien, para que la conclusión del silogismo efectivamente se corresponda con la formación y realización de la intención de omitir o ejecutar el comportamiento especificado en la premisa menor, es necesario, en primer

lugar, que la inferencia se elabore desde el punto de vista del agente, es decir, en primera persona. Pues sólo así la necesidad práctica de la conclusión del silogismo será subjetiva.<sup>7</sup>

Además de lo anterior, se requiere, para fundamentar la necesidad práctica, que la norma sea reconocida por el agente como razón para ejecutar u omitir la acción. Esto, porque de la sola existencia “objetiva” de la norma no se sigue un reconocimiento de parte del agente de la norma como razón para la acción.<sup>8</sup>

Si es que la norma es reconocida por el agente como razón para ejecutar u omitir la acción, entonces el agente se formará y realizará la intención de ejecutar u omitir la acción. De esto se sigue que, si no se verifica la ejecución u omisión de dicha acción, el agente no llevó a cabo la inferencia práctica: no concluyó lo que debió haber concluido si es que hubiera reconocido a la norma como razón para la acción, en tanto premisa de una inferencia práctica. En el ejemplo propuesto, si es que se comprueba que X no-omitió disparar contra Y, entonces se comprueba que X no realizó la inferencia que lo hubiera llevado a la conclusión de la existencia de una necesidad práctica de omitir disparar contra Y.

---

<sup>7</sup> “Se podría resaltar la diferencia fundamental entre los dos casos diciendo que sólo la inferencia práctica en primera persona es verdaderamente ‘práctica’, mientras que el argumento en tercera persona es realmente ‘teórico’. También se podrían usar los términos ‘subjetivo’ y ‘objetivo’ para enfatizar la diferencia. Haré esto y diré que la conclusión de una inferencia práctica en tercera persona plantea una necesidad *objetiva* práctica. Von Wright (2008) p. 308.

<sup>8</sup> Mañalich (2014) pp. 8 y ss.

Ahora, arribar a dicha conclusión no es suficiente para imputar al agente la no-ejecución o no-omisión de su acción. Para poder hacer imputable al agente su comportamiento antinormativo, se necesita comprobar que estaba en posición de realizar lo requerido u omitir lo prohibido. Tal comprobación, que se descompone en dos niveles, es la que permite imputar el comportamiento antinormativo a quien lo realizó u omitió.<sup>9</sup>

El primer nivel de imputación se relaciona con la condición de aplicación de la norma de comportamiento como premisa mayor, que es la existencia de una oportunidad<sup>10</sup> para la omisión de la acción prohibida o ejecución de la acción requerida. Esto quiere decir: la formación de la intención de actuar conforme a la norma se realiza en un determinado contexto que provee una oportunidad para seguir la norma.<sup>11</sup> En el ejemplo anterior, las circunstancias objetivas (que Y es un ser humano vivo, que X tiene un arma y que si dispara contra Y, lo matará) configuran la oportunidad para que X adecue su comportamiento a la norma, precisamente porque X cuenta, en tal situación, con la posibilidad de dar muerte a Y, y así también con la posibilidad de no dar muerte a Y. Luego, si X se representa tales circunstancias como dadas, él o ella podrá formarse la intención de abstenerse de ejecutar la acción proyectada como letal para Y,

---

<sup>9</sup> Mañalich (2014) pp. 9-10.

<sup>10</sup> El concepto es tomado de Von Wright (1970) pp. 54-5.

<sup>11</sup> En ese sentido, le corresponde a cada agente “traer a colación” la norma pertinente según las circunstancias que se presente. Como expresa Hart (1981) p. 49, “(...) los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas; en ese sentido “se aplican” las reglas a sí mismos (...)”.

para así dar seguimiento a la norma. A la inversa, quien se encuentre solo en un descampado, lejos de cualquier otra persona, *ceteris paribus* no cuenta – objetivamente– con una oportunidad para dar seguimiento a la prohibición de matar a otro.

Para imputar al agente su comportamiento antinormativo se requiere entonces la comprobación de su capacidad de acción, tanto física (capacidad de controlar los propios movimientos corporales), como cognitiva. Esta última consiste en su representación de las circunstancias que configuran la oportunidad para omitir o ejecutar la acción respectivamente prohibida o requerida. En cuanto componente “cognitivo” de la capacidad de acción, esa representación se deja identificar con la noción de dolo.<sup>12</sup>

La comprobación de la falta de representación, por parte del sujeto, de las circunstancias que configuran la correspondiente oportunidad para la acción, lleva a descartar una imputación a título de dolo, toda vez que entonces no es posible para el agente formarse la intención de seguir la norma. Ahora bien, la exclusión de una imputación a título de dolo deja intacta la posibilidad de una “imputación extraordinaria”,<sup>13</sup> en el caso de que sea el sujeto mismo, en tanto destinatario de la norma, responsable de su déficit de capacidad de formarse la intención de seguir la norma. Así, a pesar de que el sujeto no sea capaz de formarse la intención de seguir la norma, por no representarse la existencia de

---

<sup>12</sup> Véase, *infra*. nota 99.

<sup>13</sup> Sobre el concepto de “imputación extraordinaria”, Mañalich (2015) pp. 15 y ss.

oportunidad para la acción, cabe preguntarse si es que es el sujeto mismo el que se puso en esa posición de incapacidad. Acá la pregunta es acerca de si existe una exigencia (“incumbencia”)<sup>14</sup> de cuidado del sujeto, en tanto ciudadano fiel a derecho, de asegurar su capacidad de reconocer la efectividad de las circunstancias constitutivas de la correspondiente oportunidad para la acción. Para seguir con el ejemplo del disparo, esta vez a la inversa: si es que X no sabe que Y es un ser humano vivo, sino que cree que es un maniquí, X no se representa la existencia de una oportunidad para abstenerse de matar a Y, por lo que no es capaz de formarse la intención de evitar disparar en contra de Y. Ahora bien, antes de simplemente disparar contra lo que X cree es un maniquí, X tendría que comprobar que su representación de la ausencia de oportunidad para la acción es correcta, en tanto exigencia de cuidado por parte de un ciudadano fiel a derecho. Esta falta de comprobación habilita una imputación extraordinaria por una infracción al deber de cuidado, propio de la imprudencia.

En un segundo nivel de imputación el presupuesto requerido es la capacidad de motivación conforme a la norma. Acá lo que se debe determinar es si el sujeto era capaz de formarse la intención adecuada a la norma, es decir, se debe descartar la imputación si es que el agente no era capaz de transformar a la norma en motivo, por un lado, o si es que el agente se encontraba en

---

<sup>14</sup> A propósito del concepto de incumbencia y su diferenciación del concepto de deber, Mañalich (2014) nota 148.

circunstancias en las que no le era exigible motivarse conforme a la norma (transformar la norma en motivo dominante). Este segundo nivel de imputación es lo que se conoce como culpabilidad.

Ahora, en la tentativa, la pregunta que deberá responderse es qué es lo que se imputa, toda vez que el autor en la tentativa no ejecuta una acción u omisión que satisfaga una descripción típica. Invirtiendo el ejemplo, si es que X tuviera en frente un maniquí, y dispara contra él bajo la creencia de que se trata de Y, un ser humano, X no mata otro y, por lo tanto, su acción no satisface la descripción típica del homicidio. En este caso, no existe objetivamente una oportunidad para la acción. La representación errónea del sujeto de que existe oportunidad para la acción ya no descarta la imputación a título de dolo, sino que la justifica. Quien dispara contra lo que cree que es otro, pudiendo (primer nivel de imputación) y siéndole exigible (segundo nivel de imputación) abstenerse, muestra un déficit de fidelidad a la norma que prohíbe el homicidio, al no abstenerse de comenzar a realizar la conducta que la ejemplifica. Así, a pesar de que en la tentativa el actuar es objetivamente conforme a la norma (en el ejemplo, efectivamente no se mata a otro), no existe un seguimiento de la norma por parte de quien actúa, ya que la intención que se forma al actuar no es motivada por ella.

En la tentativa, por lo tanto, a pesar de que el comportamiento imputable se adecúa a la norma,<sup>15</sup> subjetivamente puede reconocerse una falta de reconocimiento de la norma como razón para la acción.

Diversas teorías se han dado para justificar que un comportamiento sea penado a pesar de no contravenir objetivamente norma alguna. Al respecto, uno de los primeros puntos a aclarar es que la fundamentación de la punibilidad de la tentativa y la determinación de sus límites son temas estrechamente relacionados. El punto de vista desde el cual se justifique penar la tentativa establecerá el marco desde el cual ella se defina y, por ello, fijará los criterios que se aplicarán al momento de dilucidar en qué punto se fija su comienzo. Por ejemplo, si se plantea que la tentativa deberá pensarse por la impresión que genera en la sociedad, atacando la paz social, será del todo consecuente con esa postura plantear que el inicio de la tentativa estará marcado por el momento en que una conducta deja de ser socialmente adecuada. Es por lo anterior que se comenzará revisando los diversos argumentos que se han dado desde la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, reparando en cómo repercuten en los criterios que luego se utilizarán para determinar sus límites.

---

<sup>15</sup> Para establecer si un comportamiento se adecúa a la norma, no es necesario evaluar las razones tras ese comportamiento. Distinto es seguir una norma, lo que requiere que la razón del comportamiento conforme a derecho sea la norma en cuestión. La diferencia está tratada en Mañalich (2010) pp. 178-9.

Como categoría de la parte general, la tentativa no se corresponde con un tipo independiente. Esto quiere decir: la punición de la tentativa se establece en base a una fórmula general que depende de los tipos de la parte especial; no se formula de manera autónoma.<sup>16</sup> Si ello se pierde de vista,<sup>17</sup> se cae en confusiones que serán revisadas a continuación, a partir del estudio de las distintas teorías que se han planteado para fundamentar la punibilidad de la tentativa.

## 1.2 Teorías objetivas y teorías subjetivas

Comenzando por la idea de separación del derecho y la moral, el primer problema con que se encuentra cualquier intento del llamado “adelantamiento de la punibilidad”, en particular la tentativa, está en el “principio del hecho” según el cual, desde la formulación de Ulpiano del principio *cogitationis*

---

<sup>16</sup> “El extendido descuido con que se trata esta materia se hace visible en el instrumental conceptual de la dogmática del Derecho penal: significativamente el concepto de consumación es un concepto formal, esto es la consumación se orienta a la formulación del tipo, no a criterios materiales, y en correspondencia con ello resulta materialmente inseguro determinar ya en términos generales qué es el estadio previo”. Jakobs (1997). p. 293. Igualmente en Mañalich (2004) p. 138 y Novoa (2005b) p. 109.

<sup>17</sup> Como le ocurre a quienes consideran que la tentativa es un delito de peligro abstracto. La enumeración de algunos defensores de tal postura y sus críticas se encuentran en Bloy (2005) pp. 369-70.

*poenam nemo patitur*.<sup>18</sup> “nadie puede ser penado por sus pensamientos”. Sólo los hechos serán objeto de pena.

Las teorías objetivas parten de la base de que la pura voluntad contraria a la norma no puede fundamentar la punibilidad de la tentativa. Ya que la razón detrás de la penalización de conductas contrarias a la norma de comportamiento estaría en la protección de bienes jurídicos,<sup>19</sup> sólo aquellas conductas que efectivamente (objetivamente) pongan en peligro bienes jurídicos deberán ser penadas. De esta forma, la intención delictiva deberá manifestarse a través de actos que puedan ser considerados como puesta en peligro de bienes jurídicos. Planteada inicialmente por Feuerbach,<sup>20</sup> una acción será constitutiva de tentativa cuando “la acción misma, según su concreción externa (mediata o inmediata, menor o mayor), está en conexión causal con el delito perseguido.”<sup>21</sup>

A pesar de la evolución que ha tenido esta teoría desde que fuera planteada, su núcleo se ha mantenido: una idea de peligro que reemplazaría lo que es el daño en la consumación.<sup>22</sup> La dificultad, entonces, estriba en encontrar los criterios para distinguir aquellas acciones peligrosas de aquellas que no se

---

<sup>18</sup> Como reconoce González (2001), nota 10, la aplicación de este principio al estudio de la tentativa puede remontarse a Feuerbach, desde la aparición de la cuarta edición de su *Lehrbuch*.

<sup>19</sup> “(...) la lesión del Derecho únicamente puede consistir en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo, y de los que el Derecho penal aparece como protector.” González (2001) p. 238.

<sup>20</sup> Politoff (1999) p. 107.

<sup>21</sup> Feuerbach (2007) pp. 75 y ss.

<sup>22</sup> González (2001) pp. 244 y ss.

encuentran en relación causal con el daño que produciría su consumación. Y no se trata de una dificultad que deba ser tomada a la ligera. Es precisamente este punto el que muestra los problemas a los que se llega comenzando desde las premisas de una teoría objetiva. La distinción entre acciones causalmente “adecuadas” para producir cierto resultado y otras causalmente “inadecuadas”, considerando que en ninguna se ha producido efectivamente el resultado, es una que debiese mirarse a los menos con sospecha.

Desde qué punto de vista se separa a las acciones peligrosas de las que no lo son, ha causado debate dentro de la teoría objetiva, principalmente desde dos ejes: primero, si es que el juicio de peligrosidad debiese hacerse ex ante o ex post y segundo, si es que quien hace tal juicio debiese contar con los conocimientos de un espectador objetivo<sup>23</sup> o con los conocimientos especiales que el autor de la tentativa posea.

Respecto al primer problema, las teorías objetivas más actuales<sup>24</sup> han superado la idea original de que el juicio de peligrosidad debiese realizarse ex post. Ello, principalmente porque teniendo conocimiento de que el resultado efectivamente no se produjo, todo peligro de que éste se produjera se reduce a cero. Al no darse el resultado, no es posible decir que hubo alguna vez un “peligro” de que éste se produjera. La postura ex ante, por su parte, se

---

<sup>23</sup> Lo que se entendería como los conocimientos que posee un “hombre medio”.

<sup>24</sup> Véase, González (2001) pp. 267 y Jakobs (1991) p. 860.

relaciona con la teoría de la imputación objetiva,<sup>25</sup> la que se encuentra igualmente con el problema de los conocimientos que ha de tener el observador objetivo.

Comenzando desde la vereda opuesta, las teorías subjetivas quitan el foco del concepto de peligrosidad. Todo juicio de imputación de una tentativa es hecho ex post y, por lo tanto, jamás podrá tildarse de peligrosa a una acción que no haya llevado a la consumación.<sup>26</sup> Es por ello que “(...) el rasgo distintivo que caracteriza a las teorías subjetivas reside en afirmar que la razón principal del castigo del delito intentado se halla en la voluntad del autor contraria a Derecho”.<sup>27</sup> Para evitar el castigo de los meros pensamientos, las teorías subjetivas exigirán que esta voluntad antijurídica se exprese por medio de actos.

Tal voluntad del autor, en las posturas subjetivas radicalizadas, correspondería a la centralidad de la norma de comportamiento: la determinación de voluntades, que es lo único que la norma puede realmente garantizar. El resto de las circunstancias que rodean al hecho, que no

---

<sup>25</sup> La relación viene dada por el hecho de que en la teoría de la imputación objetiva también se utiliza un “observador medio razonable” para determinar el peligro del comportamiento del autor. Roxin (1998) pp. 267-8.

<sup>26</sup> Este razonamiento, de quienes defienden la teoría subjetiva, proviene de su noción de causalidad desde la teoría de la equivalencia de las condiciones. Roxin (1998) nota 217.

<sup>27</sup> Roxin (1998) p. 307.

dependen de la voluntad del autor, no han de ser tomadas en cuenta desde el punto de vista de la norma.<sup>28-29</sup>

“Si se es más severo con aquel que logra el resultado que con quien no lo produce (...) es porque se le atribuye a ambos no sólo la causa consistente en su *acto voluntario*, sino también todas las otras causas concurrentes que no dependían de la voluntad, que no podían ser dominadas por ella en toda su extensión.”<sup>30</sup>

Como consecuencia de esta postura, propia de los defensores más radicales de la doctrina final de la acción,<sup>31</sup> la tentativa pasa a tener primacía en la teoría del delito, siendo la consumación sólo una eventual consecuencia accidental de ésta.

Varias son las críticas que se le pueden hacer a estas conclusiones. Desde el punto de vista de la ley penal vigente, tal como se previno anteriormente,<sup>32</sup> una tentativa de delito no es instancia de un tipo de acción descrita por los tipos penales de la parte especial. Así, un determinado comportamiento constitutivo

---

<sup>28</sup> La conclusión deriva de los tres niveles de valoración de la norma explicados por Kaufmann. El primer nivel es positivo: valoración del bien jurídico. El segundo nivel es negativo: valoración de circunstancias que lo menoscaben. El tercero es igualmente negativo, pero restringido a sujetos volentes y ya no a circunstancias. Kaufmann (1977) pp. 87 y ss. Para una breve descripción de estos tres niveles y una crítica a las consecuencias que sacan de ellos quienes defienden una versión radical de la teoría subjetiva, véase Mañalich. (2004) pp. 142 y ss.

<sup>29</sup> “[E]l resultado del hecho, la lesión, ocupa un lugar incómodo: se retribuiría así un suceso, no una acción por lo reprochable que fue.” Sancinetti (1997) p. 22.

<sup>30</sup> Sancinetti (1997) p. 28.

<sup>31</sup> Para una acabada crítica a la concepción finalista desde la teoría de las normas véase, Mañalich (2010)

<sup>32</sup> Véase *supra* p. 10.

de tentativa es punible gracias a la formulación que existe de la tentativa en la parte general, formulación que en todo caso carece de contenido considerada por sí sola. La determinación del estado previo es dependiente de los tipos establecidos en la parte especial, es decir, de los delitos consumados.

Desde el lenguaje mismo, resulta anómalo darle primacía al concepto de intento antes que al de consumación. El concepto de tratar de hacer algo es dependiente del concepto de hacerlo, y no viceversa.<sup>33</sup>

Entenderlo a la inversa es una confusión. Tratar, en los casos en que no existen dificultades, es indistinguible de hacer.<sup>34</sup> Considérese el caso de los movimientos corporales: quien quiere mover su brazo, simplemente lo moverá y será indistinguible su intento de moverlo del acto mismo de moverlo. Tratar de mover el brazo acá no es el estado mental. Quien puede y quiere mover el brazo, pero aún no lo hace, no está tratando de moverlo. Como afirma Duff, “[T]rying is practical: what distinguishes trying to move my arm from merely wishing that it would move is that trying to move it is the usual way of moving it.”<sup>35</sup> Esto lleva a la pregunta de cuándo aparece el “tratar” como algo separado del “hacer”. En el ejemplo, sólo si existieran limitaciones que imposibilitaran o dificultaran la tarea (por ejemplo, el brazo se encuentra bajo un objeto muy

---

<sup>33</sup> La forma en que se describen las acciones da cuenta de esta primacía: más que decir “hoy traté de levantarme/barrer/caminar, y lo logré”, se suele decir “hoy me levanté/barrí/caminé.” La primera formulación se utiliza más bien cuando haya existido algún problema en la consumación o, simplemente, cuando ésta no se alcanzó.

