



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

El desistimiento de la tentativa en la doctrina y la jurisprudencia chilenas

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

Felipe Belmar Todorovic

Profesor Guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

2017

La presente memoria ha sido elaborada en el marco del Proyecto Conicyt – Fondecyt – Regular, N° 1160147, titulado “La tentativa como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, dirigido por el profesor Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo. Agradezco al profesor la oportunidad de participar en el proyecto, así como su invaluable guía en este trabajo.

Índice

Resumen	3
1. Introducción	4
2. Marco Teórico	5
2.1. Teoría de las normas: Normas de comportamiento y normas de sanción	5
2.2. Teoría de la imputación: Capacidad de acción y capacidad de motivación con arreglo a la norma	7
2.3. Silogismo práctico: Seguimiento de la norma como necesidad práctica subjetiva	10
3. Tentativa	12
3.1. Posición tradicional de la tentativa en la dogmática chilena	12
3.1.1. Generalidades a propósito de la tentativa	12
3.1.2. Teorías sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa	15
3.1.3. Dolo y tentativa	19
3.2. Carácter deficitario: la tentativa como (pura) infracción de deber	24
3.3. Distinción entre delito frustrado (o tentativa acabada) y tentativa (o tentativa inacabada)	27
3.3.1. Independencia de la voluntad del autor	27
3.3.2. El 'poner todo de su parte' como expresión de esfuerzo personal	29
3.3.3. Grado de desarrollo de la actividad ejecutiva como criterio delimitador	33
4. El desistimiento de la tentativa	38
4.1. Fundamento de la exclusión de punibilidad por desistimiento	40
4.1.1. Teoría de la insignificancia de la culpabilidad	40
4.1.2. Teoría del premio o gracia	41
	1

4.1.3. Teorías jurídicas	41
4.1.4. Teoría político-criminal o del puente de oro	42
4.1.5. Teoría de la ausencia de dolo	43
4.1.6. Teoría de los fines de la pena o la falta de necesidad	47
4.2. Naturaleza jurídica del desistimiento a la luz del principio de accesoriedad	50
4.2.1. El principio de accesoriedad	50
4.2.2. Teorías que excluyen el injusto	51
4.2.3. Teorías que no excluyen el injusto pero sí el carácter punible de la tentativa	52
4.3. Requisitos del desistimiento	54
4.3.1. Desistimiento Pasivo	54
4.3.1.1. Impedimento del resultado o cesación de la acción	54
4.3.1.2. Voluntariedad como criterio de imputación del impedimento del resultado	56
4.3.1.3. Irrelevancia del 'requisito' de espontaneidad	65
4.3.1.4. ¿'Definitividad' del desistimiento como requisito?	69
4.3.2. Desistimiento Activo	72
5. Conclusión	80
6. Tabla de Casos	82
6.1. Casos aludidos en el trabajo	82
6.2. Otros casos sobre desistimiento de la tentativa	83
7. Bibliografía	85

Resumen

El trabajo realiza una revisión crítica de la doctrina y la jurisprudencia chilenas en materia de desistimiento de la tentativa. Ese material es confrontado desde la perspectiva de que las normas de comportamiento actúan como razones excluyentes para la acción, en el marco del juicio de imputación penal, entendido como una forma de razonamiento práctico. Se plantea la tesis de que el desistimiento de la tentativa actúa en definitiva como un cumplimiento de deber que, al reestablecer la vigencia de la norma antes quebrantada, hace innecesaria la aplicación de la pena.

Palabras Clave: Desistimiento – Tentativa – Voluntariedad – Jurisprudencia – Delito Frustrado – Cumplimiento de deber

1. Introducción

El presente trabajo pretende realizar una revisión crítica de la doctrina y la jurisprudencia chilenas en materia de desistimiento de la tentativa, desde una teoría de la imputación y una teoría de las normas determinada.

Para ello, se explicitará en una primera parte el modelo al que se adhiere a propósito de dichas teorías, basado en la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción, así como entre reglas de prescriptivas y adscriptivas. El análisis anterior se complementa además con la consideración del comportamiento como la conclusión de un silogismo práctico, que tiene como una de sus premisas la norma de comportamiento situacionalmente aplicable. Dicho marco será de importancia luego para la solución que se dé a los problemas que irán siendo analizados.

A continuación, se revisarán algunas de las conceptualizaciones tradicionales de la tentativa que es posible encontrar en la doctrina chilena, así como de la relación entre aquélla y el dolo, para posteriormente ser contrastadas con una interpretación compatible con el modelo antes mencionado. En este punto, será preciso detenerse también en la correcta delimitación entre tentativa y delito frustrado, tanto por ser un preámbulo necesario para determinar las formas que debe adoptar el comportamiento del sujeto en materia de desistimiento, como por ciertas desviaciones o imprecisiones que se detectan en dicha materia en la jurisprudencia reciente.

Luego, se abordará propiamente el desistimiento de la tentativa, en referencia tanto a los fundamentos, la naturaleza jurídica y los requisitos que normalmente se plantean a su respecto, así como a la diferencia entre las modalidades de desistimiento pasivo y activo. En cuanto a sus requisitos, se mostrará cómo el núcleo de la institución –así como de los casos que se registran en la jurisprudencia- se concentra en el carácter voluntario que debe tener el desistimiento para producir el efecto liberador de pena que tradicionalmente se le reconoce.

Ahora bien, lo anterior se hará teniendo en consideración la tentativa y el desistimiento de delitos comisivos y resultativos imputables a título de autoría directa. Esto, tanto por no haber sido detectados casos en que la pregunta se plantee respecto de delitos omisivos o bien de mera actividad, o bien a propósito de otras distintas formas de intervención delictiva, como

para acotar la materia de estudio a la que se aboca el trabajo –si bien algunas consecuencias respecto de los demás intervinientes sí son abordadas desde una perspectiva teórica-. La muestra de fallos que se analiza se compone principalmente de sentencias de tribunales superiores de justicia.¹ A lo anterior se suman algunos fallos reproducidos en trabajos de doctrina nacional –especialmente algunos de la obra de Alfredo Etcheberry,² aludidos por la generalidad de los autores-, así como ciertos casos conocidos por tribunales de juicio oral en lo penal, referidos por los tribunales superiores.³ La muestra, si bien se encuentra lejos de ser omnicompreensiva, contempla delitos de distinta especie, y se los intenta presentar de manera que ilustren las discusiones centrales que se plantean en el trabajo.

2. Marco Teórico

2.1. Teoría de las normas: Normas de comportamiento y normas de sanción

El modelo al cual se suscribe parte de la base de la distinción categorial entre dos tipos de normas que entran en juego en la caracterización de un determinado acto humano como un hecho punible, esto es, un delito al que cabe aplicarle una pena como reacción en tanto comportamiento jurídicamente reprochable.⁴ Normas de comportamiento y normas de sanción. Las segundas muestran la estructura de normas condicionales, que contienen un determinado supuesto de hecho y una consecuencia jurídica –la pena- aparejada al mismo;⁵ éstas son las que se observan en la parte especial del Código Penal. Resulta evidente que, antes que ser contravenido, el supuesto de hecho expresado en dichas normas es realizado cada vez que una acción individual ejemplifica la descripción allí contenida. Así, más que estar dirigidas a quien

¹ En particular, de los resultados que se pueden obtener en el buscador ‘vLex’ para Corte de Apelaciones y Corte Suprema con descriptores aplicables como ‘desistimiento de la tentativa’, ‘desistimiento pasivo’, ‘arrepentimiento’, entre otros.

² Alfredo Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002).

³ Lamentablemente la mayoría de los buscadores no contempla este tipo de fallos, posiblemente por razones de confidencialidad, o por la dificultad que sería organizar un número tan alto de éstos.

⁴ Juan Pablo Mañalich, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12 (2010): p. 171.

⁵ “La norma de sanción exhibe la estructura de una norma condicional, compuesta por un determinado supuesto de hecho y la enunciación de una determinada consecuencia jurídica, donde el cumplimiento del supuesto de hecho o ‘tipo delictivo’ cuenta como condición necesaria para la imposición de la pena establecida como la respectiva condición jurídica.”, Mañalich, “Norma e Imputación”, p. 171.

debe tener la norma como razón para omisión o ejecución de una determinada acción – paradigmáticamente, el autor del delito-, éstas se dirigen a los funcionarios que deben imponer una sanción al mismo, legitimando simbólicamente imposición del mal en que consiste la pena como instancia de punición jurídica y justificada, que restituye así la vigencia de la norma infringida por el delito precedente.⁶

Estas normas tienen, por tanto, un carácter secundario, al encontrarse referidas a, y ser conceptualmente dependientes de, normas de otro tipo –justamente aquellas cuya vigencia se ve puesta en cuestión y busca ser restablecida a través de la imposición de la pena-, las normas de comportamiento. Éstas, pese a no estar necesariamente formuladas de forma expresa, se dejan reconstruir a través de la inversión del supuesto de hecho de las normas de sanción,⁷ y su estructura consiste en la descripción de un determinado tipo de acción –como ‘matar a otro’- y un operador deóntico que impondrá una prohibición o un mandato respecto de la misma –dependiendo de si se trata de una norma prohibitiva, referida a delitos comisivos, o una de requerimiento, referida a delitos omisivos-.⁸ A diferencia del caso de las normas de sanción, este tipo de normas sí se ven quebrantadas cuando el sujeto realiza la conducta prohibida u omite la ordenada, en la medida que dicho actuar muestra una falta de reconocimiento de la misma como razón eficaz para la acción (u omisión);⁹ función práctica de las normas de comportamiento que se desarrollará con más profundidad en relación al concepto del silogismo práctico, en el que juegan el rol de premisa mayor. Es importante notar que estas normas, a través de la descripción del tipo de acción prohibido u ordenado, permiten identificar el que será el objeto de la imputación que justifica el juicio de culpabilidad dentro del proceso penal –precisamente, la conducta que ejemplifica dicho tipo-, a través de las reglas de adscripción que se analizan en el apartado siguiente. Esta dualidad muestra también que la protección de bienes jurídicos y la utilidad de la apelación a los mismos es de carácter

⁶ Mañalich, “Norma e Imputación”, pp. 172-173.

⁷ Si bien cabe señalar que la correlación entre ambas no será necesariamente de una proporción 1:1.

⁸ Juan Pablo Mañalich, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014), p. 21.

⁹ “[S]u quebrantamiento ha de identificarse con su falta de reconocimiento como razón eficaz para la omisión o la ejecución de la acción en cuestión”, Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 20.

indirecto en relación a la aplicación de la pena, pues estos servirán como criterio de legitimación e interpretación de las normas de comportamiento.¹⁰

Este manejo en dos niveles permite, a su vez, clarificar la diferencia entre el *delito* propiamente tal –que tradicionalmente es tematizado como un ‘hecho típico, antijurídico y culpable’- y el *hecho punible*, que es aquel delito en el que además concurren los presupuestos necesarios de punibilidad fijados por las normas de sanción.¹¹ Así, no necesariamente todo delito será un hecho punible, en la medida en que pese a que se den todos los presupuestos para poder reconocer la existencia de un injusto culpable, este puede verse exento de una pena cuando intervengan condiciones generales de punibilidad que así lo determinen, pero subsistiendo en cualquier caso el carácter de injusto del hecho en cuanto tal.¹² Esta distinción, dependiente de aquella respecto de las normas que fue caracterizada anteriormente, es capital importancia para la materia que motiva este trabajo, toda vez que se argumentará que precisamente el rol que juega el desistimiento de la tentativa es el de una de dichas condiciones generales de punibilidad –en particular: una excusa legal absolutoria-, lo que refuerza el carácter personal o individual del mismo en cuanto excusa.

2.2. Teoría de la imputación: Capacidad de acción y capacidad de motivación con arreglo a la norma

Con la sola referencia a normas de comportamiento el cuadro queda, no obstante, incompleto. Si, normativamente, se pretende reconstruir el juicio de responsabilidad penal como uno de reproche por la contradicción de una norma al no reconocerla como razón eficaz para la acción, la sola antinormatividad de una acción no resulta suficiente, pues la distinción de ésta de otros eventos físicos y la posibilidad de entenderla como un déficit personal de fidelidad al derecho presupone que el sujeto sea capaz de motivarse con arreglo a la misma.¹³

¹⁰ “[L]as normas de comportamiento, cuyo criterio teleológico de legitimación está constituido por la protección de bienes jurídicos”, Mañalich, “Norma e Imputación”, p. 174.

¹¹ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 18.

¹² Lo que a su vez hace posible que pese a no aplicarse la pena a dicho actor por una razón determinada, pueda quedar intacta la responsabilidad por otros comportamientos accesorios o dependientes del mismo, como se desarrolla en infra, 4.2.

¹³ “[E]l reproche de culpabilidad presupone la verificación de la hipótesis de que el autor hubiese podido y debido evitar la realización del injusto típico correspondiente con el empleo de la fidelidad al Derecho que se esperaba de él.”, Urs Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo?”, trad. Prof. Percy García Cavero, en *Cuestiones actuales de Derecho General y Patrimonial, I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la*

Así, mientras que las normas de comportamiento permiten configurar e identificar aquello que constituirá el objeto de la imputación –la acción u omisión potencialmente desaprobada-, se requieren de manera adicional (a dichas normas de carácter prescriptivo) reglas adscriptivas o de imputación que permitan constatar la presencia de esa capacidad de motivación y así atribuirle ese déficit como propio a quien lo realiza.¹⁴ Dentro de este tipo de reglas pueden distinguirse dos niveles según la capacidad cuya presencia permiten reconocer: el primero, que permite atribuir *capacidad de acción* necesaria para la evitación intencional de la realización del tipo penal; y el segundo, referido a la *capacidad de motivación*, que consiste en la capacidad de formarse y realizar esa intención de primer orden, prefiriéndola a otras intenciones incompatibles.¹⁵

La primera de ellas, a su vez, se compone de dos elementos o dos condiciones: el estar en capacidad física de realizar los movimientos corporales requeridos –la que se vería excluida, por ejemplo, en el caso de movimientos reflejos- y el poseer los conocimientos necesarios para formarse activamente esa intención de evitación.¹⁶ Estos conocimientos, en consecuencia, se encuentran referidos a las circunstancias que objetivamente satisfacen la descripción típica, pues sólo en la medida en que el agente se represente que su conducta ejemplificará el tipo delictivo, puede formarse la intención de evitarla. Se ve, así, que dicha noción no es otra que la necesidad que la conducta sea realizada –en cuanto a forma de imputación ordinaria- con dolo, que precisamente consiste en el conocimiento de las circunstancias de hecho que debieran llevar a alguien fiel a derecho a abstenerse –en el caso de un delito comisivo; a actuar, en uno omisivo- de realizar dicho comportamiento.¹⁷ Es

Universidad de Piura, 29 de octubre de 2004 (2004), pp. 39-40. Esto, como señalara Hruschka, bajo la exigencia de que ‘deber’ implica ‘poder’, Joaquim Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, Fasc. III, (Septiembre-Diciembre 1994): pp. 348-349. Véase también Mañalich, “Norma e imputación”, p. 6.

¹⁴ “*El modelo de delito que se sustenta en este concepto normativo de culpabilidad, conforme al cual por el delito debe entenderse la responsabilidad penal por un comportamiento antijurídico, trabaja con dos tipos de reglas. Por un lado, con reglas que establecen las condiciones bajo las cuales un hecho es considerado antijurídico; y, por el otro, con reglas que establecen las condiciones bajo las cuales se atribuye responsabilidad por este hecho antijurídico.*”, Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo?”, p. 40. Respecto a la dualidad entre estos dos tipos de reglas, véase también Hruschka, “Reglas de comportamiento”, p. 346.

¹⁵ Así, Hruschka, “Reglas de comportamiento”, p. 346, distinguiendo entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* como primer y segundo nivel de imputación, respectivamente; véase también Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo?”, p. 42-44, distinguiendo entre ‘capacidad de acción’ y ‘capacidad de motivación’.

¹⁶ Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo?”, p. 45.

¹⁷ Así, Kindhäuser señala: “*Dolo será, por tanto, el conocimiento que tendría que llevar al autor, en caso de ser fiel al Derecho, a formarse activamente la intención de evitar la realización del tipo penal.*”, Kindhäuser, “¿Indiferencia como dolo?”, p. 48.

pertinente notar que la apelación a un determinado ‘elemento volitivo’, que un sector de la doctrina pretende agregar como un requisito imprescindible al concepto de dolo, se hace innecesario una vez que se considera adecuadamente el carácter contrafáctico del juicio de imputación penal –se sigue, por tanto, una línea manifiestamente ‘cognitivistista’ o de la ‘representación’ del dolo,¹⁸ en contraposición a las teorías ‘volitivas’-.¹⁹ Éste se expresa en que pese a ser un juicio referido a la imputación de acciones intencionales, lo relevante no es la intención que efectivamente se haya formado el sujeto, sino que basta que constatándose que contaba con las capacidades necesarias éste no se haya formado y seguido la intención de actuar conforme a la norma que situacionalmente le era exigible.²⁰ En cuanto al grado intensidad que deban tener esos conocimientos, se considera que basta con la representación de una probabilidad relevante de ocurrencia de la descripción típica, que hubiera llevado a un destinatario fiel a derecho a abstenerse de la misma;²¹ esto es, el actuar con dolo eventual.²²

La segunda de éstas, la capacidad de motivación con arreglo a la norma, se encuentra referida a la formación de intenciones de segundo orden. Es decir, habiendo sido ya constatada la capacidad de acción en el sujeto, la pregunta pasa a ser por qué pudiendo formarse dicha intención de evitación el sujeto no se la formó, o bien no la siguió poniéndola por ‘encima’ de otras razones sobrevinientes, con lo que el injusto puede imputársele de forma definitiva como infracción de deber en sede de culpabilidad. Esa expectativa de seguimiento se mantendrá

¹⁸ Se puede considerar dentro de tales aquellas que consideran que “*el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha información.*”, Ramón Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999), p. 28.

¹⁹ “[L]a teoría de la voluntad se aferra a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerza por encontrarlo en todos los supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso.”, Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba*, p. 53.

²⁰ Así, “*la cuestión de qué intención quiso realizar realmente el autor no juega papel alguno en la posibilidad de imputar subjetivamente un comportamiento a la culpabilidad. Si se cumplen las condiciones de ambos niveles de la imputación subjetiva, entonces quedará establecido que la intención que el autor realmente persiguió, sea cual fuere su contenido, era, en cualquier caso, la incorrecta, pues no era la intención de evitar la realización del tipo penal que se esperaba que él, como ciudadano fiel al Derecho, se formaría activamente.*”, Kindhäuser, “*¿La indiferencia como dolo?*”, pp. 47-48. Véase también: Juan Pablo Mañalich, “*La exculpación como categoría del razonamiento práctico*”, *InDret*, n° 1 (2013): p. 8.

²¹ Kindhäuser, “*¿La indiferencia como dolo?*”, p. 49.

²² La determinación precisa de un umbral mínimo que permita reconocer dolo eventual excede, no obstante, las pretensiones de este trabajo, y su respuesta tampoco es prioritaria para los problemas de que se ocupa. Baste señalar que la distinción respecto a la imprudencia –que actúa como criterio de imputación extraordinaria, en contraposición al dolo como imputación ordinaria- es de carácter categorial, pues la segunda sólo entra a operar cuando se constata la ausencia de capacidad de acción y dolo, haciendo en ese caso responsable al autor de su propio déficit. Véase Hruschka, “*Reglas de comportamiento*”, p. 352; y, Mañalich, “*Norma e imputación*”, p. 180.

mientras sea racional esperar que el sujeto tenga la norma como razón eficaz para la acción, y en consecuencia puede verse derrotada en dos tipos de situaciones: por un lado, cuando no es posible reconocer dicha capacidad en el destinatario de la norma –casos de inculpabilidad-, y por otro cuando, pese a ser posible dicho seguimiento, el mismo es inexigible porque concurren otras razones de tal entidad que hacen que la mantención de dicha expectativa tenga carácter supererogatorio –casos de exculpación-.²³ La satisfacción de los presupuestos de ambas capacidades permite en definitiva imputar el comportamiento como una infracción de deber culpable. Pues al constatarse que el agente estaba capacitado para hacerlo y que aun así no siguió la norma situacionalmente aplicable, puede interpretarse su comportamiento como una desautorización de la norma que afecta su vigencia y queda en esa medida necesitada de restablecimiento –a través, normalmente, de la pena-.

2.3. Silogismo práctico: Seguimiento de la norma como necesidad práctica subjetiva

El carácter pragmático y contrafáctico del juicio de responsabilidad penal se clarifica aún más si se la analiza desde la perspectiva de la teoría del silogismo práctico. Al igual que en lo ya reseñado, se parte de la base que las normas de comportamiento son razones perentorias para omitir o realizar cierto tipo de acciones,²⁴ entendiéndose su quebrantamiento como una falta de reconocimiento de la misma como razón eficaz para la acción (u omisión).²⁵ Tomado como un silogismo práctico –esto es, uno que tiene por conclusión una acción (u omisión), en contraposición a un silogismo teórico-²⁶ la norma de comportamiento fungirá como premisa mayor de un silogismo, que tendrá por conclusión la abstención o la realización de la instanciación de un determinado tipo de acción.²⁷ La premisa menor, en tanto,

²³ Mañalich, “Norma e imputación”, pp. 180-181; véase también Hruschka, “Reglas de comportamiento”, pp. 350-351. Al igual que en el caso del primer nivel de imputación, también en este es posible la imputación extraordinaria cuando pese a no ser reconocible la capacidad de motivación con arreglo a la norma en el destinatario, puede hacerse responsable al mismo por su propio déficit, como en el caso de la *actio libera in causa*.

²⁴ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 19.

²⁵ Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 20.

²⁶ “Aristóteles trató de mostrar que existe un paralelismo entre el razonamiento que conduce a la verdad de una conclusión y el razonamiento que conduce a una acción, insistiendo en que, en ambos, la conclusión es implicada necesariamente por las premisas.”, Daniel González Lagier, *Acción y Norma en G. H. von Wright* (Alicante: Universidad de Alicante, 1994), p. 148. (Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/14031>)

²⁷ “[Q]ue una norma de prohibición o de requerimiento constituya, respectivamente, una razón para la omisión o la ejecución de una acción de cierta clase, significa que esa norma tendría que proveer la premisa mayor de una

corresponde a la representación del sujeto de que la conducta, de ser ejecutada, significaría una instanciación de la descripción típica.²⁸

Ahora bien, el argumento debe estar construido desde la perspectiva del propio agente a quien la norma va dirigida, lo que significa que no basta con que la norma haya sido instituida y sea por tanto una razón objetivamente existente, sino que la misma debe ser subjetivamente reconocida por el agente –pues de lo que se trata el silogismo es de extraer conclusiones respecto a cómo actuar-.²⁹ En consecuencia, precisamente lo que motivará el reproche penal será el hecho de que el sujeto a quien se dirigía la norma no haya reconocido la norma convirtiéndola en la premisa mayor de un silogismo práctico, lo que se manifiesta en que no haya extraído la conclusión que debió extraer de haber mediado dicho reconocimiento y tenido la norma como una razón para la acción –el no-hacer o el no-omitir-. Este carácter subjetivo muestra que para que pueda formularse el reproche, es necesario que se encuentren presentes los elementos que antes fueron caracterizados en la capacidad de evitación intencional –esto es, que haya dolo-,³⁰ puesto que éstos sostienen la premisa menor del silogismo. De no representarse el agente correctamente los elementos de hecho que muestran su conducta como una instanciación de la acción prohibida, es difícil (o más bien, imposible) que pueda extraer como conclusión el abstenerse o actuar en dicha situación como una necesidad práctica. Sin embargo, como se verá más adelante, la proposición inversa también es posible: la representación de la instanciación del tipo penal, aun cuando ésta no tenga finalmente lugar, servirá para fundamentar una infracción de deber en el caso de la tentativa.

inferencia práctica, cuya conclusión se corresponda con la omisión o la ejecución de una acción que a su vez ejemplifica un determinado tipo de acción.", Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, pp. 20-21.

²⁸ Lo anteriormente señalado podría ejemplificarse como:

Premisa mayor: Si A reconoce la prohibición de matar a otro como razón vinculante;

Premisa menor: y si A advierte que disparando su arma de fuego producirá la muerte de B;

Conclusión: entonces A ha de abstenerse de disparar contra B.

Hay que notar, en cualquier caso, que en este ejemplo el silogismo está formulado en tercera persona, pero que, como se indica en el texto principal, el carácter de necesidad práctica de la conclusión se manifiesta verdaderamente al considerarlo en primera persona. Así, la conclusión en ese caso será para A la omisión de la acción de disparar sobre B. Respecto a la distinción entre ambos tipos de silogismo, véase: G. H. Von Wright, *La Diversidad de lo Bueno*, trad. Daniel González Lagier y Victoria Roca (Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons, 2010), pp. 190 y ss.

²⁹ "Así, que una norma exhiba el estatus de una razón «objetivamente existente» significa que su fuerza motivacional como premisa práctica no se encuentra per se asegurada, sino que depende de que esa misma norma sea «subjetivamente reconocida» como tal por su respectivo destinatario.", Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 24.

³⁰ "[E]ntendiendo aquí por «dolo» la conjunción de los presupuestos físicos y cognitivos de la capacidad situacional de una persona de ejecutar u omitir intencionalmente una determinada acción en pos de adecuar su comportamiento a la norma respectiva.", Mañalich, *Norma, causalidad y acción*, p. 25, pie de página 32.

La explicitación de las premisas conceptuales sobre las que se sostiene el trabajo no pretende cumplir solamente un rol clarificador respecto a sus bases, sino tendrá relevancia para las respuestas que se entregue a algunas de las problemáticas planteadas por el desistimiento de la tentativa, y la forma en que se considera deben ser interpretados sus elementos.

3. Tentativa

Establecido lo anterior, es menester revisar de qué manera ha sido conceptualizada tradicionalmente la tentativa por la jurisprudencia y la dogmática chilena, para luego poder contrastarla con una comprensión que sea conciliable con el modelo antes descrito.

3.1. Posición tradicional de la tentativa en la dogmática chilena

3.1.1. Generalidades a propósito de la tentativa

Parte mayoritaria –si no la totalidad- de los autores en nuestro país parten de la base de que el delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable (al margen de las múltiples diferencias en lo que se entiende por cada elemento).³¹ Así, se observa que la tipicidad aparece como una marca decisiva del delito, tipos que se encuentran contenidos principalmente en la parte especial del Código Penal –sin trazar, en cualquier caso, la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, antes mencionada-. Ahora bien, en la medida que la tipicidad exige la satisfacción de todos los elementos contenidos en el tipo delictivo, es decir, se encuentra referida al delito consumado, es evidente para la mayoría, si no todos los autores, que la tentativa presenta un déficit a ese respecto. Esto, pues precisamente lo que distingue a la

³¹ A modo de ejemplo, véase: Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), pp. 166-168; Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 29; Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 159; Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. ampliada (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 243.

tentativa y el delito frustrado –o tentativa inacabada y acabada-³² de la consumación es la no realización de todos los elementos contenidos en el tipo penal. De esa manera parecen haberlo entendido Politoff, cuando señala que la tentativa es un delito imperfecto;³³ Cury, quien enfatiza que no cumple la descripción típica;³⁴ o Novoa, quien señala que se trata de una forma delictiva accesoria o secundaria que funciona sólo en relación a otro precepto autónomo o principal.³⁵ Posiblemente el único que presenta una opinión divergente en este punto sea Garrido Montt, quien considera que es un error creer que la consumación tiene una preeminencia conceptual respecto de la tentativa, y que hay que entender que el delito es un proceso con distintas formas de aparición, que se encuentra punido en su totalidad.³⁶

Dicho déficit, sostienen los que lo constatan, se ve subsanado a través de la creación por el legislador de tipos subordinados que amplían la descripción del comportamiento respectivamente punible, pero que solo adquieren sentido al ser relacionados con los tipos principales,³⁷ rol amplificador de la tipicidad y la penalidad que asignan al artículo 7 del Código Penal. En cualquier caso, los alcances que observan en ese carácter secundario y posterior ampliación no debiesen ser extremados –para todos los autores-; al menos Cury hace la prevención que se trataría más bien de una técnica legislativa por razones de economía para evitar la duplicación innecesaria de normas, pero que dicha subordinación formal no obstaría

³² Respecto a la posibilidad de asimilar o no ambas distinciones se hablará más adelante en el punto 3.3. Desde ya se adelanta que se consideran equiparables.

³³ “[L]a tentativa, en cuanto delito imperfecto, representa un menor injusto con relación al delito consumado, ya que, aunque la voluntad del hechor apunte a la consumación, el tipo legal no se ha completado, sino que únicamente se le ha dado principio.”, Sergio Politoff, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 106.

³⁴ “Mirada por fuera, la acción intentada no es más que un conjunto de movimientos ininteligibles. En ciertos casos de consumación, el tipo establece un marco descriptivo en el que parece posible, en principio, encuadrar el cambio del mundo exterior causado por el sujeto. Pero lo característico de la tentativa consiste, precisamente, en que la acción no se ajusta a la descripción del tipo.”, Enrique Cury, *Tentativa y delito frustrado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977), p. 16.

³⁵ Eduardo Novoa, “El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible”, *Revista de derecho y ciencias sociales*, Año XXXI, n° 124 (abril – junio 1963): p. 24; y Eduardo Novoa, *Curso de derecho penal chileno*, Tomo II, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 109.

³⁶ “El tipo penal no comprende solo el delito consumado; comprende también la tentativa y la frustración, porque el tipo es la descripción de un comportamiento humano, de una acción o de una omisión del hombre, y ya se ha señalado que acción no es algo que ocurra en un instante, sino que es un proceso dirigido a un fin, que se desarrolla en el tiempo y que puede estar conformado por una serie de actos.”, Mario Garrido Montt, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984), p. 138.

³⁷ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 26; Novoa, “El proceso de generación”, p. 24; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 148.

al carácter autónomo de su injusto.³⁸ Algo similar puede decirse de Novoa, quien afirma que dicha subordinación es sólo en cuanto los tipos de la parte especial tienen una existencia lógica previa, y en cuanto tienen como fin la realización de dicho tipo.³⁹ Con esto, se acercan a la interpretación de Garrido Montt, ya mencionada.

Antes de entrar a las razones que se esgrimen para fundamentar la punibilidad de la tentativa, es útil detenerse en una comprensión del desarrollo del delito que es compartida de manera casi unánime en el país: el *iter criminis*. Esta noción presupone que habría un ‘camino’ que comenzaría por una fase interna, en la que a partir de ciertos estímulos el sujeto haría una selección valorativa de los mismos, formándose una resolución. Posteriormente seguiría una fase de planificación del delito, generalmente también interna. Luego, dicha resolución se vería exteriorizada a través de actos preparatorios de la misma, para finalmente ser puesta en ejecución, la que se desarrollaría también en etapas: dándosele inicio, realizando todos los actos dependientes del sujeto para su materialización y, por último, produciéndose el resultado –correspondiendo, respectivamente, a tentativa, delito frustrado y consumación-.⁴⁰ La principal utilidad que verían los autores en dicho modelo sería el distinguir los procesos internos de los externos. Esto, porque respecto de los primeros en ningún caso cabría su castigo –lo que se remonta al principio romano de *cogitationis poenam nemo patitur*-, mientras que los segundos sí serían susceptibles del mismo, al ser exteriorizada esa voluntad de alguna forma u otra. Ahora bien, dentro de estos últimos, la delimitación entre los actos que se miran como ‘preparatorios’ –generalmente no sancionados- y los ‘ejecutivos’ se ve como particularmente problemática y difusa para la mayoría de la doctrina, además de ser rechazada

³⁸ Véase: Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 26-27. Politoff, en cambio, sí parece afirmar una forma de dependencia más profunda, vinculada al injusto y al bien jurídico que protegen. Lo mismo Etcheberry, que señala: “La tentativa, en suma, no es un delito; es una forma de aparición de un delito, forma imperfecta, que no llega a la realización plena del evento descrito por la ley.”, Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 59.

³⁹ Eduardo Novoa, “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, *Revista de Ciencias Penales*, n° 1, Tomo XX (enero – junio 1961): p. 5. Cabe destacar que esa mitigación no se ve con la misma fuerza en las otras obras del autor, ya citadas. De igual manera, debe señalarse que el acercamiento con Garrido Montt que se menciona también es parcial, pues Novoa explícitamente indica que no se suma la descripción de la actividad tentada con la del tipo concreto, sino constituye un tipo nuevo.

⁴⁰ Así se puede ver, por ejemplo, en: Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 9-10; Juan Bustos y Hernán Hormazábal, *Lecciones de derecho penal*, Volumen II (Madrid: Editorial Trotta, 1999), p. 257; Novoa, “El proceso de generación”, pp. 26-29.

abiertamente por algunos autores.⁴¹ En cualquier caso, tanto si se acepta esa dualidad como si no, el problema se traduce en determinar desde que momento puede decirse que existe tentativa.

3.1.2. Teorías sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa

La pregunta por el fundamento de la punibilidad de la tentativa tiene relevancia para la respuesta que se le da a otras preguntas relacionadas con la misma, como la delimitación de su inicio, el si debe ser considerada desde la perspectiva de su autor o de un observador imparcial, y la punibilidad de la así llamada tentativa inidónea. Tradicionalmente las respuestas son clasificadas entre fundamentaciones objetivas, subjetivas y mixtas.

3.1.2.1. Teorías objetivas

Éstas suelen partir sobre la base de una idea de protección directa de bienes jurídicos según la cual, en los casos en que la lesión no se produce, lo relevante será que de cualquier forma se puso en peligro al mismo con la conducta del sujeto, por lo que se justifica una sanción –si bien menor al caso del delito consumado-, y se distingue entre tentativa, delito frustrado y consumación por el mayor o menor peligro en que ponen al bien jurídico;⁴² quienes parten de esta base suelen ser reacios a la punibilidad de la tentativa inidónea. En respuesta a la crítica que se les ha formulado –a aquellas centradas en la noción de peligro-, respecto a que en las formas imperfectas de realización del delito el resultado en cualquier caso no se produjo, por lo que no existe en realidad el riesgo o peligro que afirman en contra del bien jurídico, y que en cierto sentido toda tentativa es inidónea o defectuosa, muchas de éstas –haciendo una adecuación- señalan que dicho peligro debe mirarse desde una perspectiva ex ante, al momento de la realización del hecho, siendo peligrosa si al momento de la

⁴¹ Así, por ejemplo, Garrido Montt, quien abandona esa distinción por no ser propia de la estructura misma de los actos, así como por su inutilidad, centrándose en dilucidar que cabe entender por ‘dar principio a la ejecución’ y ‘por hechos directos’; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 112 y ss.