<sup>34</sup> Duff (1996) pp. 285 y ss.

<sup>35</sup> Duff (1996) p. 260.

pesado) se podrá distinguir entre el intento de levantarlo y levantarlo. Así, “tratar” no es el primer elemento de “hacer”, de hecho, no es un elemento en absoluto. Su uso se corresponde con una descripción más pormenorizada del contexto, que da cuenta de dificultad, imposibilidad o inseguridad sobre el resultado. En el caso de acciones más complejas que simples movimientos corporales ocurre lo mismo. Quien sabe darse una voltereta hacia atrás y se encuentra en el contexto adecuado para hacerlo no “trata” primero de hacerlo y luego “lo hace”.

La función del concepto de tratar es contextualizar la descripción de una acción,<sup>36</sup> explicitando: que la ejecución de la acción falló, como por ejemplo, quien explica su caída luego de “tratar” de darse una voltereta; que existen dudas de que el sujeto sea capaz de ejecutar la acción, como sería el caso de quien está aprendiendo a darse una voltereta; o que la ejecución de la acción será particularmente difícil en el contexto específico, como en el caso de quien sabe darse la voltereta, pero se encuentra en un terreno desnivelado.

Lo que parecen hacer quienes priorizan la tentativa por sobre la consumación, como reconoce Duff, es concentrarse en los casos anómalos, en los que puede distinguirse entre “tratar” y “hacer” y desde ahí construyen una teoría del delito que se adapte a ellos. En vez de eso, “(...) we should

---

<sup>36</sup> Duff (1996) p. 289.

understand the abnormal case precisely as an *abnormal* case: as an arm-raising which fails".<sup>37</sup>

Ahora, volviendo atrás, una de las consecuencias de la priorización de la tentativa en la teoría del delito es, como se vio, la conclusión de que no existen razones sustantivas para dar mayor pena al delito consumado que a la tentativa. Lo que se sanciona es lo que el sujeto quiso hacer, independiente de si por razones ajenas a su voluntad ello no logró completarse.

El que causas fortuitas y ajenas a la voluntad del autor tengan relevancia a la hora de adscribir responsabilidad, puede resultar contraintuitivo en un principio, mas no si es que se observa desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad como la que presenta Meir Dan Cohen, en su artículo *Responsibility and the boundaries of the self*.<sup>38</sup> Dan Cohen descarta los dos argumentos que están detrás del hecho de que la responsabilidad de alguien se mide exclusivamente por lo que intenta hacer y no su resultado. En primer lugar, está el problema de que sea la suerte la que juegue un rol fundamental en establecer la responsabilidad, tal como se ve en la cita de Sancinetti más arriba. Lo que incomoda a los finalistas radicales es que eventos fuera del control del autor tengan injerencia en la determinación de su responsabilidad penal. Y esto está ligado con el segundo argumento de quienes defienden que merecen el mismo reproche quienes intentan hacer algo y quienes lo hacen,

---

<sup>37</sup> Duff (1996) p. 288

<sup>38</sup> Dan Cohen (1992).

que es que la integración de “eventos externos” o ajenos al actuar del autor, con el fin de determinar el reproche merecido, no tiene justificación.

Comenzando por el segundo argumento, lo que Dan Cohen hace notar al respecto es que la distinción entre circunstancias internas y externas no resulta en ningún caso evidente. Los límites del sí mismo (*self*) no descansan en la simplificada noción de cosas que están dentro de la cabeza y cosas que suceden afuera. Esto se ve en la distinción que plantea entre dos sentidos de la expresión “X es responsable por”.<sup>39</sup> la responsabilidad-objeto, consistente en la noción clásica de responsabilidad por un determinado evento, como en el caso de quien admite su responsabilidad por quebrar un vaso, y la responsabilidad-sujeto, que se adscribe no por un evento determinado, sino por una configuración del sujeto mismo, como quien reconoce y se lamenta por ser descuidado.<sup>40</sup> Por supuesto, ambos aspectos de la responsabilidad se encuentran interconectados. Así, quien acepta su responsabilidad por quebrar el vaso disculpándose por lo descuidado que es, incluye la acción de romper el vaso como parte de lo que lo define, responsabilizándose no sólo por el evento en particular, sino por haberse configurado como una persona descuidada.

Pero no es sólo la asunción de responsabilidad la que permite identificar qué es lo que constituye a una persona. Su determinación también depende de la

---

<sup>39</sup> Dan Cohen (1992) pp. 963 y ss.

<sup>40</sup> Esto, en mayor o menor medida, dependiendo de otros factores que constituyen al sujeto, como la identificación o separación del agente respecto de sus acciones, o los constreñimientos sociales que implican la comprensión de una identidad en la sociedad. Dan Cohen (1992) pp. 965 y ss.

adscripción de responsabilidad que realizan otros y de la significación social que tenga la ejecución de ciertas acciones, tanto para la responsabilidad-objeto por el determinado evento, como para la configuración del sujeto. Es acá donde se observa por qué el resultado de una acción no admite ser sacado de la consideración de responsabilidad por tratarse de un “evento externo”. Utilizando el ejemplo establecido por Dan Cohen: A y A' dan sendos disparos contra V y V'. El resultado es que V muere, mientras V' sobrevive a causa de que el viento desvía la bala. Desde el punto de vista de la responsabilidad-objeto, tanto A como A' son responsables por su disparo. Mas, desde la responsabilidad-sujeto, sólo A admite ser descrito, como parte constitutiva de su biografía, como el homicida de V porque la descripción de tal disparo como “el darle muerte a la víctima” sólo puede predicarse de la acción de A. La muerte de V no es un hecho ajeno a la biografía de A, sino que la constituye junto con otro sinnúmero de eventos, fortuitos o no.

Esto es especialmente claro en cuanto a la adscripción social de responsabilidad (que es precisamente lo que hace el derecho penal, al imponer un castigo):

“Being a killer is in fact a recognizable social role, and as such it is a candidate for participation in the self's constitution. Because one's victim must

actually die for one to "be a killer," the fortuity of whether this happens becomes a piece of *constitutive* luck."<sup>41</sup>

El afirmar que los agentes no deben reconocer esta parte constitutiva del sí mismos (el acaecimiento o no acaecimiento del resultado), por depender de eventos fuera de su control se relaciona con el primer argumento, acerca de la incomodidad frente al hecho que circunstancias fuera del control del autor tengan injerencia en la determinación de su responsabilidad penal.

Al respecto,<sup>42</sup> Michael S. Moore ha sostenido magistralmente que el que las circunstancias que permiten o impiden el resultado dependan de la suerte no es tan alarmante como en un principio parecería. En general, todas las circunstancias que rodean las acciones y definen a una persona como tal están mediadas, en mayor o menor medida, por la suerte. De esta forma, no sólo el viento que desvía la bala está fuera del control del agente. Muchas veces, la razón por la que, a pesar de haberse formado la intención de tirar del gatillo y estar listo para realizar esa intención, una persona no tira el gatillo de un arma, depende de lo que acá se ha llamado "suerte", en tanto circunstancias fuera de su control. Podría ser que justo al momento de tirar el gatillo, apareciera un policía junto a la pretendida víctima. O podría no presentarse siquiera la

---

<sup>41</sup> Dan Cohen (1992) p. 984.

<sup>42</sup> Los argumentos presentados en lo que queda de esta sección se encuentran en Moore (1994) pp. 271 y ss.

oportunidad para dispararle, a pesar de estar el autor listo para hacerlo, porque la pretendida víctima no aparece en el lugar en el que, se suponía, iba a estar. Retrocediendo aún más del momento de efectiva ejecución de la acción, ni siquiera la decisión de cometer un delito está exenta de circunstancias fuera del control del agente (de “suerte”). Puede darse que una de las razones por la que A no se forma (y realiza) la intención de matar a B es porque B ese día no se puso la polera del equipo rival de A, ya que se había manchado la noche antes. (O, a la inversa, si es que B hubiera decidido ponerse la polera, esa podría una de las razones por las que A mató a B). Intentar encontrar un “instante puro” en el que no existan circunstancias fuera del control del agente, para calificar a ese momento como el decisivo para fundamentar el reproche merecido, es una tarea fútil, pues ese instante no existe. O bien se niega la posibilidad de reproche, por existir siempre circunstancias fuera del control del agente involucradas (siempre el agente tendrá algo de buena o mala “suerte”), o se reconoce la compatibilidad de estos “eventos externos” con una noción de control por parte del agente y, por ende, se reconoce control en todos los casos, a pesar de que sea gracias a “eventos externos” que se logró (o no se logró) el resultado.

Esta compatibilidad entre reconocer eventos externos pero aún así admitir que el agente sigue “en control”, permite diluir el problema de “causas externas” que impiden (o posibilitan) el resultado, pues bajo esta noción compatibilista de control,

“(...) we also control whether or not we execute our general choices with volitions, and in this sense of control we control our bodily movements when we will them with our volitions. Further, in this sense of control we control the gun in our hand, and we control the bullet, its impact on the victim, and his death; we chose each of these events as means and we tried to rule out the extraneous factors as best we could at all levels.”<sup>43</sup>

### **1.3 Teoría de la impresión**

Con el objeto de evitar las consecuencias a las que llegan las teorías subjetivas, la teoría de la impresión plantea que el fundamento de la punibilidad de la tentativa no se encuentra exclusivamente en la voluntad antijurídica del autor, sino en la impresión que esta voluntad genera en la comunidad: el efecto que produce al alterar “el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad (...)”<sup>44</sup>. Se renuncia así a las formas puras de las teorías subjetivas que se enfocan exclusivamente en el disvalor de acción, estableciendo que el disvalor

---

<sup>43</sup> Moore (1994), p. 277.

<sup>44</sup> Roxin (1998) p. 262.

de resultado de la tentativa se encontraría en el daño social que produce la pérdida de confianza de la comunidad en su sistema jurídico.<sup>45</sup>

Una propuesta similar, pero manteniendo la noción de peligrosidad como fundamento, se encuentra en la llamada “teoría unificadora” de Roxin, en la que rescata de la teoría objetiva el concepto de peligrosidad del hecho realizado, y de la teoría subjetiva, la peligrosidad del autor.<sup>46</sup> Así, cuando una acción se presente como objetivamente peligrosa, es ese peligro que atenta contra bienes jurídicos lo que justifica la punibilidad, a pesar de tratarse de un estado previo a la consumación. Por otro lado, si la acción no es objetivamente peligrosa, podría en todo caso ser punible, por la manifestación que hace el autor de su propia peligrosidad y la impresión social que ello significa, siendo en este caso la teoría de la impresión la que justifica su punibilidad.

El problema de la postura de Roxin radica en que, lejos de resolver las dificultades de las posturas objetiva y subjetiva, plantea una teoría que presenta las de ambas, es decir, duplica los problemas.<sup>47</sup> Desde la teoría objetiva, mantiene las dificultades de hablar de “peligro” cuando el resultado no se dio y tampoco soluciona los problemas que existen a la hora de generar un criterio que permita distinguir entre acciones peligrosas de aquellas que no lo son.

---

<sup>45</sup> Así Cury (2005) p. 580.

<sup>46</sup> Roxin (1998) pp. 264 y ss.

<sup>47</sup> Jakobs (1991) p. 862.

Desde la teoría subjetiva, por otro lado, la principal dificultad ha sido reconocida por Jakobs, quien postula que se parte de una base errónea al enfocarse en la impresión social que genera la actitud interna de un individuo. Afirma que se falla al atender al momento de conmoción general, criterio que carece de valor explicativo para distinguir entre ciertos actos preparatorios que ya causan conmoción social (como la preparación minuciosa de un homicidio), del inicio de una tentativa que podría no causar conmoción alguna, como en el caso de delitos leves.<sup>48</sup>

Gran parte de los problemas que trae el estudio de los fundamentos de la punibilidad de la tentativa derivan de la conexión directa que se ha establecido entre la finalidad de la imposición de pena y la finalidad que se le ha reconocido al derecho penal: la protección de bienes jurídicos. Si se considera que la función de las normas de sanción es la protección (directa) de bienes jurídicos, entonces se tendrá que encontrar semejante menoscabo ya en la tentativa, lo que resulta en una búsqueda fútil, ya que de hecho ningún bien jurídico es afectado por una tentativa. Semejantes complicaciones se disipan si se entiende que la función de las normas de sanción respecto a la protección de bienes jurídicos es indirecta: las normas de sanción resguardan normas de comportamiento, siendo estas últimas las que protegen bienes jurídicos.

---

<sup>48</sup> Jakobs (1991) p. 863.

## 1.4 Teoría de la expresión

Jakobs y Kindhäuser comienzan desde dicha base, con la llamada teoría de la expresión. “[E]l delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la lesión de la validez de la norma (...). El fundamento de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación”.<sup>49</sup> El autor de una tentativa expresa en su actuar una falta de reconocimiento de la vigencia de la norma, expresión cuyo valor comunicativo es reconocido por el derecho penal, que responde a su vez reafirmando la validez de sus normas, imponiendo así una pena a quien cuestionó su vigencia.

“El Derecho penal garantiza la vigencia del Derecho. Con esta finalidad, reacciona con una pena a la defraudación de la expectativa normativa de que toda persona se comporte de modo fiel al Derecho, y esto significa que reacciona con la confirmación de la vigencia del Derecho. La defraudación puede ya concurrir cuando no puede hablarse, o todavía no puede hablarse, de la consumación de un delito contra la persona (...).”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Jakobs (1991) pp. 860-1. Asimismo, Kindhäuser (2009b) p. 5. El que tanto en la consumación como en la tentativa el fundamento de punición sea el mismo, no implica que la pena debiese ser la misma para ambos. Como ya se ha explicado, a diferencia de la consumación, en la tentativa el comportamiento del autor no es conforme a lo que la norma prohíbe.

<sup>50</sup> Jakobs (2002) p. 3.

La reacción del Derecho penal sólo se dará en el caso en que el sujeto defraude la expectativa normativa de un comportamiento fiel a Derecho. Como se verá,<sup>51</sup> esta defraudación deberá tener relevancia comunicativa para poner efectivamente en duda la validez de la norma, lo que significa: deberá tener una entidad suficiente como para ser reconocida por el Derecho como un cuestionamiento a su vigencia. Esto tiene radical importancia para la discusión acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea.

### **1.5 Tentativa inidónea**

La premisa de fundamentación de la punibilidad de la tentativa que se adopte tendrá importantes consecuencias respecto a cómo se defina el concepto de tentativa inidónea y qué se diga sobre su punibilidad.

Desde las teorías objetivas (comenzando desde un modelo enfocado en la peligrosidad), la distinción entre una tentativa idónea y una inidónea no presentaría, en principio, dificultad. Tentativa inidónea sería la que se identifica como no apta para la realización del tipo, es decir, que no representa peligro alguno para el bien jurídico protegido. Ahora bien, la forma de determinar si es que la acción representaba o no peligro para el bien jurídico variará según se adopten criterios de determinación del peligro ex ante o ex post.

---

<sup>51</sup> Véase *infra* pp. 51 y ss.

Para quienes defienden que el peligro de la acción debe determinarse observando el momento previo al resultado, dependerá de si, desde la perspectiva de un “observador imparcial”,<sup>52</sup> el comportamiento del autor sería considerado peligroso. Si la respuesta es afirmativa, entonces la tentativa será idónea. Si, por otro lado, para un observador imparcial, el comportamiento del autor no representaría peligro alguno, entonces la tentativa será inidónea. Así, mientras que una persona que apunta un arma contra otra (a pesar de no dar en el blanco) representaría un claro peligro para el observador imparcial, una persona que apunta lo que evidentemente es un arma de juguete (creyendo que se trata de un arma verdadera) contra otra, no representaría peligro alguno. Este criterio enfrenta el difícil problema de determinar cuáles son los conocimientos que debe tener el observador imparcial al momento de evaluar el comportamiento del autor. Si se incluye en los conocimientos del observador imparcial las representaciones del autor, entonces toda tentativa será idónea, ya que siempre el autor de la tentativa cree (erróneamente) que su actuar es apto para lograr el resultado y, por lo tanto, peligroso.

Por otro lado, si se excluyen los conocimientos del autor y se considera que el observador imparcial tiene los conocimientos de “un hombre promedio”, la distinción se hace difícil en casos límite, como en el que una persona apunte a otra con un arma de juguete (creyendo que se trata de un arma real) cuya

---

<sup>52</sup> Roxin (1998) pp. 266 y ss., Jakobs (1991) pp. 860-1 y Caballero (2010) pp. 122-3.

aparición fuera la de un arma real. En ese caso, sería razonable que “un hombre medio” considerara peligroso el comportamiento del autor.

La apreciación del peligro desde una perspectiva *ex post* tampoco está exenta de dificultades. Evidentemente la primera es que desde la perspectiva *ex post* no hubo jamás peligro alguno, por lo que toda tentativa sería inidónea. Para evitar esa conclusión, se utiliza el criterio de la “peligrosidad objetiva” de una acción<sup>53</sup> que permitiría distinguir aquellos comportamientos adecuados para alcanzar el resultado de los que no son adecuados. Así, apuntar con un arma real a una persona es adecuado para matarla, mientras que apuntarla con un arma de juguete no es adecuado. Este criterio se encuentra con el problema de definir en abstracto qué cuenta como adecuado para la obtención de un resultado. Si la pistola de juguete tiene un aspecto suficientemente realista y la persona apuntada sufre de problemas al corazón, la acción de apuntarla con el arma sería, en principio, “adecuada” para causarle un infarto. Sobre los problemas de las teorías objetivas en cuanto a la distinción entre tentativa idónea e inidónea se volverá más adelante.<sup>54</sup>

Desde la posición subjetivista, en cambio, la manifestación de voluntad antijurídica se da de igual forma en cualquier tipo de tentativa,<sup>55</sup> además de que, en cualquier caso, toda tentativa es inidónea, ya que siempre carece de al

---

<sup>53</sup> Caballero (2010) pp. 123-4. Críticamente Jakobs (1991) p. 860.

<sup>54</sup> Véase *infra*...pp. 35 y ss.

<sup>55</sup> González (2001) nota 224.

menos una condición necesaria para el acaecimiento del resultado (como también puede reconocerse en las teorías objetivas que miden la peligrosidad desde una perspectiva ex post). Para la teoría de la impresión, la tentativa inidónea será aquella suficientemente absurda como para no ser capaz de generar una perturbación en el sentimiento de seguridad jurídica de la sociedad, como sería el caso, por ejemplo, de quien amenaza con disparar a otro con lo que es, evidentemente, una pistola de juguete.<sup>56</sup>

Por último, para la teoría de la expresión, como ya se adelantara, la distinción dependerá de la relevancia comunicativa de la actuación del actor. Sobre este punto se volverá más adelante.<sup>57</sup>

## **1.5 El tratamiento de la tentativa en la doctrina chilena**

En su mayoría, la doctrina chilena adhiere a la tesis objetiva, fundamentando la punibilidad de la tentativa desde la noción de peligro generada al bien jurídico.<sup>58</sup> La inclinación mayoritaria hacia la tesis objetiva se debe en parte a la redacción que utiliza el Código Penal al tratar la tentativa. Al hablar de principio de ejecución, se ha entendido una toma de posición en contra de la postura

---

<sup>56</sup> En el Derecho alemán, el caso de tentativa por lo que el StGB denomina “grosera incomprensión” se encuentra regulado en el § 23.3. Un análisis de esta regulación y de cómo la tentativa por grosera incomprensión se enmarca en la presente propuesta se encuentra en *infra* pp. 53 y ss.

<sup>57</sup> *Infra*. pp. 51 y ss.

<sup>58</sup> Politoff, Matus Y Ramírez (2004) p. 373 y nota g.

subjetiva, ya que no bastaría con la mera voluntad. La mención a hechos directos se ha interpretado como hechos que pongan efectivamente en peligro al bien jurídico, descartando a la tentativa inidónea como punible.<sup>59</sup>

Sobre la distinción hecha en el Código, entre tentativa y delito frustrado, la doctrina ha considerado que es equivalente a la distinción, originalmente alemana, entre tentativa inacabada y acabada.<sup>60</sup> Se difiere, no obstante, del criterio subjetivo que en Alemania se ha utilizado al interpretar la distinción,<sup>61</sup> teniendo en cuenta el punto de vista del autor. Según este criterio, cuando el autor cree haber realizado todo lo necesario para la consumación del delito, se estará frente a una tentativa acabada. Si, de acuerdo a su representación, aún faltan una o más acciones para la consumación, se estará frente a una tentativa inacabada.

En contraposición, la doctrina chilena ha dado una interpretación a la distinción cercana a las teorías objetivas. La tentativa inacabada (o tentativa, simplemente) será aquella en la que, independiente de las representaciones del autor, falten uno o más pasos para la consumación. La tentativa acabada (delito frustrado), se dará cuando todos los pasos estén completados y, sin

---

<sup>59</sup> Garrido (2003b) pp. 274 y ss., Politoff, Matus, Ramírez (2004) nota 19 y p. 379, Etcheberry (1997b) p. 62, Bustos y Hormazábal (1999) p. 268, Novoa (2005b) pp. 123-4 y pp. 127 y ss.

<sup>60</sup> Cury (2005) p. 564, Garrido (2003b) p. 281 y p. 283, Novoa (2005b) p. 125.

<sup>61</sup> La interpretación clásica que se hace del § 22 del StGB alemán propone que en él se establece un criterio subjetivo, ya que reconoce la tentativa de acuerdo a las representaciones que tenga el autor respecto del hecho. Politoff (1999) pp. 117-8.

embargo, por causas ajenas al control del autor, el delito no se consuma.<sup>62</sup> El ejemplo paradigmático de esta última, respecto del homicidio, será la bala ya disparada que se desvía o que al impactar a la víctima, no la mata por recibir ésta pronta atención médica.<sup>63</sup>

En cuanto a la distinción entre tentativa idónea e inidónea, se distingue entre dos formas de inidoneidad: absoluta y relativa. Tentativa absolutamente inidónea es aquella en la que el objeto del ataque es inexistente (se intenta matar a quien ya está muerto) o los medios empleados resultan absolutamente inadecuados para la consumación (se intenta abortar con una infusión de té). Será relativamente inidónea la tentativa que emplee medios que son adecuados, pero en el caso particular resultan inútiles para lograr la consumación (se dispara contra quien utiliza un chaleco antibalas). Dada la

---

<sup>62</sup> Los tribunales han demostrado tener una comprensión a lo menos laxa de esta definición. Particularmente, en la sentencia ruc 0801000636-9, del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, (posteriormente ratificada por la Corte Suprema), contra María del Pilar Pérez López y José Mario Ruz Rodríguez, el tribunal condenó por mayoría a Mario Ruz por el delito de robo con homicidio en grado de frustrado respecto de la familia de María del Pilar Pérez (María Aurelia López, Gloria Pérez, Agustín Molina y María Belén Molina), quienes ni siquiera alcanzaron a tener contacto con Ruz, ya que éste fue interceptado por Diego Schmidt-Hebbel al entrar a la casa (la familia se encontraba en el segundo piso) y, posteriormente, tras herir mortalmente a Schmidt-Hebbel, se dio a la fuga. La afirmación de que en este caso que Ruz completó todos los pasos para realizar un delito de robo con homicidio sobre estas personas es completamente ajena a los hechos.

<sup>63</sup> El ejemplo es susceptible de problematización, si es que el autor del disparo tiene la posibilidad de disparar una vez más (o varias veces más), siendo posible alcanzar el resultado a través de posteriores ejecuciones de la acción. Si se adopta la posición defendida por la llamada "teoría de la consideración global" entonces en el caso no habría tentativa abada, dada la posibilidad del autor de un desistimiento pasivo, simplemente omitiendo ejecutar nuevamente la acción. Sobre la controversia entre la teoría de la consideración global y la teoría de la consideración individual, Mañalich (2004) pp. 173-4.

adopción ya mencionada, por parte de la mayoría de la doctrina, de la tesis objetiva, la tentativa absolutamente inidónea no sería punible, ya que en ella no existe peligro alguno para el bien jurídico. La relativamente inidónea, en cambio, sí deberá ser penada, al haber sido posible la consumación.

Como ya se ha advertido, la teoría que se adopte para fundamentar la punibilidad de la tentativa en sentido amplio repercute en la definición del concepto de tentativa inidónea y lo que se afirme acerca de su (eventual) punibilidad. En lo que sigue, el análisis comenzará desde este último punto. Es decir, en vez de intentar elaborar una justificación de la punibilidad de la tentativa para luego definir qué es lo que se entiende por tentativa inidónea, se procederá a analizar qué se ha entendido por tentativa inidónea y si se justifica diferenciarla de lo que sería una “tentativa idónea”. Este análisis permitirá la aplicación del modelo de imputación antes explicado a los casos de tentativa, lo que a su vez dará luces acerca del fundamento de su punibilidad.

## 2. LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA IDÓNEA E INIDÓNEA

### 2.1 Hart y la tentativa inidónea

La tarea de identificar si es que existen y cuáles son los criterios de distinción entre tentativa idónea e inidónea es asumida por Hart, en su notable ensayo sobre lo que él llama “tentativa imposible”.<sup>64</sup> En él, comenta dos tipos de casos discutidos en la Cámara de los Lores y representativos de lo que se conoce como tentativa inidónea. El primer grupo de casos son aquéllos en los que al objeto sobre el que recae la acción le falta una propiedad específica que permite que la acción caiga bajo la descripción típica. Caen dentro de esta categoría ejemplos como el de quien intenta hurtar algo que le pertenece o quien dispara contra un cadáver.<sup>65</sup> El segundo grupo de casos se corresponde con aquéllos en los que uno de los presupuestos típicos está ausente, imposibilitando la consumación. Dentro de esta categoría caen los ejemplos de quien intenta sustraer monedas de un bolsillo vacío o quien intenta matar a un espantapájaros, creyendo que es un ser humano vivo.

---

<sup>64</sup> Hart (1981).

<sup>65</sup> Es discutible si lo que falta en este segundo ejemplo es una propiedad, llámese la vida, o si en realidad falta un objeto: otro. Hart utiliza este ejemplo y lo clasifica en la primera categoría, por lo que se mantendrá en este trabajo. Ya que el argumento se sostiene aunque el ejemplo sea clasificado en la segunda categoría, no será necesario adentrarse en el problema.

Como se puede ver, en ambos grupos de casos está ausente la oportunidad para la acción, ya sea por la falta de una propiedad o de un objeto necesario para la acción. En lo que sigue no será necesario distinguir entre ambas categorías, llamando “C” a ambas.

Que ambas categorías sean, por regla general, ejemplos indiscutidos de tentativa inidónea, se explica por la aceptación de parte de la doctrina inglesa de lo que Hart llama el modelo de la interrupción, que plantea que será punible la tentativa sólo en el caso de acciones interrumpidas, como la bala que no impacta a la víctima por ser desviada por el viento; por otro lado, aquellos casos de tentativa que eran imposibles desde el inicio, serán impunes. Como se ve, este es el modelo en el que las teorías objetivas de la tentativa parecieran enmarcarse.

Antes<sup>66</sup> se expusieron algunos de los argumentos de las teorías objetivas, en particular acerca de la idea de peligro. Como se vio, una de las principales críticas a la utilización del concepto de peligro en la tentativa es que toda tentativa, mirada ex-post, presenta un peligro igual a cero. Que a pesar de esta crítica las teorías objetivas (en una variable mixta) sigan manteniéndose vigentes, por ejemplo en Chile,<sup>67</sup> habla acerca de un compromiso con el modelo de la interrupción, que responde a diversas razones que Hart explora.

---

<sup>66</sup> *Supra.* pp. 12 y ss.

<sup>67</sup> Dice ser excepción a esto Cury (2005) pp. 576 y ss. Pero si se consideran variantes mixtas, que en cualquier caso aceptan la distinción entre tentativa idónea e inidónea,

El primer argumento reza así: un intento de algo que es posible corresponde a una tentativa, por lo cual, el intento de algo imposible no constituirá tentativa.<sup>68</sup> Semejante argumento descansa en un non sequitur. De la primera afirmación verdadera “un intento de algo que es posible corresponde a una tentativa” se concluye erróneamente que sólo un intento de algo posible es una tentativa.

El segundo argumento descansa en la distinción entre tener la intención de perpetrar un delito y dar inicio a la ejecución de éste. Como Hart reconoce, tal distinción es trivial. La sola intención de cometer un delito no basta para plantear siquiera la duda respecto al inicio de la tentativa: nadie dudaría que quien está sentada en su oficina, imaginando la ejecución de diversos delitos, no comete, ni comienza a cometer, delito alguno. Precisamente, los casos pertenecientes a C no se corresponden con meros pensamientos sino con acciones llevadas a cabo, que “realizan” tales pensamientos. Es la intención unida a estas acciones lo que lleva a preguntarse si constituyen tentativa.

---

ello no es así. Al aceptar la teoría de la impresión, basada en el modelo de un observador razonable, Cury sólo reconoce como tentativa –idónea– aquella que sea “(...) 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”, con lo que termina aceptando que existiría tentativa inidónea cuando no se cause tal impresión en el observador razonable. Cury (2005) p. 580.

<sup>68</sup> “En este caso el delito es **imposible**. En cambio, si se intenta dar muerte a otro mediante veneno, pero no se emplea la dosis suficiente, o se intenta hurtar el dinero ajeno y se introduce la mano en un bolsillo vacío, el delito no era **imposible**” (énfasis en el original), Etcheberry (1997a) p. 68. Los ejemplos citados por Etcheberry no son para nada felices, puesto que confunden las categorías planteadas por Hart. En cualquier caso, la cita muestra cómo se entiende que si un resultado era imposible, entonces no podrá haber tentativa de realizarlo.

Hart hace una segunda interpretación de las constantes advertencias que hacen los seguidores del modelo de la interrupción sobre la posibilidad –y el peligro– de penar pensamientos. Según ésta, existiría una diferencia entre hacer algo con la intención de hacer algo diverso o provocar una consecuencia diversa, e intentar hacer algo o provocar una determinada consecuencia.<sup>69</sup> Esta diferencia no es trivial, pero tampoco ataca a los casos de C. Lo que esta diferencia muestra es que en los casos en que se intenta hacer algo, a diferencia de los casos en que se hacen cosas con la intención de lograr algo diverso, se ha superado la barrera de los actos preparatorios. Comprar un arma con la intención de matar a otro sigue estando dentro de actos preparatorios, mientras que disparar el arma contra otro (o lo que se cree “otro”) contará como intentar matar a otro.

En otra línea de argumentación, se ha dicho que los casos pertenecientes a C serían atípicos, ya que al inicio de la ejecución faltan uno o más elementos típicos: una propiedad, como la ajenidad en el ejemplo de la tentativa de hurtar algo propio o un objeto, como las monedas en el ejemplo de quien mete la mano en un bolsillo ajeno.

---

<sup>69</sup> “Esta tentativa [inidónea] es atípica y no punible conforme al art. 7, porque los actos en que consiste nunca pueden calificarse de *hechos directos*.” (Énfasis en el original). Garrido (2003b) p. 290. Cómo es que levantar un arma, apuntar y jalar el gatillo no es una acción directa cuando se trata de un cadáver, pero sí es un hecho directo cuando se trata de un ser humano vivo, no está explicado.

Semejante argumento es similar al utilizado por la doctrina de la ausencia del tipo. Ésta fue desarrollada principalmente por Dohna,<sup>70</sup> quien bajo la influencia de Beling<sup>71</sup> reconoce que la tentativa no es subsumible bajo los tipos de la parte especial, es decir, considerando lo establecido en la parte especial, la tentativa es atípica.<sup>72-73</sup> Para evitar su atipicidad, se crean “tipos subordinados”, cuyo contenido es determinado por el tipo principal (por ello Cury llama a los tipos de tentativa “esquemas vacuos”<sup>74</sup>). Como técnica legislativa para realizar tal labor, se prefirió establecer una fórmula de tentativa en la parte general, que permita reconocer tales “tipos subordinados”, en vez de establecerlos uno por uno tras el tipo principal. Tentativa entonces será aquella que cumple con los requisitos típicos pero le falta la última parte de la acción, correspondiéndose con el modelo de la interrupción.

---

<sup>70</sup> Cury (2005) pp. 578-9. También refiriéndose a Dohna, Struensee (1992) nota 67.

<sup>71</sup> La influencia que recibe Dohna es del tratado de Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906 y de su Esquema de Derecho Penal (Beling (2002) pp.134 y ss.), en el que distingue entre acciones que son “de la clase del delito-tipo” (las que se corresponderían con los casos pertenecientes a C) y acciones que no son “plenamente” conformes al tipo (correspondientes a aquéllas identificadas por el modelo de la interrupción). Posteriormente, en la Doctrina del delito-tipo, publicada originalmente en 1930 (24 años después de su tratado), Beling modifica su teoría, pasando a afirmar que en toda tentativa hay carencia de tipo. Beling (2002) pp. 273 y ss. Véase, *infra* pp. 41 y 42.

<sup>72</sup> Desde esta base construyen su comprensión de la tentativa Cury (2005) pp. 550 y ss. y Novoa (2005b) p. 109, a pesar de que ambos se inclinan por la teoría de la impresión a la hora de explicar qué tentativa debiese ser punible y cuál ser considerada no punible por su absoluta imposibilidad.

<sup>73</sup> Lo anterior se encuentra confirmado por el art. 50 del Código Penal que aclara que por “delito” deberá entenderse el delito consumado.

<sup>74</sup> Cury (2005) p. 551.

Las premisas lingüísticas bajo las que parece descansar esta teoría es que proposiciones tales como “X sacó monedas de un bolsillo que no contenía nada” o “Y destruyó algo que no existía” son siempre incoherentes. Ello es porque “sacar”, “destruir”, “matar”, entre otros, son verbos transitivos que requieren de un complemento directo que exista en determinado lugar y tiempo para que sean verdaderos, lo que Hart llama “objeto extensional”. Distinto es en el caso de verbos como “buscar” o “cazar”. En su caso, no es necesario que el objeto sobre el que actúan exista, sino que basta con que el sujeto que los expresa crea que existe (siendo un “objeto intensional”). En este caso, una proposición como “busqué al Yeti por 30 años en el bosque” será cierta aunque el Yeti no exista.

La conclusión de quienes defienden la doctrina de la ausencia del tipo es que los “tipos subordinados” de tentativa están redactados de forma que requieren de la existencia del objeto extensional. Así, si al momento de la ejecución de la acción el objeto no está presente, la acción será atípica. El error que cometen es que del hecho de que los verbos como “sacar” o “destruir” requieren de sus respectivos objetos extensionales para que una proposición sea coherente en una formulación simple, no se sigue que continúen requiriéndolo en formulaciones complejas como “intentar sacar” o “tratar de destruir”. Precisamente y a diferencia de los ejemplos antes planteados, “X intentó sacar monedas de un bolsillo que no contenía nada” o “Y trató de destruir algo que no existía” son oraciones que tienen perfecto sentido. Son las

formulaciones complejas y no las simples, las que caracterizan a la tentativa,<sup>75</sup> ya que si es que los “tipos subordinados” estuvieran contruidos de la forma simple, no habría diferencia alguna entre estos y los tipos de consumación.

A pesar de esta conclusión, la doctrina de la ausencia del tipo sí apunta en la dirección correcta al afirmar que la tentativa es atípica. Quien célebremente planteó esto fue Beling, quien, admitiendo ciertas deficiencias en su planteamiento original de lo que llama “delito-tipo”, en 1930 se hace cargo de las críticas recibidas y, a este respecto, reformula la comprensión de las formas accesorias (entre ellas, la tentativa), esta vez planteando que toda tentativa es atípica y no sólo aquélla que carece de objeto extensional.

El “delito-tipo” es un esquema legal al que se orientan todas las características de cada uno de los tipos penales de la parte especial. Por su parte, las llamadas “formas accesorias”, de las que forma parte la tentativa,<sup>76</sup> presentan su propio esquema. Para la tentativa este esquema sería el “principio de ejecución”, bajo el cual deben analizarse todos los elementos de la conducta. Ahora, estos esquemas de las formas accesorias no alcanzan a tener un contenido autónomo, sino que requieren de los respectivos delitos-tipo de la parte especial para adquirir valor jurídico penal. Así, en el caso del hurto, la tentativa cobra valor cuando se analiza bajo el esquema “comenzar a

---

<sup>75</sup> El “tipo subordinado” del homicidio, en este sentido, estaría contruido de la siguiente manera: “El que intente matar a otro...”.