⁴² “Sobre la base del principio de lesividad, nuestra ley protege bienes jurídicos particulares, que no son puestos en peligro por las representaciones del hechor.”, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 143.

ejecución la producción del resultado ‘aparecía’ como posible.⁴³ Esto, no obstante, puede complejizar aún más el análisis, pues la determinación del riesgo se hace depender de supuestos cursos causales hipotéticos que en definitiva no ocurrieron y en muchos casos ni siquiera fueron considerados por su autor. Y, ¿desde qué perspectiva debe analizarse si ‘aparecía’ como posible? Pues si una persona se apresta a disparar a otra y no percibe a un tercero, funcionario policial, que avanza a desarmarlo por su espalda, da la impresión que desde una perspectiva ‘objetiva’ habría que considerar que el riesgo, aun *ex ante*, es casi inexistente (o al menos bajo); si, en cambio, se defendiera que el riesgo debiese tomarse no solo *ex ante* sino desde la perspectiva del sujeto, se empieza poco a poco a avanzar hacia un subjetivismo que toma como lo relevante las representaciones que tenía el sujeto al momento de actuar. Por lo demás, esta caracterización no parece adecuarse a la perspectiva desde la que el juez considera el hecho, pues se le estaría exigiendo que artificialmente omitiera sus conocimientos sobre lo que realmente ocurrió, se retrotrajera a un momento anterior e imaginara cursos posibles que en definitiva no ocurrieron. En cualquier caso, Politoff adopta esta postura y lo mismo puede decirse de otros autores como Novoa.⁴⁴

3.1.2.2. Teorías Subjetivas

Las teorías subjetivas, en cambio, consideran que lo sancionable es la conducta en sí misma en cuánto disconformidad o rebelión contra el orden jurídico, esto es, voluntad contraria a derecho, que se ve tanto en el hecho consumado como en el intentado.⁴⁵ Un importante elemento introducido por la jurisprudencia alemana en esta línea es la noción de *error al revés*, en que a la inversa del error de tipo, en que el no tener conocimiento de la

⁴³ Así, Politoff, quien decididamente parece adoptar esta perspectiva, afirma: “*La existencia del peligro objetivo se determina sobre la base de la situación a la época de la realización del hecho, esto es, con arreglo a las circunstancias que existían entonces (ex ante) y no sobre la base de la situación a la época de la no producción del resultado (ex post). De ese modo, la tentativa se estima peligrosa (y, por ende, punible), si al momento de la ejecución del hecho la producción del resultado aparecía como posible.*”, Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 108-109.

⁴⁴ “[D]esde el punto de vista del fundamento objetivo de la punibilidad de la tentativa, constituido, según explicamos, por el peligro de un hecho que el legislador tiene tipificado por estimarlo generalmente atentatorio en contra de un bien jurídico digno de protección.”, Novoa, “El proceso de generación”, p. 28.

⁴⁵ “Reconocen en general que en la tentativa falta la lesión del interés jurídico protegido, pero afirman que lo castigado es la conducta en sí misma, en cuanto importa una rebelión contra el orden normativo; es la voluntad contraria a derecho lo que se castiga, y tanto en el delito consumado como en el intentado esa voluntad es la misma.”, Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 264.

conurrencia las circunstancias típicas excluye el delito por falta de dolo, en estos casos el creer que los mismos concurren aun no haciéndolo opera como fundamento de la pena.⁴⁶ Algunas críticas que han recibido estas teorías son que extenderían la punibilidad más allá de límites aceptables –tanto castigando ‘etapas anteriores’ como casos de tentativa inidónea-, que serían una forma de derecho penal de autor, e incluso –y relacionado con lo anterior- que pasarían por encima de las garantías personales desembocando en Estados policiales, principalmente por haber sido utilizada una forma de éstas durante el régimen nazi en Alemania.⁴⁷ Dejando de lado la última crítica, cuyo carácter falaz y reduccionista no resiste mayor análisis,⁴⁸ debe afirmarse que tampoco se justifica la vinculación con un supuesto derecho penal de autor, al modo de un defecto de la personalidad del mismo, puesto que existen otras líneas tanto o más importantes que la anterior, como la idea de culpabilidad por la elección, que también son propiamente subjetivas.⁴⁹ Respecto al temor al desbordamiento

⁴⁶ “Al decir del tribunal supremo: así como no saber y el no querer las circunstancias de hecho del tipo delictivo que existen realmente es un error eficaz que libera de pena; así, el saber y el querer de las circunstancias que no existen realmente (esto es, un error al revés) opera como fundamento de la pena”, Politoff, *Los actos preparatorios* p. 114, aun cuando criticando este planteamiento. Cabe hacer notar que, diferencia de lo sostenido en el texto principal, un sector importante de la doctrina considera relevante, además de la falta de conocimiento, el ‘no querer’, como se ve en la cita.

⁴⁷ Así, por ejemplo: “Esta es la doctrina del positivismo italiano, que valora el animus necandi del sujeto en lugar del resultado, que V. Bury llevó a los tribunales del imperio alemán, y que exacerbó la Escuela de Kiel, la que se pronunció por el derecho penal del autor: no se castiga el acto peligroso, sino al individuo peligroso para el estado.”, Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 264.

Lo mismo en Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 110-117, quién hace una revisión (exageradamente) crítica de las teorías subjetivas, asociándolas con el nazismo y el modelo amigo-enemigo de Carl Schmidt.

⁴⁸ Es evidente que del hecho en la Alemania nazi se haya adoptado una forma de fundamento subjetivo no se sigue que toda teoría que tenga ese tipo de fundamentos atentará contra las garantías individuales o desembocará en un Estado Totalitario.

⁴⁹ La crítica a un derecho penal de autor parece especialmente vinculado a entender que el fundamento subjetivo que subyace a la punibilidad (en este caso de la tentativa), pasa por ser el hecho realizado una expresión de un carácter o rasgo de la personalidad inapropiado por parte del autor. Así, el hecho –si se exige- sólo sirve como un indicio que permite identificar ese carácter criminal que es necesario corregir, en una línea similar al prevenciónismo especial. Una buena caracterización de estas teorías, así como una mejor versión (aunque también criticada) que entiende que los hechos no son sólo indiciarios sino constituyen ese carácter criminal, puede verse en R.A. Duff, *Criminal Attempts* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp. 173-192. Por el contrario, una teoría subjetiva basada en la elección considera que el reproche sólo será merecido en la medida que las acciones que son adscritas hayan sido propiamente elegidas por el autor, lo que tendrá relación con las nociones de control –el cual es necesario tener para poder elegir- y azar –que se opondría, en cambio, a la elección-. Se suele vincular, también, las ideas de intención y de creencia, como indica el mismo autor: “*What is choice, A minimal notion of choice can be defined in terms of intention and belief. I choose to bring about those results which I intend to bring about, or believe that I will bring about; I choose to take a risk of bringing about those results that I believe my action might bring about.*”, Duff, *Criminal Attempts*, p. 148; en general respecto a subjetivismo, culpabilidad y elección, Duff, *Criminal Attempts*, pp. 147-172. Lo anterior no significa que la culpabilidad por elección esté exenta de críticas; una forma extrema de ella, como la defendida por Alexander y Kessler Ferzan, llega a considerar que el daño que efectivamente ocurre –como podría ser en este caso, la diferencia entre un delito tentado y consumado- no debiese afectar el grado de reproche que merece la acción

de la tentativa, el énfasis en lo subjetivo no impide –como se verá luego- la exigencia perentoria de una exteriorización a través de una acción, por lo que en ningún caso se corre el riesgo de vulnerar el *cogitationis poenam nemo patitur* castigando meros pensamientos; la fijación del momento en que dichas exteriorizaciones tienen relevancia penal, en tanto, no pasará tanto por una apelación directa al fundamento de la tentativa sino más bien por la delimitación de la noción de principio de ejecución. Sí es cierto, en cambio, que estas teorías son más propensas a favorecer el carácter punible de la tentativa inidónea, incluso la llamada ‘absolutamente inidónea’ –sin llegar, no obstante, a la penalización de las tentativas irreal y supersticiosa-. En nuestro país, Cury parecía seguir esta clase de fundamentación,⁵⁰ aunque se desplazó luego hacia un fundamento mixto en la línea de la teoría de la impresión,⁵¹ desarrollada a continuación.

3.1.2.3. Teorías Mixtas⁵²

Las así llamadas teorías mixtas, en tanto, constituyen una superación o modificación de lo sostenido por algunas teorías subjetivas, pero con ciertos elementos nuevos que intentan dar respuesta a las limitaciones de aquellas. Bajo esta denominación se incluye aquí tanto la teoría de la impresión como la de la expresión –si bien la etiqueta puede tener más sentido para la primera-. La teoría de la impresión también parte de la base que lo reprochado es la voluntad

realizada. Larry Alexander y Kimberly Kessler Ferzan, *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 171. Ese error se supera, no obstante, entendiendo que la elección actúa como un criterio de adscripción de la acción realizada, no como el objeto de la misma: “*The interpretation which is needed in order to sustain the desert-equivalence thesis takes ‘choice’ to designate the object of the responsibility ascribed to the offender. But this misreads the function which should be assigned to the category of choice under the so called principle of (subjective) responsibility. For ‘choice’ can be rather understood as designating that what warrants the ascription of the doing or not-doing something by the agent, inasmuch as the agent has chosen so.*”, Mañalich, “The Derivative Nature of Liability for Criminal Attempts. A Norm-theoretical Approach” (por publicar): p. 15.

⁵⁰ Esto desde una perspectiva finalista, que considera que lo prohibido no es la mera causación de un resultado sino la acción finalistamente dirigida por la voluntad, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 20. Agrega luego que en la tentativa se da una divergencia entre el proceso causal real y la finalidad que lo orientaba, poniendo el foco en dicha finalidad, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 22.

⁵¹ Así, en una edición de su manual posterior a su obra especializada sobre la materia, señala: “*Tal como ya se ha explicado, la solución correcta supone tener en cuenta, en primer lugar, el disvalor de la acción; pero sin perder de vista la significación que atribuyen al del resultado, para ciertos casos, las concepciones socioculturales imperantes.*”, Cury, *Derecho Penal*, p. 575; aunque acto seguido agrega que el disvalor de resultado en los delitos de mera actividad y la tentativa de delitos de resultado actúa sólo como un ‘límite extremo’.

⁵² Pese a las claras diferencias entre la teoría de la impresión y la teoría de la expresión, se agrupan bajo una misma sección por ser la forma en que tradicionalmente son presentadas en la doctrina nacional.

contraria a derecho, pero limitada a aquellos casos en que la conducta produzca además una conmoción relevante en el ordenamiento jurídico.⁵³ Así, considerando que el fundamento es el mismo que en las subjetivas, y que éstas también establecen límites a la sanción de dicha voluntad contraria a derecho, da la impresión que se trataría, más bien, de una diferencia de grado.

Conforme a la teoría de la expresión, en tanto, se considera que el contenido mínimo del comportamiento punible es el ataque a la validez de la norma jurídica por parte del autor del mismo, al poner de manifiesto que no se rige por la norma.⁵⁴ Esta característica se presentaría tanto en la tentativa como en la consumación, si bien la objetivación del quebrantamiento sería mayor en el segundo caso. De la misma se sigue perentoriamente la necesidad de exteriorización de esa voluntad contraria a derecho y, a juicio de quienes la sostienen –en particular: Günther Jakobs–, permite distinguir con mayor claridad que las teorías subjetivas tradicionales por qué no toda preparación puesta en práctica es punible.⁵⁵ Por último, la propuesta de Jakobs exige que, para que haya un ataque real a la validez de la norma, el comportamiento y representación del autor deben ser comunicativamente relevantes, con lo que se excluyen nítidamente las tentativas irreales y supersticiosas.⁵⁶ De esta manera, al incorporar la exteriorización de la voluntad contraria a la norma como un elemento integrante del comportamiento punible, supera parte de las críticas formuladas a las teorías subjetivas, además de la clara ventaja que representa el carácter expresamente normativo de esta teoría.

3.1.3. Dolo y tentativa

La doctrina nacional uniformemente reconoce la importancia del dolo como elemento subjetivo necesario para la tentativa punible –y, como explicitaremos luego, constituye de hecho el fundamento de la misma–, excluyendo por tanto la posibilidad de imputar una

⁵³ “Es una tesis ecléctica, donde la tentativa se pena por ser voluntad rebelde, pero donde el merecimiento de la sanción queda sujeta a circunstancias objetivas, como la provocación de una pérdida de la confianza en la efectividad del orden normativo.”, Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 265.

⁵⁴ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, 2ª ed. Corregida (Madrid: Marcial Pons, 1997), p. 863.

⁵⁵ Jakobs, *Derecho Penal*, p. 862.

⁵⁶ Jakobs, *Derecho Penal*, pp. 864-865. Sobre teoría de la expresión, véase también: Juan Pablo Mañalich, “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4 (2004): pp. 145-146.

tentativa a título de culpa o imprudencia.⁵⁷ De igual manera, comparten que la ‘extensión’ de éste es análoga a la del delito consumado, debiendo ‘cubrir’ tanto los hechos que se alcanzaron a realizar como los que no –en el caso de la inacabada-, y el resultado de dicha actividad; esto lleva a la gran mayoría a afirmar que no presenta particularidades respecto al dolo en el delito consumado.

La unanimidad se rompe respecto al tipo del dolo suficiente, puesto que si bien los que plantean la asimilación completa con el caso de la consumación reconocen que basta con haber actuado al menos con dolo eventual,⁵⁸ otros como Cury y Etcheberry se distancian en este punto –aunque su postura parezca minoritaria-. El primer autor plantea que lo que distinguiría al dolo eventual del directo sería que en el primero esta juega un rol ‘pasivo’, ‘aceptando’ el resultado si se produce, pero no ‘buscándolo’ activamente como ocurriría en el dolo directo.⁵⁹ Sostiene, luego, que esa estructura es lógicamente incompatible con la tentativa, porque no se puede intentar lo que sólo se acepta. Por último, agrega que la exclusión del dolo eventual se encontraría expresamente consagrada en el art. 7 CP, en la exigencia que se dé principio a la ejecución por hechos directos.⁶⁰ Etcheberry critica, además, que si bastara el dolo eventual habría un problema de individuación de tentativas punibles, puesto que fácilmente se multiplicarían las tentativas si bastara con representarse (y aceptar, en sus términos) una posibilidad (lo que le parece inconcebible).⁶¹ En respuesta a esta última crítica basta señalar que efectivamente si el sujeto se representa una posibilidad relevante de una realización plural –de muertes, por ejemplo, al poner una bomba-, éste *debe* ser penado por todas ellas, caso en el que deberán aplicarse las reglas correspondientes de concurso de

⁵⁷ Respecto a la impunidad de la tentativa imprudente: Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 165-166; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 100; Novoa, *Curso de derecho penal*, p. 127; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 136.

⁵⁸ Por ejemplo: “*El elemento subjetivo en el delito intentado no ofrece modalidades especiales. El dolo del delito consumado es el mismo que el del delito intentado: o sea, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de concretarlo. También deben concurrir los elementos subjetivos del injusto [...]. La doctrina mayoritariamente acepta que puede darse en la tentativa del dolo eventual.*”, Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 269.

⁵⁹ “[L]a diferencia entre dolo directo y eventual radica en la posición de la voluntad. En el primero de ellos, la voluntad es activa y se dirige hacia el objetivo. En el segundo, es pasiva; acepta el resultado típico si se produce, pero ‘no lo busca’.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 96.

⁶⁰ “[E]l art. 7° inc. Tercero exige se haya dado principio a la ejecución mediante hechos directos. Esto significa, en efecto, que los actos realizados deben estar orientados a la consumación del delito”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 97. Etcheberry hace consideraciones similares, si bien menos desarrolladas, en Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 64.

⁶¹ Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 64.

delitos –y lo mismo, por cierto, si se representa tanto la probabilidad de lesiones y homicidio, que pueden encontrarse en concurso aparente-.⁶² En cuanto al argumento de texto mencionado, está lejos de ser concluyente, si se considera que existen otras interpretaciones plausibles para el precepto.⁶³

Respecto a la objeción principal, en primer lugar debe señalarse que no es imposible la exigencia de dos estados mentales distintos como elemento subjetivo del delito consumado y el tentado (en sentido amplio), en la medida que –como se verá más adelante- se reconozca que uno y otro corresponden a dos tipos de actos conceptualmente distintos. No obstante lo anterior, el fundamento que entregan los autores que defienden esa postura –que se desvía del dolo que normalmente se exige para fundar el delito, por lo que parecería recaer en ellos la carga de demostrarlo- resulta circular, pues al afirmar que ‘no se puede intentar lo que sólo se acepta’ como si fuera una contradicción lógica,⁶⁴ se está introduciendo como requisito, dentro de la misma definición de tentativa, al dolo directo, cuando en realidad dicha postura se deriva de dos presupuestos que en ningún caso es necesario compartir. En primer lugar, como Cury expresamente señala,⁶⁵ parte de la base de que el ‘elemento volitivo’ sería un rasgo definitorio del dolo en cualquiera de sus formas, y aquello que lo diferencia de la culpa. Como se señaló anteriormente,⁶⁶ existen buenas razones para considerar que dicho elemento no aporta nada relevante a la función que el dolo cumple en el juicio de imputación, siendo un error dar una supuesta primacía conceptual al dolo directo.

⁶² Esto ya fue correctamente identificado por Politoff, quien luego de afirmar que el problema es generalmente probatorio, señala: “*Demostrado que el atentado se dirigía simultáneamente contra varias personas, con la posibilidad de la representación del peligro para todas ellas y su aceptación, ello no significa, en efecto, una mera intensificación cuantitativa de una misma tentativa, sino que significa la realización plural del tipo de tentativa.*”, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 164. Cabe hacer reparos a lo innecesario del término ‘aceptación’ en el dolo eventual, así como a hablar del ‘tipo’ de tentativa.

⁶³ A modo de ejemplo, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 134, lo considera una exigencia de univocidad e idoneidad de los actos; Politoff, en cambio, como una exigencia de que el delito haya principiado directamente, por actos exteriores, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 161. Además, como menciona Londoño, resulta a lo menos sospechoso el uso por autores como Etcheberry y Cury de la fórmula ‘hechos directos’ para cumplir en paralelo tres funciones distintas, Fernando Londoño, “El caso de la ‘Llave de gas del frustrado suicida-parricida’: sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual”, en *Casos Destacados. Derecho Penal. Parte General*, dir. Tatiana Vargas (Santiago: Thompson Reuters, 2015), p. 254.

⁶⁴ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 97.

⁶⁵ “[S]i se estima, por otra parte, que el elemento decisivo en la estructura del dolo en general es el volitivo”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 96.

⁶⁶ Supra, 2.2.

Más importante, no obstante, es el segundo presupuesto, pues aun concediendo que el dolo eventual implicara una ‘posición de la voluntad pasiva’, la mayor confusión proviene de la manera en que sostienen debe entenderse el término ‘tentativa’, que supuestamente exigiría una actitud interna activa tendiente al objeto de la misma. Esto parece derivarse de entender que la tentativa penal no se distinguiría del uso no jurídico o natural del término, y que éste a su vez se encontraría estrechamente ligado al verbo ‘intentar’, el que tendría en su base esa intención positiva. Pueden plantearse múltiples críticas a esta cadena (implícita) de inferencias: En primer lugar, el uso normal de un término no tiene por qué coincidir necesariamente con el que se le da en una disciplina específica –si bien puede usarse como un argumento para defender una comprensión determinada-. Pero aún más significativo resulta el constatar que esa supuesta univocidad respecto a los conceptos de tentativa y de intentar que Cury da por sentado no se corresponde con la realidad. Si bien uno de los usos de la expresión denota esa noción de ánimo,⁶⁷ también existen otros en los que el mismo no resulta relevante, como al entenderlo como una actividad que fue iniciada –y, cabe agregar, no terminada, de lo contrario se hablaría simplemente de la acción realizada-.⁶⁸ Algo que en cualquier caso parece encontrarse en el núcleo de la noción del intento, que atraviesa los distintos usos antes mencionados, es que el mismo se encuentra ligado a la noción de fracaso, pues de lo contrario no hablaríamos de aquello que se intentó, sino de aquello que fue realizado.⁶⁹ Ejemplificándolo con una situación concreta, en el caso de un joven al que en una clase se le exigiese realizar un salto de determinada altura y luego saltara, no alcanzando la misma, hablaremos de su intento sin parar a preguntarnos si efectivamente su propósito se encontraba en concretar la acción por sí misma –como sería si se le exigiera ‘dolo directo’- o si su propósito era uno totalmente distinto –pretendía complacer a su profesor, o deseaba obtener una buena calificación, o se sentía compelido por el contexto institucional, o quería evitar un potencial castigo de no conseguirlo, entre múltiples otras alternativas-. Por lo demás, y volviendo al concepto penal de tentativa, algo que los defensores del dolo directo como requisito de la tentativa no parecen ver –como ha sido constatado por Londoño a propósito de

⁶⁷ Como puede verse en la primera entrada de ‘intentar’ en la RAE, que menciona: “Tener ánimo de hacer algo”.

⁶⁸ Como se observa, a su vez, en la segunda entrada de ‘intentar’ de la RAE, que señala: “Preparar, iniciar la ejecución de algo”, noción que fácilmente podría relacionarse con la de principio de ejecución.

⁶⁹ Punto sobre el que se vuelve en infra, 3.2.

una sentencia de la Corte Suprema que exige dolo directo en una tentativa de parricidio-,⁷⁰ es que de su forma de presentar el problema se sigue que el ‘dolo de consecuencias seguras’ o dolo directo de segundo grado –que compartiría, en su terminología, el carácter ‘pasivo’ de la voluntad con el dolo eventual- tampoco bastaría como fundamento de una tentativa. Dichos autores, no obstante, no tienen mayor inconveniente en afirmar que existe una tentativa punible en esos casos –contradiendo sus presupuestos, y desarrollos expuestos-,⁷¹ lo que puede servir como otro indicio de que el ‘elemento’ relevante en el dolo no es uno ‘volitivo’, sino el conocimiento.

Esto es así, por lo demás, porque lo relevante para el carácter reprochable de la conducta no es el que haya sido realizada con la intención de producir o alcanzar el resultado típico por sí mismo –como suele caracterizarse el dolo directo de primer grado-, sino que dado el principio de contrafacticidad de la imputación, en virtud del cual lo que se está atribuyendo es el *no seguimiento* de una norma de comportamiento, la pregunta relevante no será por la intención que haya guiado el comportamiento del sujeto sino el hecho de que, estando plenamente capacitado para realizar la intención adecuada, no se haya formado la conclusión práctica de hacerlo –esto es, la de seguir la norma cuando se representó que ésta era situacionalmente aplicable-.⁷² Y esto basta tanto para una acción que produce finalmente el resultado típico como para la que no, porque en ambos casos el sujeto se representó su futuro comportamiento como una posible instanciación de la conducta descrita en el tipo penal, teniendo por tanto la necesidad práctica de abstenerse de realizar la misma si reconocía la norma como una razón vinculante para la acción, reconocimiento que en ambos casos fracasa –y justifica, luego, el reproche penal-.

⁷⁰ Londoño, “El caso de la llave”, pp. 256-257.

⁷¹ En el caso de Cury con un escueto: “No existe duda alguna de que la tentativa puede cometerse con dolo directo. Tampoco parece discutible la posibilidad de ejecutarla con dolo de las consecuencias necesarias.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 95, sin mayor problematización.

⁷² “Hence, such an ascription of responsibility can be understood as motivated by the question of whether the agent’s failure to deliver the practical conclusion which she would have had to deliver if she had been capable of transforming her counterfactually expected acknowledgment of the norm into some intentional behavior-token. We can call this the ‘principle of counter-facticity of imputation’. Under this principle, what needs to be established is whether the agent was in fact capable of effectively transforming her acknowledgment of the applicable prohibition norm into the intentional omission of ϕ . For if we can properly assert that she was capable of intentionally omitting ϕ , although in fact she did not intentionally omit ϕ , then we can conclude—in the tollendo tollens mode—that in fact she did not acknowledge the applicable prohibition norm as binding reason.”, Mañalich, “The Derivative Nature”, p. 7.

3.2. Carácter deficitario: la tentativa como (pura) infracción de deber

Una comprensión más coherente de la tentativa pasa por replantearse dos premisas que tradicionalmente adopta la doctrina nacional, que fueron brevemente desarrolladas con anterioridad: Por un lado, por abandonar la noción de *iter criminis*, de un supuesto camino que partiría con un impulso, un estímulo o una idea de cometer un delito, y terminaría con la consumación del mismo; y, por el otro, por tomarse en serio el carácter dependiente o parasitario de la misma.

Respecto a la primera de éstas: ¿qué rendimiento sistemático para la teoría del delito puede tener el mantenimiento de la terminología tradicional del *iter criminis*, como se ve en parte importante de la doctrina nacional?⁷³ Por un lado, podría criticarse que en muchos casos sea una descripción verídica de como una persona llega a cometer un delito, luego de lo que parecería un largo periodo de deliberación y planificación interna. Pero aún más cuestionable resulta su pretendida utilidad: si se pretende defender como una forma de resguardar el *cogitationis poenam nemo patitur*, no parece que la tematización de esas ‘etapas’ anteriores contribuya en algo al esclarecimiento del mismo, considerando que éste precisamente expresa que ellas no son penadas –y, no tratándose de un delito ni mereciendo pena, no parecen una materia que interese al derecho penal-; más funcional en ese sentido resultaría la elaboración de un criterio que hiciera operativa la problemática expresión del principio de ejecución.

Otra posible justificación para su uso es que las distintas y sucesivas etapas reflejarían un progresivo desarrollo de la acción que avanzaría hasta su completitud, lo que justificaría las diferencias penológicas según dicho avance, entre tentativa, delito frustrado y consumado; esto, ya sea que se adhiera a una teoría basada en el supuesto mayor peligro que representaría cada una, como hacen algunas teorías objetivas ya reseñadas, o siguiendo una argumentación distinta, como el caso de Garrido Montt, quien considera a las tres como fases de una conducta que se desarrolla en el tiempo. A esta (problemática) comprensión subyacen errores categoriales: por un lado confunde el acto –relacionado con un evento o suceso, entendido este

⁷³ Así, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 46; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 9 y ss.; Novoa, “El proceso de generación”, pp. 26-27; Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, pp. 51-52; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones*, pp. 370-371.

último como un cambio de un estado de cosas espacio-temporalmente situado⁷⁴-, con la actividad que la precede –el cual efectivamente se desarrolla en el tiempo- y busca producirlo. Por otro, mezcla características propias de la acción entendida como un tipo, como una descripción que puede predicarse de una acción particular –o instanciación del tipo-, dentro del que operaría la determinación de sí la acción fue o no consumada –es decir, reunió todos los elementos relevantes de esa descripción-, con el desarrollo que se produce durante dicha instanciación particular –donde se puede discutir el carácter completo o incompleto de la misma-.⁷⁵ En contra de lo señalado por Etcheberry en su manual (aludiendo a su vez a Pacheco)⁷⁶, se sostiene aquí que el delito –al menos tratándose de un delito de resultado-, desde la perspectiva relevante al derecho penal aparece, efectivamente, como Minerva en la cabeza de Júpiter, de una vez y armada. La comprensión contraria, por lo demás, conlleva una multiplicación innecesaria de acciones, pues habría que entender que a cada delito consumado lo precedería un⁷⁷ delito frustrado y una tentativa de sí mismo, en las distintas fases que fue atravesando, con las que se encontraría en concurso (aparente). Esta confusión parte de una más general que la referida exclusivamente al delito consumado y la tentativa, como es entender que a cada acción precedería un intento de realizarla, entendiendo a la acción como un ‘intento exitoso’, lo que invierte la categoría principal con la dependiente.⁷⁸

⁷⁴ “El suceso ‘en sí mismo’ es el cambio o transición del estado de cosas que reina en la ocasión anterior al estado que reina en la ocasión posterior”, G. H. Von Wright, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, trad. Pedro García Ferrerò (Madrid: Editorial Tecnos, 1970), p. 46. Ver también, respecto a ‘ocasión’ como punto espacio temporal que permite individualizar un hecho, p. 42; y respecto a la distinción entre acto y actividad, y la relación con suceso y proceso, respectivamente, p. 58.

⁷⁵ “From this it follows that the distinction between a consummated and an attempted offense cannot be properly understood as a distinction between a ‘complete’ and an ‘incomplete’ offense. For the notion of completeness must be applied to some process which begins at some point and ends at a different point, in which it becomes completed. [...] In contrast to ‘consummation’, ‘completeness’ is thus an action-token category, since it concerns the process of execution of some particular action, irrespective of the set of alternative descriptions which may be true of that same action.”, Mañalich, “The Derivative Nature”, p. 11.

⁷⁶ Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 51.

⁷⁷ O, si se hilara más fino, múltiples tentativas desde el inicio de la ejecución hasta que esta termina.

⁷⁸ En relación al caso de la tentativa: “But this is quite incompatible with the idea that the notion of an attempted offense is the notion of an ‘unsuccessful’ –because imperfect- offense, whereas the criteria for ‘success’ are identical with the conditions upon which the offense’s –and not the attempt’s- consummation depends. For in this contexts, the very notion of a ‘consummated attempt’ is, strictly speaking, a contradictio in adjecto.”, Mañalich, “The Derivative Nature”, p. 14. En general respecto al hacer y el intentar: “Cuando un acto no consigue el resultado pretendido, el agente ha intentado hacer algo que de hecho, no consiguió alcanzar (hacer). Intentar es así un modo de actuar ‘lógicamente incompleto’.”, Von Wright, *Norma y Acción*, p. 59; “Sería un error pensar que cuando un agente ha realizado con éxito un acto, también ha intentado realizarlo. Una observación similar puede hacerse de la actividad. Normalmente, cuando cierro una puerta o ando o leo no puede decirse que intento con éxito cerrar la puerta o mover mis piernas o descifrar las palabras. Interpretar cada acto como resultado o

Contra lo anterior, se defiende, por tanto, la primacía conceptual que posee la consumación, que exige o consiste en la realización de todos los presupuestos del tipo penal por la acción particular que lo instancia, y el carácter deficitario que muestra la tentativa (en sentido amplio) del mismo, que precisamente se diferencia por la no satisfacción de los presupuestos del tipo. Desde la perspectiva del objeto de adscripción, como fue desarrollado anteriormente, los actos que se atribuyen en ambos casos son diferentes: en uno, -a modo de ejemplo- un homicidio, en el otro, un no-homicidio. Viéndolo así, no obstante, se hace imperativo replantear la pregunta por el fundamento de la punición de esa acción atípica –así como su criterio de identificación.⁷⁹ Conforme al modelo esbozado en un comienzo, el fundamento se encuentra en haberse representado el sujeto que tenía el deber de omitir (o ejecutar) la conducta que daría lugar al acto descrito en la norma y haber actuado (u omitido hacerlo) a pesar de ello. En otras palabras, el dolo o representación, que como había sido mencionado es un presupuesto que sostiene la premisa menor del silogismo práctico –pues está formulado en primera persona, y sólo en la medida en que el sujeto se represente que su acción instanciará el tipo contenido en la norma puede extraer como conclusión la necesidad práctica de omitir o actuar-, debería haber llevado en estos casos a abstenerse también de dicha ejecución, pese a no haber concurrido situacionalmente la norma relevante –desde una perspectiva ‘objetiva’-, porque desde la perspectiva del sujeto esta sí resultaba aplicable, por lo que en cualquier caso no extrajo la conclusión –la omisión, bajo una norma prohibitiva- que debió haber extraído, desautorizando así la norma.⁸⁰ Es decir, el dolo –como representación, y bastando el eventual- justifica en este caso el reproche por la pura infracción de deber, pese a

consecuencia del intento actuar [sic] sería una distorsión.”, Von Wright, *Norma y Acción*, p. 68. Ver también Duff, *Criminal Attempts*, p. 289. Estos autores también son citados, y la misma idea desarrollada, en Mañalich, “The Derivative Nature”, pp. 13-16.

⁷⁹ Vale la pena hacer la prevención, adelantándose a la crítica, que esto no significa una pendiente resbaladiza o una apertura a la punición de cualquier acción atípica, como podría temer alguna doctrina, pues la misma se encuentra limitada y definida tanto por el dolo que permite vincular esa acción fallida con la descripción típica que se intentó y no consiguió realizar, así como por la exigencia de haber dado principio a la ejecución. Así, el tipo sigue estando presente, si bien indirectamente, a través de la representación del autor.

⁸⁰ A modo de ejemplo, dos personas ‘A’ y ‘B’ están en un bote en un lago. A cree erróneamente que B no sabe nadar. En ese caso, si A tiene como premisa mayor la prohibición de matar a otro como razón vinculante, y como premisa menor tiene que su acción de empujar a B al lago tendrá como resultado la muerte de B por inmersión, como conclusión extraerá la necesidad práctica de no empujar a B al lago. De su empujarlo, puede extraerse que A no tiene la norma de no matar a otro como razón para la acción, esto con independencia que el resultado no se produzca por haberse sostenido en un error.

no haber antinormatividad *stricto sensu* en el mundo real⁸¹ o, en términos más tradicionales, existe injusto subjetivo mas no objetivo. Esto, por cierto, no se aparta demasiado de lo que fuera constatado por el *Reichsgericht* alemán ya en 1908, con el error al revés como fundamento de la pena.⁸²

3.3. Distinción entre delito frustrado (o tentativa acabada) y tentativa (o tentativa inacabada)

En lo que ha sido señalado hasta el momento no se ha hecho mayores distinciones entre las así llamadas ‘mera tentativa’ y ‘delito frustrado’, por resultar lo dicho aplicable a ambas –y aludiéndose en conjunto al hablar de ‘tentativa’, en sentido amplio-. Sin embargo, antes de abordar directamente el desistimiento de la tentativa es necesario revisar primero la delimitación entre ambas categorías y los criterios que la habilitan, tanto porque es relevante para la distinción entre desistimiento pasivo y activo como excusas absolutorias, como porque se detectan importantes confusiones por parte de la jurisprudencia en relación a este punto.⁸³ Para esto se analizarán tres posibles criterios elaborados a partir del art. 7 CP, los dos primeros observados de forma implícita y explícita en parte de la jurisprudencia reciente, y el último compartido por la doctrina nacional –con ciertos matices- y cierta jurisprudencia: la independencia de la voluntad del autor, el ‘poner todo de su parte’ y el grado de desarrollo de la actividad.