<sup>76</sup> En general, las formas de participación también forman parte de este grupo.

sustraer un bien mueble ajeno”. Esto no significa descartar la tentativa en el caso de quien comienza a sustraer un bien mueble propio, pensando que es ajeno. Acá es donde Beling se separa de las posturas acerca de la doctrina de la ausencia del tipo, descritas arriba, pues entiende correctamente que en el caso de la tentativa (y, en general, de las formas accesorias) no puede exigirse que la acción sea subsumible al respectivo delito-tipo:

“Para comprender, entre otras, estas acciones ‘adecuadas a una forma accesoria’ (‘erscheinungsformässigen’), debiera designarse como característica del delito, no la adecuación sino la vinculación o referencia a un delito-tipo” (énfasis agregado).<sup>77</sup>

La existencia de objeto extensional, por ende, no es un requisito para el reconocimiento de la tentativa, ya que el esquema al que ésta responde debe hacer referencia al delito-tipo correspondiente (sustraer una cosa mueble ajena en el caso del hurto, matar a otro en el caso del homicidio), mas no es necesario que se le adecúe de forma perfecta (ni la ajenidad ni el otro son requisitos necesarios para reconocer tentativa).

---

<sup>77</sup> Beling (2002) p. 27

La idea de que para que haya tentativa se requiere del objeto extensional no es exclusiva de la teoría de la ausencia del tipo. La doctrina en general postula que la ausencia de alguno de los elementos de la descripción típica (salvo el resultado) es un caso de tentativa inidónea.<sup>78</sup> De esta forma, parecería que lo que se intenta hacer es establecer una necesidad objetiva de existencia de oportunidad para la acción ex ante que permita distinguir casos de tentativa idónea de inidónea.

El problema de esta aproximación es que pone un énfasis indebido en las circunstancias dadas ex ante para sostener la distinción. Según ella, existiría una diferencia lógica entre disparar contra un cadáver (que por definición no se puede matar) y disparar contra un ser humano vivo, aunque su muerte finalmente no se verifique (por temprana atención médica, por ejemplo). El punto es que la diferencia entre ambos casos no es lógica. En el primer ejemplo, no existe ningún problema lógico en plantear la posibilidad de que el cadáver reviva un instante antes de que le llegue el balazo, que finalmente causa su muerte. Siguiendo con el ejemplo, si es que ese balazo fallara, cabría preguntarse qué diferencia tendría este caso con el caso del segundo ejemplo, en el que ya al inicio de la ejecución se está disparando contra un ser humano vivo. No existe ningún impedimento lógico para que la situación, en principio conceptualmente imposible, mute durante el ejercicio de la acción, transformándola en conceptual (o lógicamente) posible.

---

<sup>78</sup> Por todos, Garrido (2003b) p. 290.

Mirada la situación desde una perspectiva *ex post*, es irrelevante si la situación era ya *ex ante* imposible o devino imposible. La importancia de la oportunidad para la acción no está en el análisis de si ella existía antes del comienzo de la ejecución o no. Su importancia radica en el análisis de la representación que tenía el sujeto a la hora de actuar, ya que si se representa que existe la oportunidad para que su acción ejemplifique un tipo de acción prohibida por la norma y, a pesar de su representación (en este caso, errónea), no se abstiene de ejecutar la acción (la que no ejemplificará el tipo de acción prohibido por la norma, porque su representación de la oportunidad para la acción era errónea), entonces ha demostrado una falta de compromiso con la norma como razón para la acción.

Como se ha visto hasta ahora, no existen razones para sustentar el modelo de la interrupción, sino más bien intuiciones. De dónde provienen estas intuiciones, es una pregunta difícil de responder. En parte parecen estar fundadas en la idea de que los delitos de resultado deben tener como resultado, modificaciones espacio-temporalmente diferenciadas de la acción.<sup>79</sup> Precisamente esos casos son los que admiten con mayor facilidad su interrupción causal. Por otra parte está la idea de que el fin de la norma de sanción es la protección directa de bienes jurídicos, la que gracias a teóricos como Roxin se ha extendido hasta ser defendida por amplios sectores de la

---

<sup>79</sup> Este punto será analizado latamente en *infra*, pp. 72 y ss.

doctrina.<sup>80</sup> Es esta idea la que se encuentra tras la exigencia de que exista algún tipo de peligro para el bien jurídico al inicio de la tentativa, descartando así acciones ya destinadas al fracaso.

Ni la intuición de que los resultados son siempre espacio-temporalmente diferenciables de la acción, ni la que exige alguna especie de peligro, reconocido ya sea por el observador imparcial o por la impresión que causa en el público general, alcanzan a estar justificadas. Ante esto, Hart plantea un segundo modelo, centrado no en el curso causal de la acción, sino en la intención del autor, que llama “el modelo de la intención”.<sup>81</sup> Según este modelo, una tentativa es:

“(...) un acto realizado con la intención de que se inicien una serie de eventos o actos que, si fueran completados, constituirían la realización del tipo objetivo de ese delito”.<sup>82</sup>

Se trata de un modelo que se corresponde con las tesis subjetivas, arriba revisadas.<sup>83</sup> Bajo éste caen todos los casos que integran el modelo de la

---

<sup>80</sup> *Supra*, p. 13.

<sup>81</sup> En inglés, *intended steps model*.

<sup>82</sup> Hart (1981) p. 153, traducción libre. En la cita, Hart habla sobre el *actus reus*, categoría utilizada por el derecho anglosajón que resulta equivalente a la realización del tipo objetivo, tal como lo reconoce Chiesa (2004) p. 113, por lo que se ha traducido así.

interrupción, los casos de medios insuficientes o erróneamente utilizados y los casos de C. Si se le agrega el dogma<sup>84</sup> del requerimiento de un objeto extensional, entonces los casos aceptados como tentativa punible serán los que integran el modelo de la interrupción y aquéllos en los que los medios son insuficientes o erróneamente utilizados. Los casos de C quedarían entonces descartados por no contar con objeto extensional, lo que parece estar acorde con las intuiciones doctrinales antes revisadas. A pesar de que la gama de ejemplos que utiliza la doctrina muchas veces descarta algunos casos de medios insuficientes e incluye otros sin dar razones o criterios suficientes para ello, parecería que la mayoría de los casos pertenecientes a C son descartados, precisamente por la ausencia de objeto extensional. Aquí, el argumento que se repite constantemente para justificar que se descarten dichos casos es la imposibilidad: en los casos pertenecientes a C la imposibilidad sería absoluta, es decir, no había ningún modo en el cual el resultado hubiera podido lograrse. En cambio, habría “(...) *inidoneidad relativa* cuando los medios que ha usado el sujeto activo, siendo intrínsecamente aptos para alcanzar la consumación del delito, no lo son en el momento de actuar por las circunstancias concretas concurrentes (disparar un balazo al sujeto que está protegido por un chaleco antibala)”.<sup>85</sup> O, como otros lo han planteado, en

---

<sup>83</sup> Hart (1981) p. 153.

<sup>84</sup> Como Hart plantea, y al igual que con el modelo de la interrupción, ya que no se encontraron razones para defenderlo, se le llamará de ahora en adelante “dogma”. Hart (1981) p. 158.

<sup>85</sup> Garrido (2003b) p. 290. Énfasis en el original.

el caso de la inidoneidad relativa, “el delito no era **imposible**; era posible, pero faltaron factores causales o condiciones que transformaran la **posibilidad** en **realidad**”.<sup>86</sup>

Lamentablemente, nada aclara tal distinción. No hay razones para considerar las circunstancias que efectivamente se dieron y entonces calificar de imposibles a los casos pertenecientes a C, pero para los casos de medios insuficientes o erróneos considerar circunstancias hipotéticas, que permiten decir que el delito *era posible*. Igualmente posible es el delito en el caso de quien dispara contra un cadáver, si se considera la situación hipotética de que se hubiera tratado de un ser humano vivo. Tampoco se explica qué se entiende por “medios intrínsecamente aptos”. Pareciera que se alude a herramientas que suelen utilizarse para conseguir algún fin, ya que han sido construidas para ello, como el caso de un arma de fuego, para matar a personas. Pero que esa sea, por regla general, la finalidad para la que fueron construidas (o que sean “intrínsecamente aptas” para tal finalidad) no tiene mayor importancia. Cuán apta era una herramienta para la realización de determinada tarea se juzga según las circunstancias concretas que la rodean. Así, un arma de fuego podrá ser completamente inútil para matar a una persona que utiliza una armadura de cuerpo completo, como una piscina de juguete puede ser perfectamente apta para matar a un niño pequeño.

---

<sup>86</sup> Etcheberry (1997a) p. 68. Énfasis en el original.

No hay razones en contra y sí en cambio a favor de adoptar el modelo de la intención, sin la limitación de la existencia del objeto extensional. Entendiendo que la razón por la que la tentativa es punible es la lesión a la validez de la norma, a través de una acción que expresa que semejante norma no vale para quien la lleva a cabo –tal como lo hace la teoría de la expresión–, ya no cabe distinguir entre casos de C y otros casos de tentativa. Tanto el que dispara contra un cadáver como el que dispara contra un ser humano vivo manifiesta su intención de no regirse por la norma que prohíbe el homicidio. Esto lleva a una última defensa negativa que pueden realizar quienes continúan defendiendo una tesis (al menos en parte) objetiva. Quizás la intuición más extendida que lleva a desestimar las tesis subjetivas es que la apelación a la intención (que es lo que permite identificar cierto actuar como tentativa de un delito) abre las puertas a un derecho penal de la actitud interna, en que no se castiga el acto mismo, sino al individuo por sus pensamientos contrarios a derecho. Semejante temor es reforzado por la extendida aplicación que se dio a una variación del modelo subjetivo durante el régimen nazi, variación que efectivamente respondió a ideas de control y a un derecho penal de la actitud interna, propio de un estado policial.<sup>87</sup>

El razonamiento es que en los casos que componen C, la única forma de identificar que se trata de una tentativa es acudiendo exclusivamente a la

---

<sup>87</sup> Politoff, Matus y Ramírez (2004) pp. 374 y ss.

intención del autor. Ello porque de su solo actuar no se desprende inicio del quebrantamiento de norma alguna (inicio de realización del injusto objetivo).

Pero este argumento olvida que la identificación del tipo de delito imputable en la tentativa no puede hacerse sino con referencia a la intención del autor. Como bien explica Hart, en el derecho penal se tienen dos formas de identificar el tipo de delito imputable. Puede hacerse de forma directa, en los casos de consumación, al reconocer en la conducta la realización del tipo objetivo, requiriendo luego la identificación del injusto subjetivo (dolo o imprudencia) o puede hacerse de forma indirecta, por referencia a la intención del autor, en los casos de tentativa. Ello es evidente, toda vez que en la tentativa no existe realización del tipo. En estos casos, la intención juega un doble papel: fija lo que contaría como realización del injusto objetivo si es que tal intención se hubiese cumplido, y corresponde al injusto subjetivo requerido para la imputación.<sup>88</sup> Cuestionar la referencia a la intención para identificar el injusto objetivo que hubiera sido llevado a cabo, significaría cuestionar la punibilidad de toda tentativa.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Hart (1981) p. 163.

<sup>89</sup> Al respecto, Struensee (1992) p. 60, escribe: “[E]stas teorías siempre han fracasado, sin embargo, en que ellas no pueden describir de modo suficientemente preciso los elementos objetivos del tipo, independientes de la consciencia del autor, o en que los límites de punibilidad que se trazan no parecen plausibles”. Basta con pensar en el ejemplo de quien golpea a alguien hasta dejarlo en coma. La duda entre delito de lesiones consumado o tentativa de homicidio sólo se disipará si es que se hace referencia a la intención del autor.

El temor que existe en la doctrina, de utilizar tal referencia a la intención del autor está plasmado en Feuerbach:

“Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable de una tentativa de homicidio a cualquier bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino.”<sup>90</sup>

La intención de quien peregrina a la capilla fija lo que contaría como la realización de un homicidio, si rezar por la muerte de alguien efectivamente llevara a su muerte. Lo que resta por explicar, entonces, es por qué en semejante caso no sería reconocible la tentativa dentro de un modelo de la intención. La respuesta nuevamente se encuentra en la teoría de la expresión como fundamento de la punibilidad de la tentativa.

---

<sup>90</sup> Feuerbach (2007) p. 213.

## 2.2 Tentativa supersticiosa

Además de la distinción entre tentativa idónea e inidónea, usualmente se apela a una tercera categoría en el estudio de la tentativa: la tentativa supersticiosa o irreal.<sup>91</sup> Bajo esta tercera categoría cae el ejemplo de quien reza por la muerte de alguien o quien daña muñecos con el fin de infligir lesiones en otras personas. Esta categoría parece ser la que mayores problemas trae a los seguidores de la teoría subjetiva, en particular en Alemania donde sigue siendo mayoritaria. Con el fin de disipar estos problemas, manteniendo un esquema de la intención, Struensee defiende que los casos de la llamada “tentativa irreal” no serían realmente casos de tentativa. Para ello, comienza de la premisa de que todas las leyes causales que rigen el reconocimiento de relaciones causales concretas, integran el tipo objetivo. Ya que el contenido del injusto subjetivo se corresponde con aquél del tipo objetivo, y dado que el contenido del injusto subjetivo en la tentativa es idéntico al del delito consumado,<sup>92</sup> las leyes causales forman parte de la representación que ha de tener el autor para que su actuar pueda ser considerado tentativa.<sup>93</sup>

Por lo anterior, ejemplos como los dados al comienzo, en los que la representación de las leyes causales es ajena a la realidad, son casos en los que el propósito difiere al dolo de la consumación, que al ser el mismo que se

---

<sup>91</sup> Por todos, Garrido (2003b) p. 291.

<sup>92</sup> Así también lo reconoce –correctamente– Beling (2002) p. 135.

<sup>93</sup> Struensee (1992) pp. 59 y ss.

exige en la tentativa, lleva a que haya ausencia del injusto subjetivo. Así, se trataría de casos en los que no existe tentativa. Struensee los llama casos de causalidad putativa o tentativa nomológicamente inidónea, esta última, categoría que usa para no abandonar el concepto de tentativa, que es utilizado por la mayoría de la doctrina para tratar estos casos.

Efectivamente, en los casos de tentativa irreal se manifiesta por parte del autor un concepto de causalidad que no se atiene a una visión del mundo que sea reconocida por el derecho. Pero ello no es porque todas las leyes causales sean parte del tipo objetivo, integrando cada uno de los tipos de la parte especial. La razón por la que tales casos no han de ser considerados como una tentativa de delito, está en la teoría de la expresión: en semejante comportamiento no se manifiesta un déficit de reconocimiento de la norma que justifique la aplicación de la respectiva norma de sanción. En los casos antes tratados de tentativa inidónea existe un error, pero uno que se puede reconocer como particular a la interpretación de determinadas circunstancias. El error en el caso de la tentativa nomológicamente inidónea no está en la aplicación de una comprensión del mundo razonable, sino que recae en el marco mismo, en la visión del mundo que tiene quien actúa. Así, quien pone una cantidad de veneno insuficiente en la bebida de otro, con la finalidad de matarlo, conoce cómo es que funciona el veneno y que sus repercusiones en el organismo pueden llevar a la muerte. Su error está en la aplicación de tales conocimientos. Por otro lado, quien –para citar el paradigmático caso de la

aplicación ampliada del criterio subjetivo- tras besar a otra persona cree estar embarazada y con el fin de cometer un aborto come algunos terrones de azúcar, manifiesta una falta de comprensión del mundo tal que no admite ser reconocida. En este último caso la autora procede, parafraseando a Jakobs, de modo comunicativamente irrelevante.<sup>94</sup> Tal irrelevancia comunicacional se traduce en la ausencia del dolo requerido como presupuesto básico de reconocimiento de la tentativa.

El contraste entre estos dos casos permite dar luces respecto al muy discutido § 23.3 del StGB, que establece que “[s]i el autor, por grosera incomprensión, ha desconocido que la tentativa, según la clase de objeto sobre el cual debía ser cometido el hecho, o el medio con el cual debía serlo, no podía conducir en absoluto a la consumación, el tribunal podrá prescindir de la pena, o atenuarla, según su criterio”. Como correctamente nota Struensee, al hablar de tentativa, el numeral no puede estar refiriéndose a la tentativa nomológicamente inidónea, ya que se ha demostrado que en tales casos no se está frente a una tentativa, en los términos en los que está definida en el § 22. Tampoco se refiere a la distinción tradicional entre tentativa idónea e inidónea, porque, como ya se ha visto, tal distinción colapsa al ser sometida a análisis. Además, no toda tentativa considerada inidónea por el tradicional modelo de la interrupción es resultado de una “grosera incomprensión” (considérese el

---

<sup>94</sup> Jakobs (1991) p. 854.

disparo contra el cadáver de quien ha muerto hace poco en una posición tal que parece estar dormido).

El § 23.3 se refiere a una tentativa que, si bien tiene valor comunicativo dentro del derecho, por demostrar una comprensión del mundo relevante para éste, presenta un error de análisis de tal magnitud que llega a ser irrisoria. Así, la diferencia entre la causalidad putativa y la grosera incomprensión está en que la última demuestra que el autor tiene una comprensión del mundo que ha de ser tomada en serio, pero a la vez demuestra un monumental error en el análisis de las circunstancias particulares que justificaría acusar de grave negligencia al autor, a la hora de llevar a cabo su fin.<sup>95</sup>

No existe en el Código Penal chileno semejante atenuación de pena en caso de grosera incomprensión, mas, la diferencia entre ese error y la noción de causalidad putativa todavía puede realizarse, dejando a la última fuera del ámbito de la tentativa. Con ello cae el último de los bastiones de las teorías objetivas: el temor a que la aplicación del modelo de la intención lleve a una ampliación de la tentativa hacia la punibilidad de representaciones que “pertenecen sólo al mundo de la fábula y la fantasía”.<sup>96</sup>

### **2.3 Imputación jurídico penal a título de tentativa**

---

<sup>95</sup> Así, Jakobs (1991) p. 866.

<sup>96</sup> Struensee (1992) nota 64.