3.3.1. Independencia de la voluntad del autor

Este criterio toma la expresión “*y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad*” y pareciera construir sobre la misma que, puesto que tanto en el caso de la tentativa como en el del delito frustrado el resultado no se verifica, lo relevante en el segundo caso sería que aquello se produzca por razones independientes de la voluntad del autor –sea por la

⁸¹ Por contraposición a los mundos posibles representados por el autor, como menciona Moore con los términos *culpability* y *wrongdoing*, respectivamente, Michael Moore, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), p. 405; véase también: Mañalich, “The Derivative Nature”, p. 13.

⁸² Como fue mencionado ya en el pie de página 46.

⁸³ No así en la doctrina, en la que pese a no haber unanimidad, las soluciones son bastante similares.

intervención de un tercero como por otra razón externa-. Así, en un caso de femicidio –inc. 2º del art. 390 CP- en que un sujeto persiguió a su cónyuge golpeándola con un bate en la cabeza, la cual finalmente logra escapar de la casa, deteniéndose el autor al ser observado por vecinos, la Corte de Apelaciones de Chillán acogió el recurso de nulidad del Ministerio Público⁸⁴ que buscaba recalificar el hecho de tentado a frustrado,⁸⁵ y tomando su argumentación afirma:

“Que, teniendo presente lo razonado precedentemente, los sentenciadores al calificar los hechos como tentados, han transgredido el artículo 7 del Código Penal, toda vez que el resultado de muerte no se produjo por razones dependientes de la voluntad del imputado, sino que lo fue debido a la intervención de los vecinos que con su accionar permitieron que la víctima recibiera atención médica oportuna, lo que impidió su deceso, aun cuando tuvo riesgo vital.”⁸⁶

Algo similar se observa en el siguiente caso de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado –art. 442 CPP-, en que dos sujetos forzaron un portón, ingresaron a un recinto por una ventana y antes de poder sustraer algo fueron sorprendidos por Carabineros, huyendo del lugar y siendo atrapados. La Corte de Apelaciones de la Serena sostuvo, de manera aún más clara que el caso anterior:

“[L]a acción de la policía constituye la causa independiente de la voluntad de los imputados, para completar la ejecución del delito, circunstancia que impide atribuir su

⁸⁴ Que, entre otras cosas, afirmaba: *“Sostiene la recurrente que, de los hechos establecidos se desprende con meridiana claridad, que fue la reacción de los vecinos la que impidió el resultado, y que el imputado al verse descubierto, cesó en su ataque.”*, CA Chillán, 23 de mayo de 2012, Rol 114-2012, Considerando Primero (en adelante Cº y el número).

“De esta manera, fluye de los hechos fijados por el Tribunal, que se está ante un delito de femicidio frustrado y que no hay actividad alguna del imputado en orden a evitar el resultado, al contrario, es la acción de los vecinos la que lo evita con su reacción y descubren al imputado, lo que provoca que cese en su agresión.”, CA Chillán, 23 de mayo de 2012, Rol 114-2012, Cº 1.

⁸⁵ En el fallo del TOP revertido, como deja constancia la CA, se sostuvo unánimemente que se dio inicio a la ejecución, pero faltaron uno o más hechos para su complemento, por lo que el delito estaba tentado, lo que se acerca al tercer criterio mencionado.

⁸⁶ CA Chillán, 23 de mayo de 2012, Rol 114-2014, Cº 7. Cabe hacer la prevención que al final del párrafo citado se menciona la posibilidad de riesgo vital, lo que sí podría ser un elemento distinto para afirmar el carácter frustrado, pero no constituye el centro de la argumentación del mismo, ni del recurso interpuesto por el Ministerio Público.

actividad, el carácter de tentado, lo que es suficiente para rechazar el recurso incoado por la defensa del imputado A.Z.”⁸⁷

Contra lo sostenido en dichos fallos, es claro que la voluntariedad el abandono de la ejecución de la acción no sirve en modo alguno como delimitación entre tentativa y delito frustrado. La adopción de un criterio como ese implicaría la imposibilidad de encontrar tentativas punibles, pues o bien la acción se habría interrumpido de forma involuntaria y el delito se encontraría frustrado, o bien lo habría hecho de forma voluntaria, en cuyo caso se trataría de una tentativa desistida –salvo que se sostenga la también contraintuitiva teoría de que no existe la posibilidad de desistirse de la tentativa en nuestro ordenamiento, en cuyo caso las tentativas que normalmente entendemos como desistidas serían la única forma de tentativa punible-.⁸⁸ Además de los insatisfactorios resultados que traería la adopción de la misma, esta idea deja completamente de lado lo señalado en el art. 7 inc. 3° CP⁸⁹ respecto a tentativa, enfocándose exclusivamente en su inc. 2°. Cabe señalar, no obstante, que este criterio no es necesariamente utilizado como fundamento exclusivo de la distinción entre una y otra, sino en conjunción con el que se reseña a continuación, reforzándose (supuestamente) entre sí.

3.3.2. El ‘poner todo de su parte’ como expresión de esfuerzo personal

Otro criterio que se percibe en la jurisprudencia parte del énfasis que dan a la expresión “*poner todo de su parte*” para concluir que la acción correspondería a una de carácter

⁸⁷ CA La Serena, 26 de mayo de 2015, Rol 192-2015, C° 4. En el caso de hurto CA Antofagasta, 29 de octubre de 2010, Rol 342-2010, se usa un criterio similar en su C° 5. El fallo es posteriormente criticado en el texto principal, dados errores aún más relevantes.

⁸⁸ Muchos de estos argumentos fueron correctamente detectados por la Corte Suprema en un caso de robo con fuerza en las cosas el 2001, que contra este tipo de posturas afirmó:

“Que, en cambio, es completamente errónea la aseveración contenida en el único considerando de la sentencia recurrida, con arreglo al cual, en el caso de autos el hecho estaría frustrado debido a que fue la acción de terceros como es la intervención de Carabineros la que impide el accionar del hechor, el cual sin duda hubiere consumado el ilícito de no mediar la circunstancia referida. Semejante argumento, que pretende establecer la diferencia entre tentativa y frustración atendiendo a si la actividad del agente se interrumpe o no a causa de la intervención de terceros, ignora sin más que, cuando el autor se detiene en su accionar de propia iniciativa, la tentativa está desistida y es impune, como lo sostiene en forma unánime la doctrina y práctica tanto nacional como comparada. Así, el carácter voluntario o involuntario de la interrupción carece de todo significado para establecer el distingo entre delito frustrado y tentativa punible, pues en ambos la no consumación debe ser contraria a la voluntad del autor.”, CS, 20 de junio de 2001, Rol 199-2001, C° 3.

⁸⁹ Desde ya se puede adelantar que su redacción inclina fuertemente hacia un criterio como el tercero que se desarrolla, en cuanto señala: *“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.”*

frustrado. Cuando no sólo se alude sino se profundiza en qué se entiende propiamente por el mismo, parece dar cuenta, sencillamente, de que el sujeto puso mucho esfuerzo o se encontraba determinado o convencido en su intento de lograr el resultado. Es decir, se trataría de un ánimo subjetivo de carácter aparentemente personal –aunque, más bien, es el juez quien afirma discrecionalmente cuando el sujeto puso todo de su parte y cuando no-. Así, en otro caso de femicidio, un hombre esperó disfrazado a su cónyuge, con la que estaban separados de hecho, y la abordó cuando ésta se dirigía al trabajo, apuñalándola en el cuello en un intento de femicidio, resultado que no se produjo por la resistencia de la víctima –aunque conforme a lo señalado por la sala del Tribunal Oral en lo Penal (en adelante TOP) no inhabilitada que estuvo a cargo realizar nuevamente el juicio oral luego de la nulidad,⁹⁰ se trató de un femicidio tentado, pues si bien se dio inicio directamente al hecho, faltaron acciones necesarias para la consumación por parte del acusado-. La Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recurso del Ministerio Público y consideró que la calificación debía ser cambiada de lesiones graves (y un femicidio frustrado y desistido) a femicidio frustrado, afirmando de manera problemática –al dar a entender que la sola intención parece bastar para que el delito esté frustrado- lo siguiente:⁹¹

“Que, como expresan los recurrente, Ministerio Público y querellante, al establecer la sentencia en el considerando 10º los hechos que allí se describen, especialmente cuando expresa que “[...] la abordó violentamente empujándola sobre un vehículo que se encontraba estacionado en la vereda, le propinó un golpe de mano en la cara para luego agredirla con un arma blanca con la cual la apuñaló en el cuello, zona cervical, con la intención de matarla, lo cual no logró por la reacción de la víctima”, con lo que se evidencia que se configuran los elementos del tipo penal de femicidio, en grado de frustrado, previsto en los artículos 7 y 390 del Código Penal, hechos que fueron parte de la acusación fiscal y de la querrela particular.”⁹²

⁹⁰ TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011. Se volverá sobre este fallo más adelante, respecto a la voluntariedad como requisito del desistimiento.

⁹¹ Cabe señalar que el error del Corte puede estar mediado también por la extraña y errónea calificación del TOP originalmente encargado del conocimiento de la causa que, por un lado, afirma que la víctima frustra el delito intentado por el hombre al tomar el cuchillo, pero por el otro, que este posteriormente se desiste ‘no siguiendo adelante’, es decir, pasivamente. Así en TOP Concepción, 20 de noviembre de 2011, RIT 545-2011, Cº 12. Sobre este fallo se volverá críticamente luego respecto al desistimiento del delito frustrado.

⁹² CA Concepción, 17 de enero de 2012, Rol 582-2011, Cº 5.

Algo similar se observa en las afirmaciones de alguna jurisprudencia que ve en el hecho de que se hayan realizado múltiples acciones y no una, un aparente compromiso delictual que justificaría considerar los hechos frustrados. Así resolvió la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en el siguiente caso de robo con intimidación –art. 433 CP-, cuando afirma:

*"[E]n esos hechos, el sujeto escuchó a la víctima decirle que lo conocía y darle su nombre y detuvo su accionar en los actos iniciales propios del principio de ejecución de un robo con intimidación, es decir, en la intimidación. En cambio **en los de la causa en estudio, como alegó el Ministerio público el imputado ejecutó más de 7 acciones, aparte de la intimidación, impidió llamar a carabineros, le arrebató el teléfono a Maura Mireya Gutiérrez Avendaño, hizo un registro de las dependencias y cuando ella lo enfrentó y le dijo que lo conocía, se descolocó.**"⁹³*

Por último, podría resultar preocupante que este criterio (o una combinación con el primero) haya sido aparentemente acogido –o al menos no desechado de forma expresa- en un fallo reciente de la Corte Suprema –lo que iría en contra de su línea tradicional-, respecto a un caso robo con homicidio en que el homicidio fue consumado pero al robo sólo se le dio inicio, sin llegar a sustraer especies -por estar vacía la caja fuerte involucrada-. La Corte rechaza la alegación de la defensa de que se trataría de una tentativa inidónea o desistida de robo, por lo que sólo restaría el homicidio, en atención a que no fueron los autores los que voluntariamente desistieron, sino les fue impuesto por las circunstancias; y ratifica el fallo recurrido, que sostenía que se trataba de un robo con homicidio compuesto por un homicidio consumado y un robo frustrado. Así, se menciona:

"Que establecido que los hechos configuran el delito de robo con homicidio, el Tribunal ha manifestado que el delito base en la figura penal, esto es el robo, se encuentra en grado de desarrollo frustrado y ello porque, los ejecutores, realizaron todas los actos que estaban al alcance de sus manos en el desarrollo de los hechos delictivos, agotando de esta forma la acción, la que no se verificó por causas independientes a su voluntad; ingresaron a la casa habitación por una ventana, maniataron a la víctima para que no pudiera defenderse y luego o en forma simultánea al registro de la casa le dieron muerte, y no consiguieron

⁹³ CA Punta Arenas, 27 de enero de 2014, Rol 188-2013, C° 6.

apoderarse de dinero; ello conforme a la prueba rendida, por lo que ejecutaron todos los actos que debían realizar sin que obtuvieran el resultado.”⁹⁴

Ahora bien, el extracto se encuentra lejos de ser una demostración concluyente de un cambio de postura de la Corte Suprema, por múltiples razones: En primer lugar, la mayor parte de sus argumentos los hace extensivos tanto al caso de que el robo se encontrase tentado como frustrado, aludiendo -para no entrar en ese debate- al art. 450 CP, respecto a que dichos delitos se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. Luego, y además de dicha complejidad propia de ese tipo de delitos, el caso se centra en discusiones propias del delito de robo con homicidio, que dificultan extraer una postura concluyente respecto al presupuesto del momento en que se entiende frustrado el robo. Más aún, en la misma se discute también respecto a la idoneidad de un robo respecto al contenido de una caja fuerte vacía. Podría señalarse, a su vez, que por la información proporcionada en el fallo daría la impresión que se trataría de una tentativa fracasada, desde el momento que descubren que la caja fuerte se encuentra vacía, antes que una desistida o inidónea, la que en cualquier caso sí sería punible.

Cabe agregar que, además de las críticas ya realizadas, estas interpretaciones de la delimitación producen una inconsistencia respecto a la distinción entre desistimiento activo, tradicionalmente vinculado con el delito frustrado, y desistimiento pasivo, tradicionalmente vinculado con la tentativa, porque de las mismas se derivaría que en acciones que conforme a sus criterios ya se encuentran frustradas, bastaría el simple detenerse para desistirse de ellas –siempre y cuando fuera voluntario y cumpliera con los requisitos de dicha institución-. Si bien el abandono del vínculo entre ambas distinciones es posible,⁹⁵ es algo que debiese afirmarse expresamente, y que contradice lo sostenido por la doctrina mayoritaria (y casi unánime en dicho punto) tanto a nivel nacional como internacional.

⁹⁴ CS, 5 de mayo 2016, Rol 17714-2016, C° 14.

⁹⁵ Así sostiene, por ejemplo, Carmen Alastuey, “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 5, UNED (2011): pp. 13-54.

3.3.3. Grado de desarrollo de la actividad ejecutiva como criterio delimitador

El tercer y último criterio –a propósito del cual existen, no obstante, divergencias relevantes- consiste en tomar como distinción el grado de desarrollo de la actividad que tiene por objeto la realización del tipo. Así, tomando como asidero tanto el inc. 2º como el 3º del art. 7 CP, que da cuenta de que para que haya tentativa ha de darse inicio la ejecución de la acción pero le faltan uno o más hechos para su complemento, mientras que en el delito frustrado no faltan (pero en cualquier caso el resultado típico no se produce). Así, tanto si se han realizado una, dos o siete ‘acciones’ como se mencionaba en un fallo, se seguirá tratando de una tentativa mientras falte al menos una ‘acción’ más –o, si se quiere, mientras la actividad que tiene como posible resultado el acto típico se encuentre incompleta-. Así ha sido recogido en una importante línea jurisprudencial,⁹⁶ como muestra el siguiente fallo de la Corte Suprema, en un caso de robo de fuerza en las cosas, de 2001:

*"2º. - Que, como con razón expresa el recurrente, la distinción entre la tentativa y el delito frustrado radica en que, en la primera, la ejecución de la acción descrita por el tipo respectivo ha quedado inconclusa, pues el autor se ha visto interrumpido antes de completarla por una causa ajena a su voluntad; al paso que, en el segundo, la acción se ha realizado íntegramente pero no ha logrado producir el resultado exigido para la consumación del hecho típico, también por una causa independiente de la voluntad del autor."*⁹⁷

Se observa, pues, que lo relevante es la realización íntegra o no de la acción. Esto, por lo demás, ha sido afirmado de forma prácticamente unánime por la doctrina nacional,⁹⁸ si bien la terminología oscila entre una alusiva a la causalidad, en ‘dejar lanzado un curso causal’ – como Etcheberry y Novoa- y otra centrada (aunque no exclusivamente) en la acción –como Cury, Garrido Montt y Politoff-. Ahora bien, más que las diferencias terminológicas, la

⁹⁶ Además del fallo de la Corte Suprema que se cita en el texto principal, otros fallos que comparten este criterio son, por ejemplo: El voto de minoría del fallo CA Concepción, 31 de enero de 2014, Rol 732-2013, en caso de femicidio; CA Coyhaique, 3 de agosto de 2015, Rol 86-2015; TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011.

⁹⁷ CS, 20 de junio de 2001, Rol 199-2001, Cº 2.

⁹⁸ Así, a modo de ejemplo: “[L]a tentativa sólo capta aquellos hechos cuya ejecución se interrumpe antes de que el sujeto haya realizado toda la acción típica. Por el contrario, si el agente ha concluido esa acción, pero no se produce el resultado, nos encontraremos frente a un delito frustrado.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 80. Véase también: Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 243 y ss.; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 100 y ss.; Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, pp. 62-63.

principal discusión dentro de este terreno común es –como bien constata Cury⁹⁹ si el punto de vista que se usará para determinar que la acción se encuentra terminada es de carácter objetivo o subjetivo. A favor de la primera de éstas se manifiesta expresamente Politoff, quien considera que las representaciones del sujeto no bastan, sino deben realizarse objetivamente la totalidad de los actos;¹⁰⁰ esto explicaría a su juicio la diferencia entre la delimitación hecha por la regulación nacional y la de tentativa acabada e inacabada propia del derecho alemán, que no serían asimilables.¹⁰¹ Desde un punto de vista subjetivo, en cambio, se considera el delito frustrado cuando desde la perspectiva del autor, con los conocimientos que éste posee, ha realizado la totalidad de la acción (aun cuando esté equivocado). Cury defiende esta postura,¹⁰² realizando además una crítica al punto de vista objetivo, puesto que si se hubiera realizado todo lo necesario para que la acción realmente estuviera terminada –como sostiene su forma más extrema-, el resultado se habría producido;¹⁰³ e incluso cuando a través de la introducción de correctivos causales -como el realizar todo lo necesario para desencadenar un curso causal que luego se desarrollándose por sí sólo fuera conducente al resultado-¹⁰⁴ se busca salvar el objetivismo, a su juicio los mismos tienden a subjetivizar la solución del problema.¹⁰⁵ Garrido Montt defiende una aproximación similar, introduciendo la noción de plan del autor, e incluso dentro del mismo toma el plan del autor desde el punto de vista del sujeto y no de un observador imparcial.¹⁰⁶

⁹⁹ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 80.