No quedan razones para defender una tesis objetiva de la tentativa y el modelo de la interrupción. Es el modelo de la intención el que permite una mejor comprensión y aplicación de la tentativa a casos concretos, por lo que es el que se adoptará. Como se explicó,<sup>97</sup> para la adscripción de responsabilidad penal lo primero que debe verificarse es que una persona no omitió lo que la norma prohibía o no realizó lo que requería. Ahora, esta sola verificación no basta, ya que se requiere además que el sujeto haya estado en posición de omitir o realizar lo prohibido o requerido por la norma.

En el caso de la tentativa, la primera verificación no resulta posible, toda vez que lo que la caracteriza es que no cuenta como instancia de un tipo de acción prohibida o requerida por la norma. En la tentativa lo que existe es una actitud subjetiva del agente que da cuenta de que no considera la norma como razón para la acción. Esta actitud subjetiva se presenta en un actuar bajo una representación que, si hubiera sido acertada, habría contado como instancia de un tipo de acción descrito por la norma prohibitiva. Esta representación errónea de las circunstancias implica que no existe objetivamente una necesidad práctica de omitir la acción. Ahora, el que dicha necesidad práctica objetiva no exista, en ningún caso elimina la necesidad práctica subjetiva de omitirla.

Lo que debe verificarse en la tentativa es la representación que el sujeto tenía de las circunstancias que rodeaban su acción. Pues si se constata que

---

<sup>97</sup> *Supra*, pp. 5 y ss.

éste creía que existía la oportunidad para que su actuar ejemplificara un tipo de acción prohibida y que tenía la capacidad física para evitar actuar, entonces se constata que el sujeto no reconoce la norma como razón para la acción. Esta verificación de la representación que tenía el sujeto de las circunstancias que deberían llevarlo a evitar actuar, es lo que en el modelo propuesto se corresponde con la noción de dolo eventual<sup>98</sup> como forma básica de dolo para la determinación de la capacidad cognitiva de evitación de la acción que ejemplifica el tipo de acción prohibida por la norma.

El dolo es acá entendido como “(...) una valoración de la situación que a un ciudadano fiel al Derecho le obliga a formarse activamente la intención de evitar una realización del tipo penal.”<sup>99</sup> De esta forma, si una persona se representa que bajo las sábanas de una cama está durmiendo un ser humano vivo, se lo representa con un grado de probabilidad tal que para una persona fiel a la norma sería necesario formarse la intención de evitar disparar contra lo que está bajo las sábanas, y sin embargo dispara, demuestra un déficit de fidelidad al derecho, independiente de si lo que había bajo las sábanas era un ser humano vivo o un cadáver. A diferencia de la aplicación de la noción de dolo en la consumación, en la que lo que debe verificarse era el conocimiento

---

<sup>98</sup> En el presente trabajo se adopta una teoría cognitivista del dolo, que entiende como innecesaria cualquier referencia a elementos volitivos para la delimitación de la figura básica del dolo como mínimo suficiente para la imputación subjetiva. Kindhäuser (2005) pp. 47 y ss. Para una reconstrucción de la discusión entre teorías cognitivas y volitivas del dolo, véase Ragués (1999) pp. 53 y ss.

<sup>99</sup> Kindhäuser (2005) p. 53.

que tenía el sujeto de las circunstancias que efectivamente están dadas, en la tentativa la verificación deberá atender a las circunstancias que el sujeto cree que existen al momento de actuar y si es que éstas, de haber sido verdaderas, implicaban para el sujeto un deber de formarse la intención de evitar su acción.

## **SEGUNDA PARTE**

### **3. EL TIPO DEL HURTO**

#### **3.1 Concepto de apropiación y sustracción**

El artículo 432 requiere una apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse. Lo primero que debe decirse sobre el concepto de apropiación es que éste, a pesar de no ser independiente a la regulación de la propiedad en materia civil, no puede depender de lo que civilmente se entiende por apropiación (título traslativo de dominio, unido a un modo de adquirirlo). Mientras la posición del dueño es una reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, quien se apropia de un bien mueble ajeno, cometiendo un delito contra la propiedad, no se encuentra en semejante posición (de ahí que la posibilidad del dueño de reivindicar los objetos que le pertenecen permanezca intacta).<sup>100</sup> La razón por la que el concepto de apropiación no es independiente de lo que se establece a su respecto en la regulación civil es que el autor ha de comportarse tal como si tuviese un derecho de propiedad sobre la cosa. Su pretensión de exclusividad sobre la cosa, propia del derecho de dominio, es la que se reconoce en quien se

---

<sup>100</sup> Etcheberry (1997b). p. 296.

apropia, en términos del art. 432. Como lo define Kindhäuser, “(...) apropiación es un acto a través del cual el autor toma en posesión en nombre propio una cosa ajena con la pretensión de disponer exclusivamente sobre ella excluyendo a otros.”<sup>101</sup>

Como dicha toma de posesión en nombre propio de algo ajeno no está reconocida por el derecho, su identificación trae aparejada diversos problemas de índole probatorio que exceden los límites del presente trabajo.<sup>102</sup> Lo importante es comprender que, mientras persista el reconocimiento de propiedad ajena (ya sea porque el autor pretende devolver la cosa, como en el hurto de uso, o porque nunca quiso apropiársela, sino sólo destruirla, como en el daño), no se podrá reconocer apropiación y, por ello, no habrá hurto.

El desconocimiento que el autor hace del reconocimiento de dominio del titular sobre la cosa está dado por la expropiación de ésta. Será necesario quebrantar la custodia ajena establecida sobre la cosa: el autor siempre deberá “sacar” el objeto de la custodia ajena.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Kindhäuser (2002) p. 55.

<sup>102</sup> Tal como lo plantea Kindhäuser (2002) pp. 55 ss., para la percepción externa de la apropiación hay que reconocer indicios que permitirán identificar la pretensión de exclusividad y falta de reconocimiento del dominio del titular, por parte del autor.

<sup>103</sup> Con respecto a la sustracción como parte necesaria de la apropiación en el hurto, Yáñez propone “(...) entender la apropiación como un simple *hacer suyo*, independiente de la forma en que se haga, distinguiéndolo del *sustraer*, que implica acción positiva de sacar lo que antes no era suyo, concepción incompatible con la figura de apropiación indebida.” (Énfasis en el original). Efectivamente, el art. 470 N° 1 también utiliza el concepto de apropiación, llevando a Yáñez a la conclusión de que en el hurto el concepto de apropiación deberá ser entendido de forma distinta, sin incluir la sustracción. Sin embargo no es necesario llegar a esa conclusión. Entendiendo

Una vez quebrantada la custodia, el autor constituye a su vez una nueva custodia. Esta dualidad expropiación / apropiación en el hurto abre la posibilidad de que, por contraste, existan las variantes de expropiación sin apropiación y de apropiación sin expropiación. El primer caso consiste en el llamado “hurto de uso”, no tipificado en nuestro Código Penal, mientras el segundo se corresponde con la apropiación indebida.

El reconocimiento de la extensión y límites de la custodia no es en ningún caso evidente. “El concepto de ‘esfera de custodia’ es abstracto, y su significación concreta variará en cada caso; de este modo, es posible que en ciertas circunstancias el poder de hecho sobre la cosa pueda adquirirse con la simple remoción (*amotio*) de la misma, pero ello no ocurrirá siempre y necesariamente.”<sup>104</sup>

La aproximación clásica en Chile al concepto de custodia<sup>105</sup> utiliza la metáfora espacial de “esferas de custodia”, refiriéndose a lo que se puede entender como cierto espacio en el que un sujeto ejerce su custodia sobre diversos bienes. Así, podría reconocerse que el bolso de un hombre es la

---

apropiación como la pretensión de dominio sobre la cosa, en ambos tipos el concepto es el mismo. La diferencia está en la forma en que se manifiesta la pretensión: dado que en la apropiación indebida la cosa ya se encuentra bajo la custodia del autor, la sustracción no es necesaria. En el hurto, en cambio, la única forma de apropiarse de la cosa es venciendo la custodia ajena, lo que se realiza a través de la sustracción. Yáñez (2009) p. 6. Sobre el problema de entender la apropiación indebida como delito contra la propiedad en caso de obligaciones de dinero y una propuesta interpretativa del art. 470 N° 1, Hernández (2005) p. 210 ss.

<sup>104</sup> Etcheberry (1997b) p. 297.

<sup>105</sup> Por todos, Yáñez (2009) p. 30.

esfera de custodia de las cosas que están dentro; su casa, una esfera mayor que contiene otros bienes y al bolso, y así sucesivamente. El problema de la metáfora espacial es que pierde de vista que la custodia no se corresponde con un espacio que pueda delimitarse como un campo de fuerza que rodea al sujeto y al o los bienes en cuestión. Más bien, la custodia es una relación fáctica entre un sujeto y un objeto, que puede reconocerse gracias a indicios, tales como la cercanía espacial; la utilización de espacios físicos, como mochilas o bolsas; la presencia de elementos de seguridad, como candados o cadenas. Estos indicios permitirán reconocer su existencia. Su extensión, por otro lado, estará dada por el –crucial– reconocimiento del momento en que se quebranta por completo, es decir, del momento de la consumación del delito de hurto.<sup>106</sup>

### **3.2 La apropiación como elemento normativo del tipo**

Un punto importante sobre el concepto de apropiación está relacionado con los alcances del dolo y la distinción entre elementos descriptivos y normativos

---

<sup>106</sup> Como se verá, la mayoría de la doctrina considera que el momento de la consumación del hurto es el de la destrucción de la custodia y creación de una nueva custodia ajena. La excepción a esta postura se encuentra en la teoría de la disponibilidad, la que reconoce que puede haber quebrantamiento de custodia sin consumación, por no existir todavía para el autor posibilidad de disponer del bien. Por esto, que el momento de la consumación estará dado por el momento en que la custodia se quebrante por completo implica negar la teoría de la disponibilidad. Véase, *infra* pp. 67 y 68.

del tipo, relacionándose el concepto de apropiación con esta última categoría. Los elementos descriptivos del tipo han sido usualmente definidos como aquéllos que son “(...) susceptibles de ser captados por los sentidos, es suficiente tener conocimiento de su identidad, no requieren de un razonamiento o valoración para aprehenderlos”,<sup>107</sup> mientras que los elementos normativos serían aquéllos que no pueden captarse simplemente por los sentidos, sino que requieren una valoración específica de quien los conoce. Si es que se aceptara esta caracterización, la apropiación sería un elemento normativo, ya que no bastaría con la observación de personas y cosas para saber si es que entre ellas existe una relación de propiedad, de tenencia o ninguna, sino que se requeriría criterios adicionales a la sola percepción para llegar a semejante conocimiento.

La importancia de esta distinción radicaría, bajo dicha caracterización, en sus consecuencias para el error. En el caso de que el error recayera sobre un elemento descriptivo del tipo, se estaría ante un error de tipo, ya que dependería de la representación de los hechos, de acuerdo a la percepción del autor. Por otro lado, si recayera sobre un elemento normativo del tipo, se estaría ante un error de prohibición, ya que consistiría en una equivocada valoración (jurídica) de los hechos.

---

<sup>107</sup> Garrido (2003b) p. 53.

La dificultad radica en que la distinción entre elementos descriptivos y normativos no es para nada evidente. Para reconocer que una persona es menor de 14 años, en el sentido del artículo 362, no basta con la percepción sensorial, aunque ésta resulta en cualquier caso útil. Se necesita también manejar el concepto de edad y cómo se calcula. En este sentido, no es la distinción entre elementos descriptivos y normativos la que permite diferenciar entre error de tipo y error de prohibición (o, “error de hecho” y “error de derecho”), distinción que ciertamente admite ser objeto de críticas.<sup>108</sup> Incluso si se colapsara la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo, todavía podría distinguirse entre un error que recae en las circunstancias de hecho de un error que recae en el sentido de determinados elementos de la descripción típica.

Quien yerra acerca de la edad de una persona, por parecer mayor, cree que existen circunstancias que permiten que el predicado “menor de 14 años” no sea aplicable en este caso. El error en las circunstancias que hace creer aplicable un determinado elemento de la descripción típica que no es objetivamente aplicable (o viceversa) a dichas circunstancias es un error de tipo. Por otra parte, quien yerra acerca de la edad de una persona por creer que ésta se calcula según el año de ingreso a la educación primaria y no según la fecha de nacimiento, no yerra en su representación de las circunstancias

---

<sup>108</sup> Jakobs (2009). Criticando la tesis de Jakobs, pero admitiendo dificultades en la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo si es que se entiende la distinción como indicativa de un dualismo ontológico, Mañalich (2011) pp. 102 y ss.

objetivamente dadas, sino que se equivoca en el sentido del elemento típico que está aplicando a tales circunstancias: no entiende lo que es un menor de 14 años (ya que no entiende correctamente el concepto de “edad”). En este caso, se trata de un error de prohibición.<sup>109</sup>

El error de tipo, por tanto, recae en las “circunstancias fácticas de las cuales depende (objetivamente) la antinormatividad del hecho”,<sup>110</sup> y consiste en la representación –errada- de que determinadas circunstancias fácticas permiten la satisfacción de las condiciones de verdad de una proposición. Por su parte, el error de prohibición recae en el conocimiento de la antinormatividad del hecho. Lo que se ignora no es que en un caso particular se satisfacen las condiciones de verdad de una proposición, sino que se ignora el sentido de la proposición.

A la inversa, el error puede igualmente recaer sobre presupuestos fácticos o normativos que hacen creer que se está cometiendo un delito. En el caso del error en presupuestos fácticos, se trata de una tentativa; en el caso de error en presupuestos normativos, un delito putativo. Desde el punto de vista del hurto, habría que distinguir entre estos dos casos:

---

<sup>109</sup> Kindhäuser(2010) pp. 157-8.

<sup>110</sup> Mañalich (2011) p. 105.

1. A observa su celular, creyendo que es el de B, uno idéntico al suyo. Aprovechando que B se encuentra en otra habitación, A sustrae el celular.

2. C cree que al utilizar algo sin pedirlo prestado a su dueño se apropia de ello. Atrasado a una importante reunión, C observa la bicicleta de D apoyada a un poste en la vereda. Consternado por lo que piensa hacer, pero sabiendo que un atraso le costará el empleo, saca la bicicleta de D y la utiliza para llegar a la reunión. Después de 2 horas, devuelve la bicicleta al lugar donde la encontró.

En el primer caso, A se encuentra bajo un error de referencia, es decir, desconoce que ese celular le pertenece y no es ajeno. En el segundo caso, en cambio, C sabe que la bicicleta es ajena y tiene perfecto conocimiento de que la está sustrayendo sin el consentimiento de su dueño, para utilizarla. Lo que C desconoce no se refiere a los hechos, sino al concepto mismo de apropiación: no entiende su sentido. Su error sobre el sentido del concepto de apropiación, contenido en el tipo, lo hace aplicarlo al caso particular, creyendo que está

realizando un hurto cuando en realidad continúa reconociendo dominio ajeno.<sup>111</sup>

### 3.3 Ánimo de lucro

En el binomio de delitos contra el patrimonio y contra la propiedad, la exigencia establecida en el tipo de hurto, de que la apropiación se realice con ánimo de lucrarse, resulta anómala, ya que parece apuntar a que la apropiación se realice con la finalidad de lograr un beneficio patrimonial. Ello no es así, ya que el hurto puede sin problemas recaer sobre objetos que carecen objetivamente de valor de mercado.<sup>112</sup> Es por lo anterior que se ha dicho que la exigencia de ánimo de lucro debe entenderse como un componente del ánimo de apropiación,<sup>113</sup> como tendencia interna trascendente de aprovechamiento.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> El actuar de C es constitutivo de hurto de uso.

<sup>112</sup> El presente trabajo asume una postura a favor de un concepto funcional de patrimonio, (Véase Kindhäuser (2002) p. 32.). Bajo este concepto, se asume el punto de vista del titular del bien para determinar el “valor” de éste, permitiendo así que cosas que carecen de valor de mercado sean en todo caso consideradas como parte del objeto de protección de las normas que establecen los delitos contra la propiedad (un bien de escaso valor en el mercado, que incluso le reporte pérdidas a su dueño, es igualmente objeto de protección de la norma que tipifica el delito de hurto).

<sup>113</sup> Politoff, Matus y Ramírez (2004) p. 306; Zugaldía (1988) p. 42 y ss. Desde la posición contraria, Garrido (2008) nota 40 y pp. 170-1 y Etcheberry (1997b) pp. 305 ss., quienes plantean que no debe entenderse al ánimo de lucro como parte de la exigencia subjetiva del ánimo de apropiación, sino como un aprovechamiento particular de cualquier tipo, que sea económicamente apreciable. Su conclusión muestra una confusión entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio, en parte derivada del hecho de que la pena en el hurto se gradúa conforme al valor de la cosa sustraída (lo que no necesita llevar a dicha conclusión, considerando que en todo caso la variante de hurto falta no establece un monto mínimo de valor para la

Ésta será la intención reconocible en la realización del tipo de hacerse de la cosa como señor y dueño.<sup>115</sup>

### 3.4 Momento de la consumación

Existen cuatro teorías tradicionales. La primera teoría, de la *contractatio*, establece que basta el contacto físico del autor con la cosa (tocarla) para que el delito esté consumado. Luego se encuentran la teoría de la *amotio*, que exige que el objeto sea removido del lugar donde está y trasladado a otro distinto, la de la *ablatio*, requiere que la cosa sea sacada del lugar físico en el que se encuentra y la de la *illatio* que establece la consumación al momento en que la cosa arriba al lugar que el autor se proponía.<sup>116</sup> A éstas se suma la teoría de la disposición, propuesta por Mario Garrido,<sup>117</sup> estableciendo que se da la consumación “(...) cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de

---

cosa). Etcheberry en particular defiende su postura utilizando el caso de quien sustrae para destruir posteriormente, recibiendo un provecho psicológico del hecho de destruir algo ajeno. En su ejemplo parece confundir qué se entiende como ánimo de apropiación, pues, en el caso que propone, precisamente el autor no se ve a sí mismo como dueño, sino que continúa reconociendo dominio ajeno (de ahí el placer que recibe al destruirlo). Mientras persista este reconocimiento, no existirá apropiación (y, por lo tanto, tampoco habrá aprovechamiento). El ejemplo planteado es un claro caso de daños, que corresponde a un delito de expropiación sin apropiación correlativa.

<sup>114</sup> Mañalich (2009) p. 92.

<sup>115</sup> Esto lleva a que, en caso de que el autor sustraiga la cosa con la intención de apropiársela, pero luego se arrepienta y la destruya, se tendrá un concurso aparente entre hurto y daños, que se resuelve a favor del primero, dada la cláusula de subsidiariedad establecida en el art. 488.