¹⁰⁰ “No es, pues, suficiente, para hablar de frustración que el sujeto haga todo lo que esté a su alcance o pueda o crea suficiente, sino que ha de llevar a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito”, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 246. Aunque no lo planteen así de forma expresa, las posturas adoptadas por los mismos, así como su terminología causal, permiten asumir que Etcheberry y Novoa seguirían una línea similar.

¹⁰¹ Expresamente en Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 245. Por el contrario, este trabajo avala la asimilación terminológica, tanto porque no se comparte con este autor el que deba adoptarse un punto de vista objetivo, como porque la misma contribuye a clarificar donde radica precisamente la diferencia entre ‘tentativa’ y ‘delito frustrado’, haciendo más difícil el que se incurra en errores como los indicados respecto de los dos criterios anteriores.

¹⁰² “La teoría subjetiva estima que hay delito frustrado cuando el sujeto ha ejecutado, según su representación, toda la acción típica. Lo que decide es el punto de vista del autor, con el conocimiento de que dispone en el momento de actuar. Por consiguiente, si el agente cree que ha hecho todo lo necesario para causar el resultado, habrá un delito frustrado aunque objetivamente no sea así.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 83.

¹⁰³ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 80.

¹⁰⁴ Concepción causal que también resulta anómala, puesto que trabaja con un curso causal que no es el que efectivamente se produjo (en el que el resultado no tuvo lugar), introduciendo así cursos causales hipotéticos.

¹⁰⁵ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 82.

¹⁰⁶ “Pensamos que no es posible tal determinación con recursos exclusivamente objetivos, porque para estos efectos debe considerarse de manera especial el plan del agente, su estrategia de acción en relación al tipo penal que se propuso concretar. Es su representación sobre si había o no agotado su actuar lo que determinará si hay

La premisa de que el dolo actúa como el núcleo y fundamento de la tentativa (acabada o inacabada) inclina fuertemente hacia un punto de vista subjetivo para la distinción entre ambas, pues lo relevante es aquello que efectivamente se representó como posible *el autor* y no aquello que un tercero se habría representado en dicha situación, o lo que podríamos exigirle haberse representado –entrando, en este último caso, en el terreno de la imprudencia como criterio de imputación extraordinario-. Ahora bien, es necesario hacer dos precisiones: mientras que el dolo (eventual) se refiere a la representación, con un grado de probabilidad relevante, de que el propio comportamiento cumplirá las circunstancias que objetivamente satisfacen la descripción típica, a lo que se encuentra referida la representación aquí es al grado de desarrollo en que se encuentra la actividad ejecutiva. En segundo lugar, siendo perentorio que, como se dijo, se trate de la representación o los conocimientos que realmente tiene el autor, esto no significa que la valoración de los riesgos que se represente quede necesariamente entregada al mismo, teniendo dicha interpretación de los hechos, al contrario, un carácter normativo.¹⁰⁷ Y lo mismo puede decirse de la representación del grado de desarrollo, especialmente cuando el autor interpreta de forma irracional los hechos que cree presentes.¹⁰⁸ Plenamente concordante con esta aproximación subjetiva resulta la formulación del silogismo práctico en primera persona, pues sólo en esa medida puede tenerse la necesidad práctica de omitir o actuar -la conclusión- como deber personal del mismo, de cuyo incumplimiento puede inferirse la desautorización de la norma como razón vinculante para la acción.

Según Matus,¹⁰⁹ en cambio, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha favorecido una interpretación objetiva al considerar los actos con independencia de la representación del autor

frustración o tentativa, y no la apreciación de un tercero como espectador imparcial, ajeno a dicha ejecución.”, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 102-103.

¹⁰⁷ Esto puede lograrse a través de la manejo de indicadores de dolo eventual, los cuales, en la medida en que el autor se los represente, bastan para reconocer el dolo eventual: “*The most workable version of this account of the minimal sufficient fault element draws upon the application of a fixed set of so called ‘indicators’ of dolus eventualis. These are (doctrinally and judicially) codified descriptions of standardized risk-syndromes, whereas the relevant risk is to be understood as the possibility of the actual instantiation of the specific wrongful behavior-type.*”, Mañalich, “The Derivative Nature”, p. 8.

¹⁰⁸ Hay que destacar que esto es distinto de la apelación al plan del autor, pues esta última se refiere a la representación que el autor tuvo en un momento anterior a los hechos, de cómo se habrían de desarrollar éstos. Lo aquí sostenido, en cambio, se refiere a la representación actual que tiene el sujeto al momento de actuar, pero interpretado desde una perspectiva normativa.

¹⁰⁹ Jean Pierre Matus, *Código Penal: Sistematizado con jurisprudencia* (Santiago: Thompson Reuters, 2011), p. 17. En éste cita como fallo más actual el CS, 26 de octubre de 2010, Rol 1779-2010, revisado en el texto

y sus posibilidades de ejecución –lo que se acercaría a la postura defendida por él, Politoff y Ramírez-.¹¹⁰ En el último de los fallos –de 2010- que menciona, la Corte reflexiona respecto a la distinción entre tentativa y delito frustrado a propósito de un intento de homicidio, en que un hombre dispara múltiples veces en contra de funcionarios de carabineros, fallando todos ellos.¹¹¹ Efectivamente, la Corte parece abrazar dicha postura, considerando sus razonamientos y autores citados –aunque da cuenta, también, de que Cury sostiene que nuestro ordenamiento no se pronuncia expresamente por un criterio objetivo o subjetivo-. Así, afirma:

*“Que, en el presente caso, no cabe duda que el acusado dio comienzo a la realización del injusto, por hechos directos, como lo fueron apuntar y disparar en dirección al lugar donde se hallaban los funcionarios de carabineros con un arma de muy baja capacidad de fuego (calibre 22 corto), sin embargo, como no logró impactarlos, tales acciones, de acuerdo a su curso natural, no fueron suficientes para lograr el resultado dañoso buscado, faltando, en consecuencia, la pericia, puntería, precisión y un arma más idónea, requeridas para dar en el blanco a distancia. Así, **desde un punto de vista objetivo**, resulta evidente que el sujeto no realizó todos los actos que, desligados de la intervención de terceros o de fenómenos naturales, conllevarían la consumación del hecho típico. De este modo, no cabe afirmar que ya no le quedaba nada por hacer para lograr el perfeccionamiento de la acción emprendida.”¹¹²*

Ahora bien, revisando su argumentación pueden plantearse dudas sobre si efectivamente se trata de un caso que se pregunte por la delimitación entre tentativa acabada e inacabada, o más bien de uno relativo a la idoneidad de las acciones emprendidas. Por lo demás, sus consideraciones parecen limitar de forma excesiva la frustración en casos de homicidio por medio de armas de fuego –sólo habría cuando el proyectil impacta al sujeto, y éste pese a ello no muere-, y no logra escapar a la crítica formulada por Cury, ya señalada, pues si se hubieran cumplido todos los elementos que la Corte considera ausentes, el resultado probablemente no sería un homicidio frustrado, sino uno consumado.

principal, pero menciona también otros fallos de la Corte Suprema desde el 2004 que a su juicio avalan su postura.

¹¹⁰ En este manual, si bien se alude también a la noción del plan del autor –lo cual podría representar una moderación en su postura objetiva por parte de Politoff-, indican que debe considerarse desde la perspectiva de un tercero imparcial, a diferencia de lo señalado por Garrido Montt; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones*, p. 379.

¹¹¹ CS, 26 de octubre de 2010, Rol 1779-2010.

¹¹² CS, 26 de octubre de 2010, Rol 1779-2010, C° 4.

Por último, otro punto de interés dentro de esta delimitación es la solución que cabe adoptar en los casos de repetición de una acción que en la representación del autor puede dar lugar al resultado típico –como serían dos o más disparos sucesivos con un arma de fuego contra una misma víctima-. Esta discusión, pese a ser escasamente abordada por la doctrina nacional de forma explícita, es relevante desde la perspectiva del desistimiento, pues la adopción de uno u otro punto de vista puede condicionar la forma activa o pasiva que deba tomar el mismo. Tradicionalmente se reconocen como posibles soluciones las así llamadas *consideración individual* y *consideración global*. Según la primera, cada uno de los intentos debe tomarse como una tentativa independiente de las otras, porque al dejar seguir su curso a un proceso causal, representándose que éste pueda dar lugar al resultado, dicho curso deja de estar en sus manos y pasa a ser parte del pasado del autor –sin perjuicio de que pueda interrumpirlo-.¹¹³ La segunda, en cambio, considera que la tentativa permanece inacabada aun cuando los actos individuales fracasen, mientras el autor se represente que puede continuar la actividad, en **conexión inmediata** con lo sucedido.¹¹⁴ En nuestra doctrina, Cury se pronuncia de forma expresa a favor de la consideración global, que a su juicio se corresponde mejor con la realidad psicológica de la situación, y evita la situación injusta que se daría con la otra alternativa, en que quien por ejemplo dispara y acierta, pero sin causar la muerte de la víctima

¹¹³ Así es sostenido por Günther Jakobs en: Jakobs, *Derecho Penal*, p. 907. Este señala, además: “*Un simple abandono del continuar el hecho ya no está vinculado con el proceso causal que se le ha ido de las manos; el mero omitir ulteriores tentativas no constituye desistimiento*”, Jakobs, *Derecho Penal*, p. 908. La misma es reseñada en: Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Formas Especiales de Aparición del Delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. (Buenos Aires: Thompson Reuters-Civitas, 2014), p. 653.

¹¹⁴ Siendo esta segunda la postura defendida por Roxin; una caracterización general de la teoría en Roxin, *Derecho Penal*, pp. 654-655, su versión modificada en pp. 656-661.

Ahora bien, respecto a la regulación alemana –y en consecuencia a su doctrina- cabe hacer la prevención de que en su caso no existe una penalización distinta para la tentativa inacabada y la acabada, y éstas de hecho no son distinguidas en principio, sino que su diferenciación se hace partiendo de la base de las formas que debe adoptar el desistimiento de las mismas para obtener la impunidad, de acuerdo al § 24 del StGB. Esto puede llevar a dar una primacía conceptual a la distinción propia del desistimiento por sobre la de la tentativa, e incluso autores como Roxin sostienen que puede darse una regresión de una tentativa acabada a una inacabada cuando el autor inicialmente se representa que la producción del resultado es segura, y luego se da cuenta que no es así; véase: Roxin, *Derecho Penal*, pp. 647-648. Al margen de lo cuestionable o no que tal solución resulte para el derecho alemán, menos aplicable aún parece para la regulación nacional, en que se dan definiciones para tentativa y delito frustrado, y se les asigna una penalidad distinta, además de la aparente primacía conceptual que tendrían sobre el desistimiento y sus categorías. En cualquier caso, pareciera que el autor incurre en un error al tomar distintos puntos espacio-temporales para juzgar la forma que debiese adoptar el desistimiento y el estado en que se encuentra la tentativa, permitiendo así la regresión; de tomarse en serio la consideración global, no se ve cuál es el sentido de la detención artificial en un supuesto primer momento aislado, dentro de una actividad que al momento de ser imputada al autor se encuentra ya enteramente realizada. Cabe señalar, eso sí, que la forma que debiera tomar el desistimiento en un caso –si basta simplemente abandonar la actividad que se está realizando o es necesario impedir activamente la producción del resultado- puede servir en nuestro ordenamiento como un criterio clarificador respecto al estado de la tentativa que se busca imputar.

de forma inmediata, tendría un horizonte de desistimiento mayor que aquel que dispara y falla.¹¹⁵ De forma similar resuelve el problema Garrido Montt, considerando que así como el delincuente no divide su propósito delictivo, tampoco debe hacerlo el juez.¹¹⁶ Si bien el análisis en profundidad de este debate excede con creces este trabajo, preliminarmente se favorece la consideración global, al igual que dichos autores, considerando que los sucesivos actos forman parte de una misma actividad orientada a producir el resultado típico; bastaría, por tanto, el desistimiento pasivo para este tipo de tentativas –en la medida que se encontrarían todavía inacabadas-. Se cree, además, que la solución adecuada de estos casos pasa por la clarificación del concepto de conexión inmediata que debe existir entre ellos. Si bien la jurisprudencia no se ha referido de forma expresa a la discusión, los casos de femicidio antes citados muestran que implícitamente se ha favorecido la consideración global de los mismos, puesto que no se ha considerado cada golpe –de bate, de cuchillo- como una tentativa separada del mismo delito, sino todos como un único intento –fracasado-, y lo mismo se extrae del intento de homicidio a carabineros por múltiples disparos.

4. El desistimiento de la tentativa

El desistimiento puede ser entendido como un comportamiento del agente consistente en el impedimento imputable de la consumación del delito respectivo.¹¹⁷ En los delitos de resultado,¹¹⁸ éste consistirá en el abandono o la no continuación de la acción que daría lugar a la producción de un resultado típico cuando ésta no se encuentra terminada –usualmente relativo a la tentativa inacabada o mera tentativa-, o en la interrupción o impedimento activo de la producción del resultado cuando éste se produciría de no mediar la intervención del autor –usualmente referido a la tentativa acabada o delito frustrado-.¹¹⁹ Ambas modalidades también suelen ser conocidas como ‘desistimiento pasivo’, la primera, y ‘desistimiento activo’, la segunda. Sin embargo, debe recalarse que en los casos de intervención múltiple no es claro

¹¹⁵ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 86-87.

¹¹⁶ Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 189-190. Si bien trata el tema a propósito de la modalidad del desistimiento, es claro el alcance general que pretende dar a sus afirmaciones.

¹¹⁷ Así en Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 165, aunque con ‘tentativa’ por ‘delito’.

¹¹⁸ Como se indicó en la introducción, el trabajo se acota a los delitos comisivos y de carácter resultativo en aras de simplificar el análisis, y lo mismo puede decirse de estas definiciones provisionales de desistimiento.

¹¹⁹ Definiciones similares en, por ejemplo, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 181.

que dichas correlaciones entre ‘pasividad-tentativa inacabada’ y ‘actividad-tentativa acabada’ se mantengan.¹²⁰ Nuestra doctrina acostumbra llamar a la primera ‘desistimiento’ a secas, mientras que a la segunda ‘arrepentimiento’. Se reconoce de forma igualmente extendida que el efecto del desistimiento, cuando se cumplen los requisitos de la institución –esencialmente voluntariedad, aunque nuestra doctrina menciona otros, que se revisan con mayor profundidad al término de este capítulo–, es la exclusión de punibilidad de la tentativa desistida, si bien su fundamento, naturaleza jurídica, límites y requisitos son discutidos.

Si bien parecía una discusión desde hace largo tiempo superada,¹²¹ es necesario referirse a la consagración normativa del desistimiento en nuestro ordenamiento, considerando que aún el Ministerio Público pone ocasionalmente en duda su aplicabilidad fuera de los casos de conspiración y participación -art. 8 inc. 4° CP-, e incluso en un fallo reciente la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió dicho razonamiento, señalando:

*“Que como lo sostuvo el Ministerio Público en estrados, no ha operado un desistimiento voluntario, libre y espontáneo en los términos que lo sostiene la defensa, desde que éste constituye una causa eximente de responsabilidad especial, tanto en la conspiración, como en la proposición para cometer un crimen o simple delito.”*¹²²

Pese a que el desistimiento no se alude en los mismos términos o de forma tan expresa en los casos de tentativa y delito frustrado, en la actualidad la doctrina lo reconoce de manera uniforme, considerando que a *contrario sensu* del art. 7 inc. 2° CP, cuando el resultado en el delito frustrado no se verifique por causas dependientes de la voluntad del autor el hecho no es punible; luego, se señala *a fortiori* que si se reconoce el desistimiento para el delito frustrado, con mayor razón debiese hacerse para la tentativa inacabada –reforzado por el hecho de haber un reconocimiento expreso en el caso de la conspiración y proposición-.¹²³ Así lo ha

¹²⁰ Dichas situaciones, no obstante, no son tratadas en profundidad en el presente trabajo, que se centra en la intervención individual.

¹²¹ La doctrina la reconoce de forma unánime en la actualidad, y hay fallos que se remontan al menos hasta 1892 que sostienen impunidad de la misma, como puede verse en Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, p. 464.

¹²² CA Antofagasta, 29 de octubre de 2010, Rol 342-2010, C° 4.

¹²³ Consideraciones similares en Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 183-184; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 108-109; Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 217-218; entre otros. Labatut, en cambio, lo reconoce para la tentativa, pero no para el delito frustrado, Gustavo Labatut, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica, 1963), p. 244.

reconocido también la jurisprudencia, de larga data, salvo este fallo anómalo, cada vez que discute su procedencia o no en un caso particular.¹²⁴

4.1. Fundamento de la exclusión de punibilidad por desistimiento

Se han formulado distintas teorías respecto al fundamento de la exclusión de punibilidad en la tentativa desistida, pregunta que si bien no suele ser abordada de forma directa por la jurisprudencia, se hace necesario responder en cuanto repercute en cuál se entiende que es la naturaleza jurídica de la misma, contribuyendo a su delimitación. A continuación se revisarán brevemente algunas de ellas, con especial énfasis en las de mayor recepción jurisprudencial y doctrinaria.