<sup>116</sup> Por todos, Politoff, Matus y Ramírez (2004) p. 309.

<sup>117</sup> En Alemania esta teoría encuentra su símil en la tesis postulada por Kahlo (2000) pp. 144 y ss., quien plantea las consecuencias específicas que tendría para el caso de hurto en establecimientos de autoservicio, en los que defiende la hoy mayoritaria jurisprudencia en Chile, de que la consumación se logra al momento de traspasar la línea de las cajas.

ejerger esa facultad [de disposición], cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena (...), siquiera por un instante”.<sup>118</sup> Ella, como ha sido reconocido por la doctrina,<sup>119</sup> tiene el problema de establecer la consumación en un momento excesivamente tardío, confundiendo consumación con el agotamiento del delito. Como explica Bascuñán, “semejante construcción erosiona la base de la distinción sistemática entre delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena y delitos de apropiación sin ruptura de la custodia ajena. Tratándose de los primeros, el aspecto objetivo del acto de arrogación del contenido de poder correlativo a la posición jurídico formal de propietario consiste en la ruptura y constitución de custodia”.<sup>120</sup> En el hurto, los actos posteriores al momento de la ruptura y constitución de custodia serán parte del agotamiento del delito y no de su consumación. El requerimiento de posibilidad de disposición como marca de éxito para la consumación es uno propio de delitos de apropiación sin ruptura de custodia ajena.

Además de los problemas particulares a la teoría de la disponibilidad, todas las posturas antes señaladas presentan una característica en común: una generalización excesiva que ignora que la custodia sobre la cosa es una relación fáctica, reconocida y dotada de sentido tanto por reglas sociales como de orden jurídico. Como reconoce Oliver, “(...) en la determinación de la existencia de una relación de custodia sobre una cosa no sólo pueden influir

---

<sup>118</sup> Garrido (2008) p. 175. Igualmente a favor de esta teoría, Novoa (2005b) pp. 125-6.

<sup>119</sup> Politoff, Matus y Ramírez (2004) p. 310; Yáñez (2009) p. 23 y nota 44.

<sup>120</sup> Bascuñán (2004) p. 300.

consideraciones descriptivas (espaciales), sino también normativas (jurídicas y culturales).<sup>121</sup> Por lo anterior, la determinación del momento de la consumación del hurto variará según las circunstancias, que cambiarán según la extensión del enclave de custodia y la forma en que éste se ejerza. Lo que se deberá determinar es cuándo, tras su proceso de sustracción, “el autor del hurto comienza a ejercer una relación fáctica de dominación de la cosa, que es expresión de su voluntad de dominación, que tendría que ser vencida por el anterior detentador de la cosa, para disponer sobre ella”.<sup>122</sup> Será distinto, entonces, si la acción recae en un objeto sobre el que existe un menor nivel de vigilancia (i.e. que está al alcance de cualquier persona, por ejemplo, a causa de confianza, como los objetos que se encuentran dentro de una casa a la que una persona ha sido invitada), que si se ejerce sobre objetos que se guardan con mayor celo, como es el caso en que se cuenta con guardias, cámaras de seguridad y alarmas.

El análisis de la extensión y forma en que se ejerce la custodia permitirá determinar el momento de la consumación, que se dará cuando el autor venza por completo el control pretendido por el titular. Así, y a modo de adelanto de la discusión que se verá al final de este trabajo,<sup>123</sup> quien sustrae y esconde un producto de un local comercial, logrará quebrar la custodia del titular si es que no es detectado al momento de hacerlo por alguno de los instrumentos de

---

<sup>121</sup> Oliver (2013) p. 136.

<sup>122</sup> Bascuñán (2003).

<sup>123</sup> *Infra*, pp. 92 y ss.

seguridad con los que tal local cuenta. Si es que, por ejemplo, su sustracción fuera detectada por los guardias de seguridad que lo esperan y detienen al pasar junto a ellos, habrá debilitado, mas no quebrado la custodia.<sup>124</sup> Debilitado, porque estando el hurto en proceso el autor ha establecido cierto nivel de custodia sobre el bien, pero éste sigue estando bajo control de los guardias, es decir, sigue bajo una custodia cuya existencia es ignorada por el autor. En este segundo caso, no podría hablarse de consumación, sino sólo de tentativa.

La pregunta, en tal caso, de si se trata de tentativa inacabada o acabada (delito frustrado) dependerá en parte de la posibilidad de aplicar esta última categoría al hurto, lo que es negado por la mayoría de la doctrina, al clasificarlo como un delito de actividad.<sup>125</sup>

Este punto tiene radical importancia, toda vez que el artículo 494 bis que sanciona el hurto-falta reconoce en su inciso segundo la posibilidad de que la

---

<sup>124</sup> Como lo reconoce Sánchez-Ostiz (2001) notas 20 y 21, la doctrina y jurisprudencia alemana llegan a una conclusión diferente en el caso de una persona que sustrae y esconde la cosa en un “espacio reservado” (*Tabusphäre*, literalmente: esfera tabú), como un bolsillo de su pantalón o bolso. En este caso se reconoce un quiebre total de la custodia. Esto muestra el carácter relativo que tiene el reconocimiento de los enclaves de custodia, dependientes de consideraciones socio-culturales. En el caso alemán, la estricta reserva que se tiene respecto a la privacidad y el espacio personal justifican que, a pesar de que la persona esté siendo vigilada, la custodia se considere quebrantada cuando el objeto se esconde en un “espacio reservado”.

<sup>125</sup> Yáñez. (2009) pp. 11 y ss.; Oliver (2013) pp. 136 y ss.; Hernández (2007) p. 6 y Etcheberry (1997b) pp. 295 y ss. El último, a pesar de no pronunciarse expresamente. Incluso si es que el hurto fuera un delito de actividad, ello no implica descartar la posibilidad de que exista hurto frustrado, toda vez que se acepte que los delitos de actividad pueden darse en grado de frustrados. Véase, *infra* pp. 79 y 80.

falta se encuentre frustrada. Lo anterior abre las puertas a tres posibles interpretaciones: la mayoría de la doctrina está equivocada al clasificar al hurto como delito de actividad; el hurto es un delito de actividad, pero ello no obsta a la posibilidad que se de en calidad de frustrado; el legislador cometió un error al establecer una pena específica a la tentativa acabada de hurto, por lo que el inciso segundo debiese ser ignorado. Ya que la tercera interpretación no resulta compatible con una visión del sistema jurídico que sea fiel a la legislación y que se comprometa con una interpretación útil, vale la pena explorar la distinción entre delitos de actividad y de resultado, para dilucidar a qué categoría pertenece el hurto.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Oliver (2013) pp. 125-6, plantea una cuarta posibilidad, consistente en entender que “frustrada” en el art. 494 bis. se utiliza en un sentido distinto del que se utiliza en el art. 7. Apoya su interpretación en el hecho de que el art. 7 habla de crimen o simple delito, mientras que el art. 494 bis tipifica una falta. Así, “frustración” en el art. 494 bis significaría “tentativa”, en los términos del art. 7, ya que no sería posible un hurto frustrado. La plausibilidad de esta posibilidad dependerá, por supuesto, de que efectivamente un hurto frustrado sea imposible. Si ello no es así, no existe justificación para entender una misma palabra en dos sentidos distintos.

#### 4. DELITOS DE ACTIVIDAD Y DELITOS DE RESULTADO

Tradicionalmente la doctrina ha coincidido en asumir la existencia de la distinción entre delitos de actividad y de resultado. El acuerdo general se detiene en ese reconocimiento. Diversas definiciones de ambos conceptos se han esbozado, dando cuenta de una intuición común que existe sobre cuál es el criterio diferenciador entre ambos tipos de delitos.

Tal intuición parece atender a que en los delitos de resultado se reconoce un evento “material” como consecuencia causal de la acción, el que podría llegar a acaecer en tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción descrita por el tipo en cuestión. Esto se puede ver a propósito del delito de homicidio (considerado como ejemplo paradigmático de delito de resultado). Si A dispara su arma contra B en un tiempo  $t_1$ , causando su posterior muerte por desangramiento en un tiempo  $t_2$ , A ha finalizado la ejecución de su acción en  $t_1$ ,<sup>127</sup> a pesar de que al momento de disparar (i.e. al momento de jalar el gatillo),

---

<sup>127</sup> Existe discusión en el contexto de la filosofía de la acción sobre si efectivamente el “disparar contra B” (*the shooting*) y el “matar a B” (*the killing*) son descripciones de la misma acción. La disputa, presentada por Bennett (1988) p. 198, se centra en dos argumentos. El de la *actio praecox*, que defiende que una acción no puede estar finalizada antes de que el resultado que la describe se verifique y el del *no further effort* que, en contra del argumento de la *actio praecox*, afirma que se puede decir que

la muerte de B no se haya producido. Así, B muere en tiempo y lugar distintos de aquéllos en que la acción de A fue ejecutada.

La distinción entre delitos de actividad y delitos de resultado parece clara en el ejemplo del homicidio, mas dista de serlo. Atender a elementos materiales (o físicos) como criterios de distinción, (tales como el que exista “una alteración física en el mundo exterior”,<sup>128</sup> que la acción ejecutada sea previa<sup>129</sup> o que la acción ejecutada pueda ser entendida como causa y el resultado como efecto<sup>130</sup>) trae aparejada una serie de problemas.

Esto lo nota Roxin, que llega a la poco feliz conclusión de que la distinción atiende a una cuestión de hecho.

---

una acción está finalizada, si es que ya no le queda al agente nada más por hacer. La solución propuesta por Bennett, basada en la fuerza del argumento del *no further effort*, va por el camino de introducir la noción de consumación. Es correcto decir que la ejecución de la acción de A de matar a B está terminada cuando A finaliza el disparo, a pesar de que B no esté muerto, porque lo que resta no es la acción de A, sino que dicha acción adquiera una particular propiedad (que se consume, en los términos de Bennett): que efectivamente B muera. El que un evento cambie o adquiera una propiedad en el tiempo no tiene nada de extraño: “(...) it is like ‘In 1949 the ex-actor who occupies the White House was living in California but wasn’t yet an ex-actor.’” Asimismo, Mañalich (2014) pp. 16 y ss. y nota 60. Un análisis exhaustivo acerca de este problema se encuentra en Lombard (1978).

<sup>128</sup> Novoa (2005a) p. 246.

<sup>129</sup> “(...) debe observarse que el problema de la relación causal debe plantearse entre una **acción** (suponemos previamente, en consecuencia que ha existido un comportamiento y una voluntad finalista) y un **resultado**.” (Énfasis en el original). Etcheberry (1997a) p. 187.

<sup>130</sup> “*Acción y resultado* son cosas distintas, como que una es la *causa* y el otro el *efecto*.” (Énfasis en el original). Cury (2005) p. 263.

“Hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones (§ 223) son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra.”<sup>131</sup>

Siguiendo con su razonamiento, Roxin tendría que afirmar que si es que se intenta abofetear a otra persona sin acertar el golpe, se estaría ante una tentativa inacabada de lesiones, ya que sólo en los delitos de resultado existe la posibilidad de tentativa acabada,<sup>132</sup> solución que resulta a lo menos poco intuitiva, considerando que en el caso del que tira una piedra sin acertar podría sin más reconocerse tentativa acabada.<sup>133</sup>

Similares problemas se pueden encontrar al intentar plantear la distinción desde el punto de vista de que la acción produciría como resultado cambios espacio-temporalmente diferenciados de ésta<sup>134</sup> en el mundo.

---

<sup>131</sup> Roxin (1997) p. 329.

<sup>132</sup> “[E]n ellos [los delitos de actividad] también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito.” Roxin (1997) pp. 328-9.

<sup>133</sup> El § 223 del Código Penal alemán prevé 2 variantes del delito de lesiones, el maltrato corporal y el daño a la salud. Roxin podría estar refiriéndose a esta primera variante cuando afirma que una bofetada consistiría en un delito de actividad. Incluso aceptando que Roxin se refiere, más que a una cuestión acerca de la forma de ejecución del tipo en un caso particular, a la descripción típica del delito de lesiones contenida en el StGB (que en todo caso consistirían en un delito de resultado, véase *infra* pp. 76 y ss.), las conclusiones acá expuestas siguen siendo las mismas.

<sup>134</sup> Acá, lo importante está en la noción de un cambio “espacio-temporalmente diferenciado”. Siempre un delito de resultado producirá un cambio: una modificación perjudicial. El punto está en dilucidar si es que se puede reconocer delitos que

Dada la imposibilidad conceptual en el hurto de separar la acción del autor de la sustracción requerida en el tipo (su resultado, como se verá más adelante), bajo esta concepción de la distinción de delitos de actividad y de resultado, el hurto cae inevitablemente bajo la primera categoría. “Es indudable que la conducta de apropiación tiene *efectos* que podrían sugerir la presencia de un resultado (...). Pero para que esos efectos técnicamente constituyan un resultado típico se requiere que, además de ser exigidos por la ley, sean *distinguibles y separables* de la conducta misma.”<sup>135</sup> En efecto, como reconoce Hernández, si se mira a la acción realizada como, por ejemplo, el movimiento de la mano al tomar un objeto y dejarlo en un bolsillo, el acto de apropiarse es indistinguible del movimiento corporal. La pregunta es si debiera observarse lo realizado para distinguir entre delitos de actividad y resultado, considerando los problemas antes mencionados que acarrea este enfoque. Éstos aparecen cuando se confunden categorías, aplicando la distinción entre actividad y resultado a lo realizado en vez de aplicarla a la descripción, en este caso, el tipo. De ahí que resulta más preciso utilizar las categorías de tipos de delito de actividad y resultado.

---

produzcan una modificación perjudicial como resultado, sin que ésta sea una modificación espacio-temporalmente diferenciada. Resulta pertinente advertir que el concepto de modificación perjudicial no se corresponde con el concepto de lesión. Así, los delitos de peligro, en la medida en que sean reconocidos como delitos de resultado, igualmente generan una modificación perjudicial.

<sup>135</sup> Hernández (2007) p. 7. (Énfasis en el original).

Un tipo de delito de resultado, entonces, “(...) especifica un estado cuya producción, destrucción, prevención o preservación constituye el *resultado* de cada acción que ejemplifica el correspondiente tipo de acción. Ello quiere decir, empero, que semejante resultado no constituye un componente de la acción en cuestión, sino sólo de su descripción.”<sup>136</sup> Esta descripción contenida en el tipo especifica una acción que concluye con una modificación, producción o destrucción de un determinado estado. Por contraste, la descripción de actividades no incluirá la referencia a una modificación, producción o destrucción de un determinado estado.

#### 4.1 Acciones y actividades

La caracterización anterior de tipos que describen acciones se corresponde con el trabajo hecho por Zeno Vendler<sup>137</sup> para distinguir entre descripciones (usos de los verbos) de lo que llama “términos de actividad” y “términos de resultado”.<sup>138</sup> Los primeros, consisten en procesos cuya descripción no

---

<sup>136</sup> Mañalich (2014) p. 16.

<sup>137</sup> Vendler (1974) pp. 97 y ss.

<sup>138</sup> Tanto Vendler (1974) como Kenny (2003) p. 120 y ss., que posteriormente trata el mismo tema, ponen el énfasis de su análisis en tipos de verbos, entendiendo que son los verbos en sí mismos los que ejemplifican actividades, acciones o estados. Es por esto que en la terminología original de Vendler se habla de términos de actividad (*activity terms*) y términos de resultado (*accomplishment terms*). Como evidencia Mourelatos (1978) pp. 418 y ss., esta comprensión tiene falencias. Hace notar que la distinción no es entre verbos sino entre aspectos verbales, esto es, cómo ciertas propiedades de los verbos denotan el comportamiento de una acción, actividad o

requiere del cumplimiento de nada más que la realización del proceso mismo. Dentro de este grupo se encuentran verbos como correr o manejar. Los segundos describen procesos que requieren un resultado. Así, mientras de quien está manejando se puede predicar que ha manejado, quien está en proceso ganar una carrera, no la ha ganado.<sup>139</sup> Los estados, por último, no pueden ser calificados como acciones aunque se caracterizan por perdurar en el tiempo. A pesar de adquirirse conforme a cambios, no se desempeñan de forma dinámica en lapsos de tiempo. Por ello, una oración como “entre jueves y viernes estaré sabiendo álgebra” no tiene sentido.<sup>140</sup>

Para los efectos de la distinción entre tipos de actividad y de resultado, habrá que enfocarse en la distinción entre actividad y acción. Con diferente denominación, pero desde el mismo punto de vista, Kenny explora la diferencia.

---

estado en el tiempo. Por ello se ha decidido modificar la terminología original, utilizándose “actividad” y “acción”.

<sup>139</sup> De ahí que se suele decir, de quien va primero en la carrera “va ganando”. Sólo si el resultado ya se presenta como inevitable comienza a tener sentido la expresión “ya ganó”, utilizada antes de la llegada del competidor en cuestión a la meta. Véase *supra* nota 127.

<sup>140</sup> Esta falta de desempeño dinámico en el tiempo es lo que caracteriza, por ejemplo, a los delitos de posesión. Utilizando el mismo ejemplo, tampoco tiene sentido decir “entre jueves y viernes estaré poseyendo un libro”. Este punto es pasado por alto por Cox quien clasifica a los delitos de posesión como delitos de actividad. Una crítica a este planteamiento se encuentra en Mañalich (2014) nota 47.

“For some of these verbs, any statement of the form “A is  $\phi$ ing” implies a statement of the form “A has not  $\phi$ d”; for others it does not. For instance, if a man is building a house, he has not yet built it”.<sup>141</sup>

La diferencia entre actividades y acciones radica en la condición de homogeneidad que cumplen las primeras y que no cumplen las segundas. Ésta se puede explicar de la forma que sigue: quien realiza una actividad entre tiempo  $t_1$  y  $t_3$ , la ha realizado igualmente en el tiempo  $t_2$ ,<sup>142</sup> mientras quien inicia una acción en tiempo  $t_1$  que culmina con un determinado evento en  $t_3$ , no ha realizado el resultado (no se ha dado el evento) en el tiempo  $t_2$ . Estando ante una actividad, una vez iniciado el proceso, éste ya se encuentra consumado, en el sentido de que ya se ha realizado la actividad descrita, aunque sea sólo por un instante.