4.1.1. Teoría de la insignificancia de la culpabilidad

Esta teoría -de nula aceptación en la doctrina nacional-¹²⁵ considera que hay una menor reprochabilidad personal en el hechor que se desiste, por lo que el desistimiento sería comparable a una causa de exculpación, en la que si bien la culpabilidad no desaparecería, disminuiría hasta volverse insignificante.¹²⁶ Nuestra doctrina señala que dicha menor reprochabilidad sólo se vería en aquellos casos en que se actúa conscientemente por el deber, en virtud de motivos de carácter ético. Ahora bien, la mayor parte de los autores no exige un valor ético especial en los motivos que mueven al sujeto que se desiste, considerando que basta con que se trate de un desistimiento voluntario; incluso sus defensores no llegan a solicitar aquello, por lo que se afirma que además existiría una inconsistencia por parte de los mismos.¹²⁷ Por lo demás –como bien afirma Cury-,¹²⁸ en caso que este arrepentimiento por motivos virtuosos constituyera una causal de exculpación, dicha falta de punibilidad debiese

¹²⁴ Una exposición similar y expresa de dichos argumentos se puede ver, por ejemplo, en TOP Puerto Montt, 4 de noviembre de 2005, RIT 70-2005, C° 12; o en CA San Miguel, 4 de diciembre de 2009, Rol 1473-2009, C° 10.

¹²⁵ En el caso de la jurisprudencia disponible, se la menciona en el fallo del TOP Puerto Montt, 4 de noviembre de 2005, RIT 70-2005, C° 12, aunque señala el mismo que no se pronunciará por un fundamento en específico por no considerarlo relevante –si bien acto seguido se manifiesta de acuerdo con von Liszt en entenderlo como un ‘puente de oro’-.

¹²⁶ Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 168.

¹²⁷ Así, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 113-114; Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 218-219.

¹²⁸ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 114.

tener lugar incluso cuando la acción produjese el resultado típico, lo que nadie parece dispuesto a afirmar. Además, si se entiende la culpabilidad como la constatación de la capacidad de motivarse con arreglo a la norma –como formación de intenciones de segundo orden- al momento de actuar, no se ve como un hecho posterior al imputado pudiera hacerla desaparecer retroactivamente –al menos en el caso del desistimiento activo en tentativa acabada-.¹²⁹

4.1.2. Teoría del premio o gracia

Esta teoría -que tampoco tiene mayor acogida en nuestro país- considera que si no es necesario que quien se desiste tenga conocimiento de la norma que consagra dicha impunidad, es porque ésta no pretende actuar como un estímulo para el mismo –como lo considera la teoría político criminal- sino es simplemente un premio por su retorno voluntario a la conducta socialmente correcta. Sin embargo, acertadamente se le critica que se limita a reiterar cual es el efecto que produce el desistimiento, sin entregar un fundamento para dicha exclusión de pena,¹³⁰ o recurriendo finalmente a los de otras teorías.¹³¹

4.1.3. Teorías jurídicas¹³²

Bajo esta denominación se agrupan las teorías que consideran que el desistimiento anula retrospectivamente el injusto de la tentativa, usualmente como caso de exclusión de tipicidad, entendiendo que el mismo actúa como un elemento negativo del tipo. De las mismas

¹²⁹ Algo similar concluye Politoff, haciendo la salvedad que dónde él habla de hecho punible se entiende en este trabajo delito –pues, precisamente, se trata de un hecho no punible-, cuando afirma: “*Influencia sobre la culpabilidad sólo pueden tener hechos que ya existían al realizarse el hecho típico y el desistimiento es una conducta posterior al hecho punible (aunque éste sea “enmendable”).*”, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 227.

¹³⁰ Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 224.

¹³¹ Roxin, *Derecho Penal*, pp. 598-599.

¹³² Si bien la teoría de la ausencia de dolo de Cury podría entenderse como una adaptación de una teoría jurídica, por lo que podría incluirse dentro de esta sección, se le trata de forma independiente dado el impacto que ha tenido en la jurisprudencia y doctrina nacional, centrándose este acápite en las teorías jurídicas en general, y en la versión de Jakobs, en particular.

se deriva –y por lo mismo se las critica–, en virtud del principio de accesoriedad y la desaparición del injusto, la no punibilidad de los partícipes.¹³³

En la variante más actual de Jakobs, si bien reconoce que no puede modificarse el pasado, por lo que la tentativa no puede desaparecer retroactivamente por el desistimiento, sí considera que se está a tiempo aún de *modificar* el hecho en aquellos casos en que teniendo todavía el control del hecho, el mismo no ha pasado a formar plenamente parte del pasado,¹³⁴ postura de la que se ha sostenido se siguen consecuencias radicalmente restrictivas para el desistimiento, puesto que el curso que tiende a la realización debe depender con certeza de su conducta.¹³⁵

En nuestra doctrina reciente, el único que considera al desistimiento como un elemento negativo del “tipo de la tentativa” es Novoa,¹³⁶ aunque no queda claro, como se ve en la sección siguiente, cuál es el fundamento que en definitiva le reconoce.

4.1.4. Teoría político-criminal o del puente de oro¹³⁷

Esta posición plantea que el desistimiento operaría como un incentivo frente al autor que ya dio comienzo a la ejecución, ofreciendo la impunidad a cambio de la renuncia a la

¹³³ Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, pp. 165-166; Claus Roxin, “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 3, trad. Miguel Olmedo (2001): pp. 5-6. (disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html [consultado el 8 de noviembre de 2016]). Se vuelve sobre esto en infra, 4.2.

¹³⁴ Así, señala: “*Sin embargo, el desistimiento es un comportamiento posterior al hecho especial en tanto que no tiene lugar tras un hecho concluido, sino que continúa y concluye un comportamiento inconcluso de modo ahora contrapuesto. Lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa, sino que puede aún modificar el comportamiento de la tentativa. El desistimiento es modificación del hecho.*”, Jakobs, *Derecho Penal*, p. 899; véase también: Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 166. De perder dicho control, en cambio, lo realizado por el autor se trataría sólo de comportamiento general posterior al hecho, que a lo sumo podría actuar como atenuante.

¹³⁵ Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 166.

¹³⁶ Este, en contraposición a los que afirman que sería un caso de ‘ausencia de antijuricidad tipificada’, señala: “[C]omo hemos tenido a la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo y la hemos contemplado exclusivamente en su aspecto objetivo, formal e incoloro –N°3–, esa conducta antijurídica y culpable no llegará a ser típica [...] Por esta razón, al desistimiento lo situamos como un requisito negativo de la tipicidad.”, Novoa, “El proceso de generación”, p. 65.

¹³⁷ Se la tematiza de forma separada de la de los fines de la pena, al igual que en Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, Roxin, *Derecho Penal*, y Politoff, *Los actos preparatorios*, aunque este último las presenta como complementarias. Si bien en ocasiones podrían dar soluciones similares, especialmente en relación con algunas formas de prevenciónismo, debe tenerse en cuenta que ambas operan bajo consideraciones distintas y pueden entrar en conflicto, lo que hace conveniente proceder de esa manera.

consumación. Considera que es la mejor manera de salvaguardar los bienes jurídicos protegidos y tiene un claro énfasis de protección a la víctima. Se afirma que de lo contrario el autor estaría ‘acorralado’ una vez que ya dio inicio, y no le quedaría sino terminar de llevar a cabo el delito. Novoa parece tomarlo como el fundamento principal de la institución –si bien menciona también razones que parecen de prevención especial y de ausencia de dolo, y la naturaleza jurídica que le reconoce se asemeja más a las teorías jurídicas-;¹³⁸ Garrido Montt y Etcheberry, si bien no profundizan en la terminología del puente de oro, señalan que el desistimiento obedece puramente a razones de política criminal.¹³⁹

Ha sido fuertemente criticada porque su presupuesto psicológico de un cálculo costo-beneficio por parte del sujeto a la hora de desistir no tiene asidero en la realidad,¹⁴⁰ y presumiría, además, que el mismo está al tanto del reconocimiento legal del desistimiento para poder hacerlo parte de sus cálculos. Una segunda objeción que se le formula es que bajo sus presupuestos el desistimiento involuntario también debiese tener efecto despenalizador, lo que no se condice con el requisito básico de voluntariedad del mismo.¹⁴¹

4.1.5. Teoría de la ausencia de dolo

Esta teoría, poco presente en el derecho comparado actualmente, es probablemente la que mayor peso jurisprudencial tiene en nuestro país, en la versión modificada elaborada por Cury. Éste considera el dolo como voluntad actual de realización –y como ya se señaló, argumenta que la tentativa y delito frustrado sólo son punibles cuando se actúa con dolo directo-, y sostiene que debe encontrarse presente hasta el momento en que la acción se interrumpe o el resultado se frustra. Esa perfección del dolo no se daría en el caso del desistimiento, en que la voluntad se mantiene hasta un instante anterior a suspensión de la

¹³⁸ Novoa, “El proceso de generación”, pp. 63-64. Respecto a recepción jurisprudencial, ver el fallo TOP Puerto Montt, 4 de noviembre de 2005, RIT 70-2005, ya mencionado.

¹³⁹ Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 185 y 187, en la primera de estas, cabe recalcar que incluso menciona, aunque sin desarrollar, expresiones como ‘a enemigo que huye puente de plata’ y la ‘ínfima peligrosidad’ de la conducta; Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 67.

¹⁴⁰ Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 167; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 111; Roxin, *Derecho Penal*, pp. 596-597.

¹⁴¹ Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 167; Roxin, *Derecho Penal*, p. 597.

acción o la ejecución de la acción destinada a evitar el resultado –en el delito frustrado-.¹⁴² Si sus afirmaciones ya parecen a lo menos cuestionables para el caso del desistimiento pasivo y la tentativa, el mismo parece darse cuenta que en el delito frustrado su teoría no describe adecuadamente al desistimiento activo, señalando ahora que la contra-actuación no ‘anula’ la voluntad de realización ya expresada, pero la ‘suspende’, impidiendo que se perfeccione el dolo.¹⁴³

Ahora bien –como ha sido identificado ya por Politoff¹⁴⁴ y Garrido Montt¹⁴⁵-, el desistimiento es una conducta posterior a la tentativa, cuyo injusto se encuentra ya realizado –sea de forma acabada o inacabada-, por lo que no se ve como un acto posterior puede desplazar un elemento que ya fue constatado como presente al momento relevante, esto es, al de realizar la acción. Es decir, aun si se entendiera que efectivamente se requiere dolo directo para una tentativa punible, y que el elemento volitivo desaparece posteriormente con el desistimiento, eso no quita el que la tentativa ya fue realizada con dicho dolo. Por lo demás, si la solución de Cury fuera la correcta, significaría que en un delito frustrado en que se intenta un curso salvador que fracasa, también debiese defenderse la impunidad del mismo –o su carácter a lo sumo negligente-, pues aun no logrando impedir el resultado, ese esfuerzo serio mostraría que esa voluntad actual de realización ha desaparecido antes del momento de la consumación; dicha solución, no obstante, no es aceptada en nuestro país, ni siquiera por Cury.¹⁴⁶ Da la impresión que Politoff critica también que esta teoría debiera acarrear la no punición de los delitos consumados ya realizados en el desarrollo de la tentativa –o ‘tentativas calificadas’-, pero, de ser así, la crítica parece injustificada, puesto que conforme a la misma la oportunidad para dicha cancelación del dolo se mantiene solo hasta antes de que el delito se

¹⁴² Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 114-115.

¹⁴³ Así, señala: “*Aunque la cosa no se ve tan claramente, es semejante en los casos de desistimiento de un delito frustrado. En ellos, la contraactuación no anula la voluntad de realización ya expresada en la ejecución total de la acción, pero la suspende, impidiendo que se perfeccione como auténtico dolo de esa figura.*”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 115.

¹⁴⁴ Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 220-221.

¹⁴⁵ Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 279.

¹⁴⁶ Éste, si bien considera impune la tentativa cuando hay un esfuerzo serio que exterioriza una voluntad actual de evitación y el resultado no se produce pese a no haber una relación causal entre ambas, en cualquier caso afirma que es un requisito la no producción del resultado, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 132.

consume, por lo que respecto a dichos delitos la metáfora ‘ventana’ ya se encontraría cerrada.¹⁴⁷

Por lo demás, esta tesis sólo se sostiene en la medida que se comparta su premisa de que la tentativa, acabada o inacabada, debe realizarse exclusivamente con dolo directo (de primer grado, cabría agregar). Pues, si como se sostiene en este trabajo y por parte de la mayoría de la doctrina nacional, el dolo eventual es suficiente como criterio de imputación tanto para el delito consumado como para el intentado, los supuestos cambios de la voluntad exteriorizada carecen de relevancia para excluir dolo, porque en cualquier caso la acción habrá sido realizada representándose con un grado de probabilidad relevante la posibilidad de realización del resultado típico.

No obstante las críticas mencionadas, debe destacarse que esta teoría ha tenido una importante recepción jurisprudencial. Además de los fallos tradicionales de la obra de Etcheberry –citados por Cury en su libro como respaldo-,¹⁴⁸ la jurisprudencia reciente aporta fallos en la misma línea. Cabe hacer la prevención, no obstante, que la mayoría de los fallos sobre desistimiento disponibles no manifiestan de forma expresa el fundamento que reconocen para la institución, así como otros aluden a múltiples de ellos, y en ocasiones se percibe una falta de coherencia entre el fundamento que se aduce y consideraciones que se derivarían del mismo, como la naturaleza jurídica del desistimiento. Éste se puede ver, por ejemplo, en un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de San Miguel en un caso de robo de intimidación tentado, en que el autor aborda a dos mujeres en un paradero para intimidarlas y así obtener sus celulares. La Corte reconoce el desistimiento –el sujeto pudo seguirlas cuando huyen y no lo hace-, y cita la obra de Cury, reconociendo que el desistimiento se trataría de un caso de atipicidad por falta de dolo,¹⁴⁹ como se sostuviera ya en el caso Massot Bello –en la obra de

¹⁴⁷ Esa aparente crítica en Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 221-222.

¹⁴⁸ Los casos de la Corte Suprema: Contra JOSÉ PEDRO RAMÍREZ PEREIRA, de desistimiento de incendio, en que se menciona que: “*La tentativa supone la permanencia del ánimo doloso*”, Cury, *Tentativa y delito frustrado* p. 117, también en Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, p. 464; contra ESTEBAN MASSOT BELLO, en que junto con consideraciones sobre peligro se expresa: “*no puede haber delito cuando falta un elemento tan esencial como la intención dolosa*”, Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, p. 465, también en Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 117.; y contra ALEJANDRO RODRIGUEZ BRAVO Y OTRO, en que respecto a una suplantación de un compareciente en una escritura se dice: “*no puede haber delito sin ánimo de cometerlo, el que desaparece con el desistimiento voluntario.*”, Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, p. 465, también en Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 117.

¹⁴⁹ CA San Miguel, 17 de junio de 2015, Rol 817-2015, C° 5.

Etcheberry-.¹⁵⁰ Algo similar ocurre en un caso de robo en lugar destinado a la habitación tentado, de la Corte de Apelaciones de Chillán, en que si bien se rechaza que concurra desistimiento voluntario en el caso concreto, respecto al fundamento se parafrasea a Cury afirmando: *“el dolo de la tentativa se caracteriza, precisamente, porque no se consigue realizar del todo la voluntad o intención del agente, no obstante lo cual, de acuerdo a lo propuesto por el autor E.C., aquella solo se castiga a causa de que la finalidad persiste, transformada en mera tendencia hacia el objetivo antijurídico.”*¹⁵¹

Por último, en un fallo internamente contradictorio, la Corte de Apelaciones de la Serena en un caso de robo en lugar destinado a la habitación toma como fundamento de la institución la falta de dolo, si bien acto seguido considera que el desistimiento actúa como causa de exclusión de pena o excusa legal absolutoria. Así: *“es preciso consignar que el dolo de la tentativa se caracteriza, precisamente, porque no se consigue realizar del todo la voluntad o intención del agente, no obstante lo cual, de acuerdo a lo propuesto por el autor Enrique Cury, aquella solo se castiga a causa de que la finalidad persiste, transformada en mera tendencia hacia el objetivo antijurídico.”*¹⁵² pero luego: *“el desistimiento opera como causa de exclusión de la pena o excusa legal absolutoria, pero solo afecta al que se desiste.”*¹⁵³ Cabe señalar que las defensas suelen citar a Cury, lo que no deja de tener sentido si se considera que, además de su favorable recepción jurisprudencial, de sus teorías se siguen las consecuencias jurídicas más favorables para los imputados –dado que los efectos no se limitan solo al desistente-.¹⁵⁴

¹⁵⁰ CA San Miguel, 17 de junio de 2015, Rol 817-2015, C° 6.

¹⁵¹ CA Chillán, 17 de junio de 2013, Rol 108-2013, C° 6.

¹⁵² CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012, C° 10.

¹⁵³ CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012, C° 10.