La distinción planteada por Vendler y Kenny da luces acerca de la distinción entre tipos de delito de resultado y de actividad. La acción descrita por un tipo de delito de resultado es susceptible de ser descrita como la acción productiva o destructiva de un determinado resultado. Dicho resultado cuenta como la “marca de éxito” de la acción, marca exigida por el tipo. La actividad descrita por un tipo de delito de actividad, en cambio, no incluye la producción o

---

<sup>141</sup> Kenny (2003) p. 121.

<sup>142</sup> “If it is true that someone has been running for half an hour, then it must be true that he has been running for every period within that half hour.” Vendler (1974) p. 101.

destrucción como resultado. Ella se completa al realizar la actividad, sin que se requiera modificación ulterior alguna. Esto quiere decir que, en un delito de actividad, si es que “el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma”,<sup>143</sup> éste se consumará, salvo que –como se verá más adelante<sup>144</sup>– haya sido imposible la consumación desde el principio.

Lo anterior explica por qué se ha negado la posibilidad de una tentativa acabada en delitos de actividad. Si es que se observa desde el punto de vista del desistimiento, hay una imposibilidad de desistimiento activo en el caso de que el tipo describa una actividad. La tentativa acabada de un delito de actividad no puede ser susceptible de desistimiento, porque si el autor ha creído poner de su parte todo lo necesario para que el delito de actividad se consuma, entonces asumirá que el delito se consumó, representación que es incompatible con la representación de la existencia de una posibilidad de impedir la consumación, propia del desistimiento. Si, por otra parte, notó la imposibilidad de consumación, entonces ya se habrá representado su actuar como fallido y, por lo tanto, no susceptible de desistimiento.

Quien desee evitar la realización de una actividad sólo debe abstenerse de comenzar a realizarla, ya que una vez comenzada ésta ya se habrá realizado y

---

<sup>143</sup> Art. 7, Código Penal.

<sup>144</sup> Véase *infra* pp. 89 y ss.

se seguirá realizando hasta que el sujeto se detenga.<sup>145</sup> Ahora bien, esta característica de los delitos de actividad no implica que sea imposible un delito de actividad en grado de frustrado. Una persona que, con la finalidad de tener “una noche memorable” se inyecta lo que cree ser alcohol en la sangre (tratándose, en realidad, de una solución salina) y sale a manejar inmediatamente después de administrada la dosis, pone “de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma” y las causas por las que el delito de manejo en estado de ebriedad no se consuma son efectivamente “independientes de su voluntad”. En este (y en todos los casos de delito de actividad frustrado) se está ante una “tentativa inidónea”, categoría ya tratada –y extensamente criticada– en la primera parte de este trabajo.

Por razones de extensión, no se ahondará en el análisis de los delitos de actividad frustrados. Ello, porque debe negarse la clasificación del hurto como un delito de actividad. La razón se encuentra en el verbo que se utiliza en el tipo, el verbo “apropiar”. Es el apropiarse de una cosa mueble ajena lo que exige el tipo para su consumación, lo que, como fue tratado anteriormente, requiere de un proceso que culmine con la constitución de una nueva custodia

---

<sup>145</sup> Es por esta característica que, en el caso de las actividades, al igual que los estados, la situación particular del sujeto al momento de seguir la norma es la que definirá si su deber es de actuar o de abstenerse, sin poder identificarse ya en la descripción típica, como sí ocurre en el caso de las acciones. Así, para seguir la norma que prohíbe la actividad de conducir en estado de ebriedad el sujeto deberá omitir manejar en tal estado o, en caso de ya encontrarse manejando, realizar la acción de detenerse. Esto es lo que Mañalich llama la opacidad silogística de ciertas normas. Mañalich (2014) pp. 12 y ss.

sobre el objeto, correspondiéndose con un resultado.<sup>146</sup> Esto lleva a clasificar al hurto como un delito de resultado.

Lo anterior no está exento de dificultades. En la próxima sección se analizará cómo es que puede reconocerse un resultado, a pesar de que éste no se corresponda con una modificación espacio-temporalmente diferenciada de la acción. Ello requerirá introducir una nueva distinción, entre descripciones causalmente complejas y constitutivamente complejas.

#### **4.2 Descripciones causalmente complejas y constitutivamente complejas**

Las acciones susceptibles de describirse como acciones productivas de un determinado resultado pueden ser de dos tipos, dependiendo de la relación que exista entre acción y resultado.

Considérense los números (3), (4) y (5) en el ejemplo que propone Goldman:

“Suppose that John does each of the following things: (1) he moves his hand, (2) he frightens away a fly, (3) he moves his queen to king-knight-seven, (4) he

---

<sup>146</sup> Así, utilizando los ejemplos explicados anteriormente, resultaría anómalo decir que alguien que se está apropiando de algo, ya se ha apropiado. Más bien, quien se está apropiando de algo, está en proceso de conseguirlo, mas aún no lo ha logrado.

checkmates his opponent, (5) he gives his opponent a heart attack, and (6) he wins his first chess game ever.”<sup>147</sup>

Ciertamente sería anómalo, en este caso, decir que el movimiento de la reina causa un jaque mate. En cambio, no hay problema en afirmar que el ataque cardíaco del oponente de John es causado por el movimiento de la reina. Esta particularidad se explica por la distinción entre dos tipos de descripciones; causalmente complejas, en las que se describe una relación causal entre acción y resultado, y constitutivamente complejas, en las que la relación entre acción y resultado depende de la existencia de ciertas reglas que permitan reconocer dicho resultado.<sup>148</sup>

En ambos tipos de descripciones lo que se llama “resultado” no es más que un elemento de una descripción más compleja de la misma acción:<sup>149</sup> la acción de John puede describirse como la del movimiento de la reina, la ejecución de un jaque mate o la que causó un ataque cardíaco.

---

<sup>147</sup> Goldman (1970) p. 1.

<sup>148</sup> Searle (2010) pp. 36 y ss.

<sup>149</sup> El reconocimiento de que en este caso se trata de una sola acción supone un compromiso con una tesis extensionalista para la individuación de acciones, la que, a diferencia de una tesis intensionalista, no reconoce acciones según tipos instanciados. Mañalich (2014) pp. 46 y ss., Searle, (1997) p. 36. *Cfr.* Goldman (1970), quien, a pesar de reconocer la distinción acá planteada, lo hace desde la vereda contraria, al considerar que diversas descripciones de lo que acá se considera una misma acción (A disparó contra B, A mató a B) serían en realidad diversas acciones. Para una crítica a la visión de Goldman, véase Bennett (1988) pp. 191 y ss. y Lombard (1978) pp. 350 y ss.

La diferencia entre clases de descripciones complejas de acciones, como ya se dijo, se refiere a la forma en que se relacionan las dos descripciones de la misma acción. En el caso de las descripciones causalmente complejas, ambas están en relación de causa y efecto, mientras que en el de las descripciones constitutivamente complejas, la relación no depende de reglas de causalidad, sino de una estructura institucional que permite el reconocimiento del resultado como tal. Así, sería imposible hablar de jaque mate si es que no existiera el juego del ajedrez y un conjunto de reglas que permiten reconocer cierto movimiento de un pedazo de madera con determinada forma (la reina, en este caso) como un jaque mate.

El reconocimiento de que el movimiento de cierto pedazo de madera, en el ejemplo del ajedrez, cuenta como un jaque mate, depende de la existencia de instituciones humanas que, a través de reglas, otorgan el estatus de jaque mate a ese movimiento en particular. Lo que permite el reconocimiento de este nuevo estatus asignado a un fenómeno es lo que Searle<sup>150</sup> llama un “hecho institucional”, cuya existencia es dependiente de las reglas que le otorgan dicho estatus, llamadas reglas constitutivas, las que “(...) crean la posibilidad misma de ciertas actividades”.<sup>151</sup> Es gracias a las reglas constitutivas que se puede reconocer que ciertos movimientos de piezas cuentan como jugar ajedrez o que en ciertos contextos alzar una mano cuenta como votar. En este caso no

---

<sup>150</sup> Searle (1997) pp. 49 y ss.

<sup>151</sup> Searle (1997) p. 45.

se trata de una relación causal entre la acción y el resultado: el que un representante levante la mano durante una votación no causa un voto. Dicha mano levantada puede describirse como la emisión de un voto gracias a determinadas reglas que permiten reconocer que dicha persona está investida de autoridad para votar en el contexto en que una votación a mano alzada está llevándose a cabo.

A diferencia de las reglas constitutivas, las llamadas “reglas regulativas” regulan actividades o acciones cuyo acaecimiento es independiente a la existencia de dichas reglas. Esto quiere decir: las actividades o acciones son reguladas a través de este tipo de reglas pero no constituidas por ellas, por lo que si las reglas regulativas dejaran de existir, tales actividades o acciones seguirían siendo reconocibles.<sup>152</sup> Así, la función de las reglas regulativas es instrumental: contribuyen a un mejor desarrollo de la práctica.

Volviendo a la terminología antes planteada, un hecho institucional permite el reconocimiento de descripciones como constitutivamente complejas: como una segunda descripción que incluye como componente un resultado conectado no causalmente a la descripción de la acción.<sup>153</sup> Lo requerido para

---

<sup>152</sup> Esto no significa que el reconocimiento de un hecho bruto sea independiente a todas las instituciones humanas, en particular al lenguaje. Esto lo reconoce Searle (1997). De hecho, la distinción misma entre hechos brutos y hechos institucionales encuentra ciertos límites que dificultan su diferenciación. Véase, Hart (2007) p. 110 y ss. Para efectos de este trabajo no será necesario ahondar en ellos.

<sup>153</sup> Kindhäuser (2014) pp. 12-3, plantea la distinción entre juicios teóricos, que constatan y explican hechos brutos, y juicios prácticos, que se corresponden con juicios de valor que constatan propiedades no naturales, sino convencionales de los

reconocer esta segunda descripción es un contexto: una oportunidad para la ejecución de la acción.<sup>154</sup>

Tal como es lógicamente necesario que exista cierto estado de cosas para destruirlo (o que no exista para crearlo, como que una ventana esté cerrada para abrirla<sup>155</sup>), existen ciertas condiciones necesarias para la realización de una acción constitutivamente compleja. Por ejemplo, quien desee votar alzando su mano, sólo lo logrará si hay una votación en curso, la votación se realiza a mano alzada y se tiene derecho a voto. Si, por ejemplo, una persona acude como particular (no representante) a una sesión de un concejo municipal, no importa cuánto levante la mano al momento de cada votación, su acción no será constitutiva de “votar”, sino sólo admitirá la descripción del hecho bruto de “alzar la mano”. O, volviendo al ajedrez, el jugador que haya confundido al rey con un alfil, intentando realizar un jaque mate a este último, sólo habrá logrado atrapar al alfil entre algunas piezas, pero no habrá hecho en ningún caso un jaque mate. En ambos ejemplos lo que está ausente para poder reconocer la segunda descripción que incluye al resultado como componente es la

---

objetos, de acuerdo a reglas sociales. A través de juicios prácticos se adscriben propiedades convencionales a hechos brutos que permiten reconocerlos como hechos procesados. Dichas propiedades convencionales no suman algo sustancial al hecho bruto, sino que permiten reconocerlo como algo diferente. “Aquello de más que poseen los hechos procesados frente a los brutos no tiene que referirse a algo sustancial, sino que también puede consistir en una función lingüística. Bien mirado el asunto, resulta evidente, por ejemplo, que un escrito no se *conoce* como documento, sino que se *reconoce* como tal. Aquello de más no es, entonces, algo que es, sino algo que debe ser.”

<sup>154</sup> *Supra*, pp. 7 y 8.

<sup>155</sup> Von Wright (1970) pp. 54-5; Kindhäuser (2014) p. 55

oportunidad para realizar la acción: en el primer caso, falta que la persona que desea votar esté investida de la autoridad para hacerlo; en el segundo, que se encierre a la pieza correcta (no al alfil, sino al rey).

Lo importante del concepto de oportunidad para la acción, en el caso de acciones constitutivamente complejas, es que ejecutada la acción existiendo la oportunidad correspondiente, el acaecimiento del resultado es necesario. Así, si quien va al concejo municipal fuera un concejal, su acción de alzar la mano sí contaría como un voto. Ya que la conexión en este tipo de acciones entre la acción y el resultado no es causal, si es que existe el contexto adecuado, es decir, si existe la oportunidad para la acción, siempre podrá reconocerse el resultado. A diferencia de las descripciones causalmente complejas en las que la conexión entre acción y resultado es contingente (la conexión entre acción y resultado es extrínseca), en las constitutivamente complejas la conexión entre acción y resultado es intrínseca. Esto último ayuda a explicar por qué existe dificultad para calificar como tipos de resultado a aquellos que contienen descripciones de producciones de resultados constitutivamente complejos. Pues cuando se habla de resultados, pareciera existir una intuición favorable a la necesidad de que se trate de modificaciones espacio-temporalmente diferenciables de la acción, que no requieran de una estructura institucional para reconocerse. Como nota Searle:

“La íntima sensación que experimentamos, de acuerdo con la cual hay un elemento mágico, un truco de conjuro, un juego de prestidigitación, en la creación de hechos institucionales a partir de los hechos brutos, deriva del carácter no físico, no causal de la relación entre los términos X e Y (...). En nuestros momentos metafísicamente más tercos no renunciamos a preguntarnos «Pero, ¿es realmente un X un Y?». Por ejemplo, ¿son estos trozos de papel realmente dinero? ¿Es esta extensión de terreno realmente propiedad privada de alguien? Hacer ciertos ruidos en una ceremonia, ¿es realmente casarse?”.<sup>156</sup>

Como ya se ha visto, no existen razones para reconocer como descripciones de acciones resultativas únicamente a las que concluyan con una modificación, producción o destrucción causalmente condicionada de un determinado estado. Existiendo oportunidad para la acción, la ejecución de un jaque mate en el ajedrez tiene como resultado (intrínseco) el que la partida termina y uno de los jugadores se corona vencedor. En el caso del hurto, existiendo oportunidad para la acción, la sustracción de una cosa mueble ajena con ánimo de apropiación por parte del autor, tiene como resultado (intrínseco) la ruptura de custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre el bien.

---

<sup>156</sup> Searle (1997) p. 62.

La conclusión anterior es incompatible con la postura tradicional de la doctrina en Chile, siendo mayoritaria la que considera al hurto un tipo de delito de actividad. Para Hernández, la tipificación del hurto no contiene descripción de resultado alguno: “(...) la ley no exige ningún resultado que deba verificarse a consecuencia de la conducta típica de apropiación, comoquiera que se definan los alcances de dicha conducta.”<sup>157</sup> Yáñez, por su parte, defiende que la tipificación del hurto describiría una actividad, la que define como un “(...) fenómeno complejo dirigido a hacer propio un bien mueble ajeno”.<sup>158</sup> Lo que Yáñez no parece notar es que existe un claro resultado en su definición: si se logra la finalidad de (a lo que está dirigido) semejante “fenómeno complejo”, se hace “propio”<sup>159</sup> un mueble ajeno”. La apropiación en el caso del hurto y en su definición, es un proceso que en caso de culminar exitosamente logrará, como el mismo Yáñez reconoce, “(...) la pérdida de la cosa por el titular o la lesión del bien jurídico”.<sup>160</sup> Hernández también reconoce que la conducta descrita en el tipo del hurto tiene “efectos”, como la pérdida de la cosa por parte de su titular. Ahora bien, no explica por qué la pérdida de la cosa por parte de su titular es un “efecto” y no el resultado intrínseco del proceso de sustracción con

---

<sup>157</sup> Hernández (2007) p. 6.

<sup>158</sup> Yáñez (2009) p. 7.

<sup>159</sup> Se utilizan las palabras de Yáñez para ilustrar el punto, pero no debe entenderse por “propio” una apropiación jurídicamente reconocida por la regulación civil. Como se explicó arriba (*supra*, pp. 59 y ss.), se trata de una relación fáctica entre un sujeto y un objeto, en que el sujeto toma como propio un objeto ajeno.

<sup>160</sup> Yáñez (2009) p. 11.

ánimo de apropiación, llevado a cabo existiendo la correspondiente oportunidad.

La pregunta que sigue apunta a la justificación que motiva a la doctrina a insistir en clasificar tipos que describen resultados como tipos de actividad. Hernández habla de una imposibilidad descriptiva de que el hurto sea un tipo de resultado<sup>161</sup> y Oliver habla de una imposibilidad conceptual de que exista hurto frustrado.<sup>162</sup> En el primer caso ya se ha mostrado que el tipo del hurto describe la realización de una acción que acaba con un resultado intrínsecamente unido a ésta. Es la afirmación de Oliver la que ahora atañe, por lo que se revisará si es que efectivamente hay una “imposibilidad conceptual” de hurto frustrado.

#### **4.3 La tentativa acabada en delitos de resultado intrínseco**

La identificación de qué cuenta como la realización de todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume, sin que esto se verifique por causas independientes a la voluntad del autor, tratándose de un delito de resultado intrínseco, resulta especialmente difícil, tal como lo mostró la cita a Searle, ya que el resultado no se conecta causalmente con la acción realizada. A

---

<sup>161</sup> Hernández. (2007) p. 6.

<sup>162</sup> “Conforme a la propia definición legal de delito frustrado, es conceptualmente imposible que un hurto alcance a dicha forma de ejecución imperfecta.” Oliver (2013) p. 125.

diferencia de las acciones causalmente complejas, en las que es conceptualmente posible identificar un momento en el que la acción completa ya se ha realizado, sin que el resultado haya acaecido,<sup>163</sup> las acciones constitutivamente complejas se caracterizan por una conexión intrínseca entre acción y resultado: existiendo oportunidad para la acción, si se ejecuta la acción que ejemplifica el tipo de acción prohibida, necesariamente se da el resultado. Bajo esta estructura, la única forma en la que la ejecución de la acción no dé lugar al resultado es que no se dé la oportunidad. Tal como en los ejemplos del ciudadano particular que intenta votar como concejal y el inexperto en ajedrez que trata de hacerle un jaque mate a un alfil, el autor que trata de hurtar algo propio, creyendo que se trata de algo ajeno, no podrá consumir un delito de hurto. Asimismo, una persona que intenta sustraer y generar un nuevo enclave de custodia de un objeto, por ejemplo, metiéndolo en su bolsillo, no podrá consumir el delito si es que su acción de meter el objeto en el bolsillo no pudo generar quiebre alguno en la custodia anterior por haber estado siendo observado por guardias en un supermercado. En estos casos, la inexistencia de una oportunidad para la acción no obsta a la ejecución completa de la acción, la que, de haber existido la oportunidad, hubiera efectivamente tenido como resultado un quiebre de custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

---

<sup>163</sup> *Supra*, nota 127.

El espacio que entonces queda para la tentativa sólo puede identificarse con un error que recae en las circunstancias que rodean a la acción (su oportunidad), que lleva a que la realización de ésta esté destinada a fallar. Un error sobre los presupuestos de hecho necesarios para producir el resultado típico, denominado comúnmente en la doctrina como “error de tipo al revés”, bajo el principio de inversión<sup>164</sup> se corresponde, según la doctrina tradicional, con la ya tratada categoría de “tentativa inidónea”. En los tipos de resultado intrínseco, por lo tanto, el delito frustrado siempre se corresponderá con lo que tradicionalmente se entiende por “tentativa inidónea”.<sup>165</sup>

Ya se ha tratado latamente el problema de la categoría de la “tentativa inidónea” criticándose el que se le intente distinguir de una supuesta “tentativa idónea”, con el fin de excluir su punibilidad. Así, debiese a estas alturas quedar

---

<sup>164</sup> El principio de inversión ha sido criticado por Puppe (2010), que lo caracteriza como una mala comprensión de la contraposición lógica. Del hecho de que el dolo sea una condición necesaria (pero no suficiente) de punibilidad, sólo se sigue que a falta de éste la conducta no será punible, puesto que su inversión nada dice acerca de otras condiciones necesarias para la punibilidad. Así, “[d]e esta conclusión invertida jamás deriva la determinación positiva definitiva de la punibilidad.” Para explicar la apariencia de “inversión” que se da en la teoría del error, utiliza lo que llama el “postulado de la simetría”: “un presupuesto de la punibilidad se considera o solamente objetivo o solamente subjetivo.” Una suposición errónea sobre un hecho típico llevará a la tentativa inidónea cuando objetivamente no exista y a la exclusión del dolo cuando objetivamente exista. A su vez y de forma simétrica, una suposición errónea respecto de la ley penal llevará al delito putativo cuando objetivamente no exista o a un error de prohibición cuando objetivamente exista. Las críticas de Puppe resultan especialmente atingentes a la hora de determinar los alcances del dolo, en particular respecto de las llamadas “leyes penales en blanco”, mas, para los efectos del presente trabajo, su postulado de la simetría es suficiente para comprender el paralelo planteado entre el error de tipo y la tentativa inidónea y el error de prohibición y el delito putativo, respectivamente.

<sup>165</sup> Así, Jakobs (1991) nota 3, Apartado 25, núm. 71, pág. 889 y Mañalich (2004) p. 161.

suficientemente claro que no existe problema alguno en defender la categoría del hurto frustrado. Esto abre un nuevo espacio de interpretación para el artículo 494 bis: a diferencia de la doctrina mayoritaria, que considera su segundo inciso inaplicable, bajo esta propuesta es perfectamente plausible que se den casos de hurto-falta frustrado. De hecho, existe amplia jurisprudencia al respecto, que se procederá a analizar, mostrando cómo es posible que el autor ponga de su parte todo lo necesario para apropiarse de un bien mediante sustracción y ello no se verifique por causas independientes a su voluntad.

#### **4.4 Hurto frustrado**

El caso más común de aplicación del artículo 494 bis es el hurto en lugares comerciales que posicionan sus productos al alcance del público, permitiendo que sean los mismos consumidores los que lleven los productos a las cajas, para pagar su precio. Es el caso de supermercados y grandes casas comerciales. Para compensar tal falta de seguridad, la mayoría de estos lugares cuentan con alarmas, guardias y cámaras de seguridad, que permiten asegurar que la custodia sobre los productos permanezca en manos de la empresa respectiva. En este contexto, los casos de relevancia para la pregunta por la frustración se dan cuando una persona es detectada sin ella notarlo por las medidas de seguridad, sustrayendo con ánimo de apropiación algún producto.

La importancia de estos casos es que dos de las tres posibilidades de respuesta: tentativa, frustración y consumación, han sido barajadas en la jurisprudencia. Algunas sentencias consideran que el hurto estaría en grado de tentativa, por no haber podido el autor abandonar el recinto (criterio requerido para la consumación),<sup>166</sup> mientras que otras afirman que el hurto se encontraría frustrado, ya que “[a]l hechor ya no le quedaba nada por hacer y si no consiguió su objetivo, lo fue por una causa independiente de su voluntad, esto es, la intervención del guardia que lo retuvo.”<sup>167</sup>

Como ya se adelantaba, la consumación se puede descartar inmediatamente, ya que el resultado de la ruptura de custodia y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa no se da; los mecanismos de vigilancia han impedido esta ruptura. En estos casos la custodia del titular, aunque debilitada, no se ha quebrantado por completo.<sup>168</sup> Distinto es el caso en el que los guardias no se dan cuenta de la sustracción, y esta culmina con el objeto guardado bajo un nuevo enclave de custodia. Ya que esta nueva custodia no es detectada por los elementos de seguridad, el objeto es sacado del control esperado del titular, quebrantándose su custodia y consumándose el hurto.

---

<sup>166</sup> Corte de Apelaciones de Chillán, sentencia Rol 267-2010 y Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia Rol 803-2014

<sup>167</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia Rol 55-2013, considerando 6°.

<sup>168</sup> Este reconocimiento se circunscribe al caso chileno. En el caso alemán, si es que el objeto es escondido en un “espacio reservado” del sujeto, entonces el hurto se considera consumado. Véase, *supra* nota 124.

Para distinguir entonces si se trata de una tentativa acabada o inacabada habrá que dilucidar si el autor, al esconder el objeto dentro de un elemento que determina su custodia, mientras está siendo observado, ha puesto de su parte todo lo necesario para consumir el hurto. Y la respuesta a esto no puede ser sino desde la perspectiva del autor mismo. Ello porque desde una perspectiva objetiva nunca en la tentativa el autor realiza todo lo necesario para consumir el delito. En el caso de quien falla al disparar, debió apuntar mejor; en el caso de quien no mata por recibir la víctima pronta atención médica, debió haberse asegurado que ello no sucediera. Lo que realiza el autor en la tentativa nunca será lo necesario para el acaecimiento del resultado.

Es sólo considerando los conocimientos que tiene el autor que se puede dilucidar si efectivamente realizó todo lo necesario.<sup>169</sup> Para quien cree estar apuntando bien, una vez que dispara ya ha realizado su intención y nada más le queda por hacer. Lo mismo ocurre en el caso de quien finaliza su sustracción de un objeto, escondiéndolo. Ya que cree que no está siendo observado, considera que ha puesto todo de su parte, que su proceso ha finalizado con la total ruptura de la custodia. Si es que su creencia fuera verdadera, el hurto estaría consumado. Siguiendo con el razonamiento, si es que el sujeto lograra escapar antes de ser detenido a la salida, se estaría ante un concurso real<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Hart (1981) pp. 161-2.

<sup>170</sup> Se trataría de un concurso real por reiteración: el primer delito de hurto –frustrado– comienza cuando el sujeto inicia la sustracción del objeto y termina cuando finaliza su acto de esconderlo, siendo observado por los guardias. El segundo delito comienza

entre un hurto frustrado (frustrado al momento en que termina de esconder el objeto siendo observado) y uno consumado, al momento en que logra escapar al ser detenido.

Este criterio no es seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, la que, haciendo suya la teoría de la disponibilidad planteada por Garrido, ha fijado el límite entre tentativa y consumación en la línea de las cajas del establecimiento.<sup>171</sup> Su argumento es que sólo al traspasar esa línea el autor está en posición (aunque sea por un instante) de disponer de la cosa como señor y dueño. Más allá de las críticas ya realizadas a la teoría de la disponibilidad,<sup>172</sup> fijar un criterio estático, relacionado con un punto específico en el espacio, para el momento de la consumación, falla en comprender que el concepto de custodia es uno eminentemente práctico, que varía según las circunstancias. Basta con imaginar el caso en que empleados mismos del supermercado escondan bienes de éste, por ejemplo en el entretecho, para sacarlos al momento en que el supermercado se encuentre cerrado, y sólo ellos tengan acceso. Sería absurdo defender que el hurto no se encuentra consumado por no haber tales bienes superado la línea de las cajas. Para

---

cuando el sujeto comienza a escapar con el objeto y culmina cuando consigue escapar, lo que se puede dar en razón de segundos.

<sup>171</sup> “[L]a infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño” Corte Suprema, sentencia Rol 5125-2005. En el mismo sentido, Corte Suprema, sentencia Rol 889-2006. Así también, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 55-2013 y Rol 131-2013, y de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2404-2014.

<sup>172</sup> Véase *supra*, pp. 67 y 68.

todos los efectos, la custodia del titular ha sido completamente quebrada, al estar estos fuera del alcance de todas las medidas de seguridad, desde estar a la vista en los lugares dispuestos para ello, hasta estar fuera del alcance de cámaras de seguridad, alarmas y guardias.

## CONCLUSIÓN

El objetivo principal de esta investigación fue proponer una interpretación de un artículo del Código Penal no sólo muy discutido, sino que ampliamente aplicado por la jurisprudencia. Para ello, se hizo primero un análisis del concepto de tentativa y las diferentes teorías que se utilizan para justificar su punibilidad y explicar su alcance, para pasar a mostrar que no existen verdaderas razones para distinguir entre las categorías de “tentativa idónea” y “tentativa inidónea”, y que la distinción pertinente, bajo la teoría de la expresión, es entre los casos de tentativa y los de causalidad putativa.

Luego, se analizó el tipo del hurto, poniendo especial énfasis en los conceptos de apropiación y enclave de custodia, conceptos que posteriormente servirían para desarrollar al tipo del hurto como la descripción de una acción y no de una actividad, cuyo resultado se corresponde con la ruptura de custodia ajena y constitución de una nueva sobre un bien mueble. Ahora bien, en tanto tipo de resultado, el hurto se clasifica como un tipo que describe una acción de resultado intrínseco, en la que el vínculo entre acción y resultado no es causal. Esta particularidad del hurto (y de otros tipos penales) explica por qué una parte importante de la doctrina se ha mostrado reacia a aceptar que el hurto es un tipo de resultado, considerando además que la única posibilidad de reconocer un hurto frustrado es en los mal llamados casos de tentativa inidónea, en los que faltaría objetivamente una oportunidad para la acción.

Este análisis ha permitido dotar de sentido al art. 494 bis del Código Penal, toda vez que se ha mostrado no sólo que existe la posibilidad del hurto frustrado, sino también que se trata de casos bastante comunes, en especial en establecimientos que presentan una modalidad de autoservicio.

Junto con presentar una interpretación del art. 494 bis, la presente tesis puede ser un aporte para la doctrina penal nacional en el ámbito de la distinción entre tipos de actividad y de resultado, quedando pendiente un análisis más exhaustivo que incluya en su desarrollo la diferencia entre procesos y estados. Otro de sus aportes se encuentra en el análisis de la tentativa, en particular, la crítica a la distinción entre tentativa idónea e inidónea. Tras la crítica se presenta un marco de análisis de la tentativa que permitirá en el futuro ahondar en otros temas no examinados en este trabajo, tal como la llamada “inidoneidad del sujeto”, en las que un *extraneus* intenta ejecutar un delito especial.

Con todo, la tentativa es una materia que admite un análisis mucho más extensivo que el aplicado acá, tal como lo muestra la extensa bibliografía que existe al respecto. Dicho análisis supera con creces el ámbito de esta investigación, la que sin embargo se espera, haya podido contribuir en un primer acercamiento a tan ardua tarea.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BASCUÑÁN, A. 2003. Delitos contra la propiedad. Delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena. Material de estudio, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 14.
2. \_\_\_\_\_ 2004. Delitos contra intereses instrumentales. Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez I: 291-362.
3. BELING, E. 2002. Esquema de derecho penal. Buenos Aires, Librería El Foro. 342p.
4. BENNET, J. 1988. Events and their names. Oxford, Oxford University Press. 243p.
5. BLOY, R. 2005. Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LVIII: 365-401.
6. BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. 1999. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Madrid, Trotta. 431p.
7. CABALLERO, F. 2010. Tentativa inidónea y su punibilidad en el Derecho español. Revista de Estudios de la Justicia 13: 115-133.
8. CHIESA, L. 2004. Intención específica, intoxicación voluntaria y otros demonios. Revista Jurídica UPR 73(1): 83-139.
9. CURY, E. 2005. Derecho Penal parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 8a ed. 812p.
10. DAN COHEN, M. 1992. Responsibility and the boundaries of the self. Harvard Law Review 105(5): 959-1003.
11. DUFF, R. A. 1996. Criminal Attempts. Oxford, Oxford University Press. 420p.
12. ETCHEBERRY, A. 1997a. Derecho Penal. Parte general. Tomo II. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 361p.
13. \_\_\_\_\_. 1997b. Derecho Penal. Parte especial. Tomo III. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 490p.

14. FEUERBACH, P. J. A. 2007. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Hammurabi. 368 p.
15. GARRIDO, M. 2003a. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. 1ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 414p.
16. \_\_\_\_\_. 2003b. Derecho Penal. Parte general. Tomo II. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 369p.
17. \_\_\_\_\_. 2008. Derecho Penal. Parte especial. Tomo IV. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 369p. (nota 40). 459p.
18. GOLDMAN, A. 1970. A theory of human action. New Jersey, PRENTICE-HALL. 230p.
19. GONZÁLEZ, J. C. 2001. Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LIV: 229-322.
20. HART, H.L.A. 1981. The House of Lords on attempting the impossible. Oxford Journal of Legal Studies 1(2): 149-166.
21. \_\_\_\_\_. 2007. El Concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 336p.
22. HERNÁNDEZ, H. 2005. La administración desleal en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI: 201-258.
23. \_\_\_\_\_. 2007. La nueva regulación del hurto falta no consumado. La Semana Jurídica, 11 al 17 de Junio: 6-7.
24. JAKOBS, G. 1991. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid, Pons. 1113p.
25. \_\_\_\_\_. 1997. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En: Estudios de Derecho Penal. Madrid, Civitas. pp. 293-324.
26. \_\_\_\_\_. 2002. Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 4(13): 1-18.

27. \_\_\_\_\_. 2009. Dolus malus. InDret 4: 1-23.
28. KAHLO, M. 2000. Determinación conceptual del derecho e interpretación sincrética en las relaciones de pertenencia propias del tipo de hurto. En: VV.AA. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada, COMARES. pp. 129-148.
29. KAUFMANN, A. 1977. Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Buenos Aires, Depalma. 402p.
30. KENNY, A. 2003. Action, Emotion and Will. London, Routledge. 174p.
31. KINDHÄUSER, U. 2002. Estudios de Derecho Penal Patrimonial. Lima, Grijley. 200p.
32. \_\_\_\_\_. 2005. ¿Indiferencia como dolo?. En: GARCÍA, P.; KINDHÄUSER, U. y PASTOR, N. Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Lima, Ara editores. 158p.
33. \_\_\_\_\_. 2009a. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. InDret 1: 1-19.
34. \_\_\_\_\_. 2009b. La lógica de la construcción del delito. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia 14: 499-509.
35. \_\_\_\_\_. 2010. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. En: VV.AA. El error en el Derecho Penal. Buenos Aires, AD-HOC. pp. 139-163.
36. \_\_\_\_\_. 2014. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. InDret 2: 1-24.
37. LOMBARD, L. 1978. Actions, results, and the time of a killing. Philosophia 8(2-3): 341-354.
38. MAÑALICH, J. P. 2004. La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. Revista de Estudios de la Justicia 4: 137-175.
39. \_\_\_\_\_. 2009. Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. Santiago, Ediciones Jurídicas. 134p.

- 40.\_\_\_\_\_. 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Algunas consideraciones conceptuales. Revista de Estudios de la Justicia 12: 165-185.
- 41.\_\_\_\_\_. 2011. El delito como injusto culpable. Revista de Derecho XXIV(1): 87-115.
- 42.\_\_\_\_\_. 2014. Norma, causalidad y acción. Madrid, Marcia Pons. 140p.
- 43.\_\_\_\_\_. 2015. La imprudencia como estructura de imputación. Revista de Ciencias Penales XLII(3): 13-36.
- 44.MOORE, M. S. 1994. The independent significance of wrongdoing. Journal of Contemporary Legal Issues 5(237): 237-281.
- 45.MOURELATOS, A. 1978. Events, processes, and states. Linguistics and Philosophy 2: 415-434.
- 46.NOVOA, E. 2005a. Curso de derecho penal chileno. Tomo I. 3a ed. Santiago, Editorial Jurídica. 585p.
- 47.\_\_\_\_\_. 2005b. Curso de derecho penal chileno. Tomo II. 3a ed. Santiago, Editorial Jurídica. 477p.
- 48.OLIVER, G. 2013. Delitos contra la Propiedad. Santiago, Thompson Reuters. 591p.
- 49.POLITOFF, S. 1999. Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración: estudio dogmático penal de derecho penal comparado. Santiago, Editorial Jurídica. 276p.
- 50.POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMÍREZ, C. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 613p.
- 51.PUPPE, I. 2010. El error de hecho, error de derecho, error de subsunción. En: VV.AA. El error en el Derecho Penal. Buenos Aires, AD-HOC. pp. 132-189.
- 52.RAGUÉS, J. R. 1999. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, José María Bosch Editor. 568p.

53. ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. Madrid, Civitas. 1071p.
54. \_\_\_\_\_. 1998. Acerca del fundamento penal de la tentativa. En: Dogmática Penal y Política Criminal. Lima, Idemsa. pp. 255-278.
55. SÁNCHEZ-OSTIZ, P. 2001. Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio. Revista de Derecho de la Universidad de Piura 2: 241-251.
56. SANCINETTI, M. 1997. Ilícito personal y participación. Buenos Aires, AD-HOC. 109p.
57. SEARLE, J. 1997. La construcción de la realidad social. Barcelona, Paidós. 236p.
58. \_\_\_\_\_. 2010. Making the social World. Oxford, Oxford University Press. 208p.
59. STRUENSEE, E. 1992. Dolo, tentativa y delito putativo. Buenos Aires, Hammurabi. 125p.
60. VENDLER, X. 1974. Linguistics in Philosophy. 3a ed. Ithaca, Cornell University Press. 203p.
61. VON WRIGHT, H. 1970. Norma y Acción. Madrid, Tecnos. 111p.
62. VON WRIGHT, H. 2008. Inferencia práctica. Praxis Filosófica 26: 303-321.
63. YAÑEZ, R. 2009. Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter criminis en los delitos de robo y hurto. Política Criminal 4(7): 87-124.
64. ZUGALDÍA, J. M. 1988. Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Revista Chilena de Derecho 15(2): 395-397.