¹⁵⁴ Algunos ejemplos de esto se ven en los fallos CA Valparaíso, 19 de febrero de 2015, Rol 18-2015; CA Arica, 30 de abril de 2012, Rol 86-2012; CA Puerto Montt, 9 de diciembre de 2014, Rol 467-2014. En esta última, en los antecedentes al recurso considerados por la Corte, se ve en la Defensa una confusión o al menos referencia indistinta a expresiones como ‘insuficiencia de dolo’, ‘atipicidad’, ‘excusa legal absolutoria’, entre otros, de forma similar al Tribunal en el caso CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012. Ahora bien, en este caso la Corte de Apelaciones de Puerto Montt no entró a analizar el fondo del asunto, por lo que no puede necesariamente atribuírsele la comisión de las mismas inconsistencias.

4.1.6. Teoría de los fines de la pena o la falta de necesidad

Esta teoría, que parece mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera, considera que en los casos de desistimiento voluntario la aplicación de la pena no se justificaría bajo ninguno de los posibles fines de ésta. Desde el prevencionismo especial, porque en este caso el autor demostraría que puede inhibir por sí mismo su eventual inclinación a quebrantar las normas,¹⁵⁵ por lo que aun subsistiendo una cierta ‘inclinación’, ésta no entrega motivos suficientes para un castigo, en comparación a cualquier otra persona.¹⁵⁶

Desde el prevencionismo general –particularmente el negativo- en tanto, se considera que en la tentativa desistida se hace desaparecer el peligro que la conducta pudo implicar originalmente, y de igual manera la impresión de perturbación jurídica es eliminada por la voluntariedad del mismo, de manera que la comunidad no recibe un mal ejemplo por parte del autor, e incluso lo contrario, con lo que se confirmaría la vigencia del derecho.¹⁵⁷

Por último, desde una perspectiva retribucionista –y posiblemente también desde cierto prevencionismo general positivo-, tendría que ser posible ver el desistimiento voluntario como una forma de restituir la vigencia de la norma que se vio vulnerada por el comportamiento del agente, alternativa a la pena, que la hiciera por tanto innecesaria.¹⁵⁸ Ahora bien, cabe preguntarse por la forma que debe adoptar esta ‘expresión del respeto a la norma’,¹⁵⁹ para que sea reconocible en ella un valor simbólico tan intenso como el actuar como un equivalente de

¹⁵⁵ Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 226.

¹⁵⁶ “Este último ha regresado al ámbito de la legalidad en relación con el hecho intentado y sus inclinaciones al delito, quizás todavía existentes, suministran tan pocos motivos para un castigo como puede hacerlo cualquier otra persona que sea criminalmente peligrosa.”, Roxin, “Acerca de la ratio”, p. 3.

¹⁵⁷ “Y es que la peligrosidad de la tentativa, cuyo fundamento punitivo elemental cede, es ya eliminada por el propio autor que desiste; asimismo, la impresión de una perturbación jurídica, que todavía puede llevar consigo la punibilidad de tentativas carentes de peligro, es igualmente eliminada por la voluntariedad del desistimiento. El autor que abandona a tiempo y de forma voluntaria no suministra un mal ejemplo a la colectividad sino que, hasta cierto punto, confirma la vigencia del Derecho que al final se ha impuesto en su comportamiento.”, Roxin, “Acerca de la ratio”, p. 3. Consideraciones similares en Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 226.

¹⁵⁸ “Así, no es precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de las normas negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, «niega la negación» anterior, reafirmando el mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función.”, Rafael Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento* (Granada: Comares, 2002), p. 54.

¹⁵⁹ “[L]a perspectiva de la protección de la vigencia de las normas otorgará, proporcionalmente, mayor importancia al «valor de acción», dado que la exención dependerá de que la acción de desistimiento pueda interpretarse como expresión del respeto a la norma por parte del agente.”, Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 49.

la pena. Desde ese punto de vista, parecen haber buenas razones para considerar que no basta un acto cualquiera, o un solo impedimento del resultado lesivo, sino que el desistimiento voluntario debe poder ser interpretado como el cumplimiento de un deber correlativo al incumplimiento de deber que constituyó el actuar precedente. Este cumplimiento de deber y sus exigencias –que como se verá respecto a los requisitos del desistimiento, se atribuirá haciendo uso de las mismas reglas de imputación aplicables al delito- podría parecer un exceso para algunos autores, bajo la premisa clásica de que al derecho le basta que aceptemos la vigencia de sus valoraciones, no necesitando que las hagamos nuestras.¹⁶⁰ Siendo esto cierto por regla generalísima, es imperativo notar que en el caso del desistimiento el potencial autor del mismo se encuentra en una posición distinta del destinatario normal de la norma jurídica, pues en este caso existe una expresión anterior de infracción de deber: Si conforme al modelo enunciado el derecho se contenta con una conformidad externa o la ausencia de no-seguimiento –sin preguntarse los motivos de éste-, y el delito constituye la constatación del no seguimiento de la norma como razón para la acción –aunque imperfecta en el caso de la tentativa-, en el desistimiento es necesario poder afirmar que existe un seguimiento de la misma; o, en otros términos, se hace necesaria la fundamentación de un juicio de mérito en contraposición al juicio de demérito fundado en la culpabilidad.¹⁶¹ Esto, a su vez, justifica que sin llegar a entrar en consideraciones de carácter moral, la pregunta por los motivos para el desistimiento sí sea en alguna medida relevante en cuanto permita excluir que el desistimiento se explique por razones que -a la inversa de las causales de exculpación que hacen inexigible el seguimiento de la norma- nieguen su carácter voluntario.¹⁶²

Con esto, el punto de vista se acerca en parte a una teoría como la de Jakobs –en que un actuar posterior permite reinterpretar el precedente-, pero deja abierta la posibilidad que lo mismo ocurra en el caso de la tentativa acabada, mientras el resultado no se haya producido

¹⁶⁰ “La ley sólo pretende que aceptemos la vigencia de sus valoraciones, no que las hagamos nuestras, pues ‘la función represiva del derecho penal no es una expresión del anhelo de realizar, mediante la justicia penal temporal, un ideal moral absoluto, sino un medio necesario para obtener, en forma justa, la defensa de la comunidad.’”, Cury, *Tentativa y desistimiento*, p. 125. Misma idea en Garrido, *Etapas de ejecución*, p. 192, aludiendo a su vez a Cury.

¹⁶¹ “La imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho –en el más amplio sentido de la palabra «merecimiento», esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos-. [...] En el bien entendido sentido que, en Derecho penal, el juicio de imputación de segundo nivel es más exactamente un juicio sobre un demérito. Lo denominamos también «juicio sobre la culpabilidad del autor».”, Hruschka, “Reglas de comportamiento”, p. 350.

¹⁶² Se volverá sobre esta idea al tratar los requisitos de voluntariedad y espontaneidad.

todavía. Lo anterior se explica porque –como afirman las teorías respecto a los fines de la pena, en contraposición a una como la de ausencia de dolo- el desistimiento no opera de forma interna a la configuración del injusto culpable, sino sólo respecto a la necesidad de aplicarle una pena al mismo. En otras palabras, se sitúa en el nivel de las condiciones generales de punibilidad establecidas en las normas de sanción, por lo que si bien existe un delito en cuanto figura, este no constituye un hecho punible. Esto, a su vez, y como se ve en relación a la naturaleza jurídica del desistimiento, significa que el mismo sólo sirve como una excusa personal –en particular, como una excusa legal absolutoria- que no es extensible a los demás intervinientes –salvo, obviamente, que haya mediado un desistimiento propio por parte de los mismos-, dado que el hecho principal al que su conducta accede de forma secundaria permanece.¹⁶³

En cuanto a recepción jurisprudencial, la Corte de San Miguel el 2005 revirtió un fallo de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, en coautoría y en grado de frustrado. Cabe señalar que el mismo es confuso en materia fáctica, pues se señala que uno de los acusados intentó forzar la chapa de un automóvil con un clavo, y al no lograrlo se marchó; que luego, sin concierto entre ambos, el otro se dirigió al automóvil y logró forzar la chapa con un destornillador, pero finalmente decidió no sustraer nada dentro del mismo. Puede partir cuestionándose, por tanto, que se trate de un caso de coautoría, así como que se trate de un intento frustrado –más bien parecerían una tentativa fallida, y una posiblemente desistida-; la Corte, no obstante, obvia cualquiera de estas discusiones, y simplemente absuelve a ambos por considerar que se trata de una tentativa desistida. En lo pertinente a este punto, no obstante, reconoce como fundamento consideraciones de prevención especial y general, afirmando: *“ambos individuos abandonaron definitivamente los actos que iniciaron y que directamente se encontraban encaminados a apropiarse de especies, decisión que adoptaron de manera absolutamente voluntaria, sin mediar impedimento extraño, lo que hace que la acción de ambos no sea punible, efectos éstos que la doctrina acepta fundamentada en razones prácticas de política Criminal, porque la sanción dejaría de tener justificación en la perspectiva de la prevención especial, como también de la general, además, el autor se hace merecedor del perdón de la pena que corresponde a su acto - el ya realizado - por haber regresado al campo del derecho por su propia voluntad,*

¹⁶³ Principio de accesoriadad sobre el que se vuelve y profundiza en infra, 4.2.

cita efectuada a Jescheck por el profesor don Mario Garrido Montt, en su ?Libro Derecho Penal, parte general tomo II, Pág. 279?."¹⁶⁴ A este podría sumarse el caso de la Corte Suprema contra Massot Bello, ya mencionado como apoyo para la postura de Cury, pues pese a lo anterior, menciona también como fundamento doctrinario la desaparición del peligro de lesión jurídica, lo que puede conectarse con razones de carácter prevencionista.¹⁶⁵

4.2. Naturaleza jurídica del desistimiento a la luz del principio de accesoriedad

4.2.1. El principio de accesoriedad

La presentación de las distintas alternativas de naturaleza jurídica del desistimiento que, a su vez, suele tener relación con el fundamento que se defiende, se hará en dos grandes grupos según si las mismas excluyen el carácter injusto del hecho, o bien no lo hacen, pero afectan su carácter culpable o punible. La distinción que se favorece tiene directa relación con la postura que se adopta respecto del principio de accesoriedad: En virtud de éste principio se reconoce el carácter dependiente de la participación, en que al partícipe se lo castiga por su intervención en un hecho ajeno,¹⁶⁶ por lo que en todo caso es necesario que exista ese hecho principal del autor respecto al cual se pueda acceder. El concepto de accesoriedad, aquí relevante, puede distinguirse de sus criterios de aplicabilidad, que buscan responder a la pregunta por los requisitos necesarios o mínimos de esa acción principal, para que la del partícipe pueda acceder a la misma y ser en esa medida punible. Así, nuestra doctrina tradicionalmente distingue entre *accesoriedad mínima*, que estima que basta con que la acción principal sea solamente típica; *accesoriedad media*, que considera suficiente que ésta sea típica y antijurídica, mas no culpable; *accesoriedad máxima*, que exige que exista propiamente delito, es decir, una acción típica, antijurídica y culpable; y, finalmente, se agrega la *hiperaccesoriedad*, en virtud de la cual no basta que se trate de un delito, sino se exige que el mismo sea un hecho punible, respecto del que se cumplan las condiciones objetivas de punibilidad y no concurren excusas legales absolutorias.¹⁶⁷ Se adhiere en el trabajo al criterio

¹⁶⁴ CA San Miguel, 11 de julio de 2005, Rol 2046-2005, C° 1.

¹⁶⁵ Etcheberry, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, p. 465.

¹⁶⁶ Juan Pablo Mañalich, "Bases para una teoría comparativa del hecho punible", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 75, n° 2 (2006): p. 687. Véase también: Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 329.

¹⁶⁷ Garrido Montt, *Derecho Penal*, pp. 329-330.

de la accesoriad media –al igual que lo hace la generalidad de la doctrina-,¹⁶⁸ lo que explica la subdivisión que sigue a continuación: de las teorías que se reseñan primero se deriva también la no punibilidad de los partícipes cuando ha mediado desistimiento voluntario por parte del autor principal, aplicando el principio de accesoriad así caracterizado, mientras que de las segundas se sigue su carácter punible por mantenerse el hecho antijurídico principal.

4.2.2. Teorías que excluyen el injusto

Dentro de esta sección se agrupan tanto los que afirman la atipicidad por faltar un elemento negativo del tipo –el que no haya desistimiento-, como los que la sostienen por la falta del dolo como elemento subjetivo del tipo. La primera solución se suele derivar¹⁶⁹ de las antiguas teorías jurídicas, y en nuestro país fue expresamente defendida por Novoa.¹⁷⁰ La segunda, en tanto, es la consecuencia directa de la teoría de la ausencia de dolo de Cury.¹⁷¹ Como fue indicado, estas teorías tienen como consecuencia que al desaparecer el injusto –o carácter típico y antijurídico- las conductas de los partícipes también quedarán impunes pese a no haber intervenido en o mediado su propio desistimiento, pues no existe un hecho ajeno que pueda imputárseles, con lo que el desistimiento sería una excusa no exclusivamente personal.¹⁷²

En el caso de Cury, él parte distinguiendo entre si los intervinientes han contribuido a la ‘tarea común’ o no lo han hecho, exigiendo en el primer caso el retiro de la contribución y bastando en el segundo la abstención.¹⁷³ Si bien en sus ejemplos –dentro de los que se

¹⁶⁸ Mañalich, “Bases para una teoría comparativa”, p. 687, usando la expresión ‘accesoriad limitada’; Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 330, argumentando que eso explica que en los arts. 15 y 16 CP se hable de ‘hecho’ y no de ‘delito’; similar respecto de los partícipes en Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 80, si bien usa la expresión ‘mínima’ para referirse a lo que el resto entiende como ‘media’, y respecto de los encubridores estima que opera la accesoriad máxima. En el derecho alemán se da una respuesta similar, como se observa en Roxin, *Derecho Penal*, pp. 204-205.

¹⁶⁹ Ahora bien, como se señala en Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 169, las teorías respecto a los fundamentos del desistimiento no prejuzgan necesariamente la posición sistemática del mismo.

¹⁷⁰ Ver 4.1.3. para lo primero, y pie de página 136 respecto a Novoa.

¹⁷¹ “No se trata, en verdad, de una ‘cancelación’ de la voluntad preexistente sino de un defecto en su formación, que excluye la tipicidad del comienzo de ejecución porque falta el componente subjetivo sobre el que aquélla descansaba.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 115.

¹⁷² Y, por lo mismo, han sido desde hace tiempo criticadas: Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 166.

¹⁷³ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 119-120. No queda claro, sin embargo, por qué en ciertos casos establece como un requisito imperativo el impedimento del resultado –lo que parece derivarse de la norma

encuentra una participación y una inducción-¹⁷⁴ no plantea expresamente la situación en que existan partícipes que hayan prestado colaboración y luego el autor principal se haya desistido, a priori daría la impresión que de los mismos y de su exigencia de retirar en cualquier caso el aporte personal se podría inferir que los consideraría como punibles, pese a no serlo la acción principal. Ahora bien, posteriormente explicita que en dicho caso del desistimiento del autor se sigue la atipicidad de la conducta a la que accede el partícipe, por lo que es también impune.¹⁷⁵ De lo contrario, considera, se estaría puniendo una pura intención, pues la intención del partícipe se manifiesta –según él- en la conducta del agente. Respecto a las conductas que ya realizó, sostiene, ya no tienden a la consumación, por lo que son acontecimientos meramente causales sin dirección y jurídicamente irrelevantes.¹⁷⁶ Si bien siguiendo sus premisas su conclusión de no punición se deriva necesariamente, parece a lo menos cuestionable –y, un posible argumento en contra de este tipo de teorías que niegan el carácter personal del desistimiento- que conductas intencionales que abiertamente colaboran con una acción atentatoria contra la vigencia de una norma jurídica queden de tal manera impunes.

4.2.3. Teorías que no excluyen el injusto pero sí el carácter punible de la tentativa

En este punto, en cambio, se encuentran aquellas que al considerar que el injusto se mantiene y, dado lo ya señalado respecto a la accesoriedad, el desistimiento sólo actúa como una excusa de carácter personal, manteniéndose en consecuencia la punibilidad de los demás intervinientes en la medida que no medie su propio desistimiento o a lo menos una

nacional- y en otros estima que bastan acciones que muestran una ruptura con la acción común entre coautores, o de partícipes hacia el autor principal. Una alternativa posible sería limitar la excusa del desistimiento a aquellos casos en que efectivamente el resultado no se produce, y dar una justificación alternativa a la impunidad en aquellos casos en que deja de existir ese marco de interpretación común de la acción grupal.

¹⁷⁴ “Así, quien facilitó un instrumento para que se llevara a cabo el delito, debe recuperarlo antes de que el autor lo use y, si esto ya ocurrió, hacer lo que sea necesario para anular su cooperación; aquel de los coautores del robo que abrió la caja fuerte, debe volver a cerrarla antes de que sus compañeros la desvalijen; el inductor de un homicidio debe convencer al autor material para que abandone el designio que colaboró a formar en él.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 119. Como se ve, tampoco distingue nítidamente allí entre los casos de participación y de coautoría.

¹⁷⁵ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 134-135.

¹⁷⁶ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 135.

participación en uno ajeno.¹⁷⁷ Respecto a las teorías sobre los fundamentos del desistimiento que favorecen alternativas de este tipo como naturaleza jurídica se pueden mencionar las de insignificancia de la culpabilidad, las que toman directamente consideraciones de política criminal como ‘el puente de oro’, y aquellas que atienden a los fines de la pena. En cuanto a la primera, si bien tiene en común con las del segmento anterior el considerar que el desistimiento afecta directamente al delito, y no sólo su configuración como hecho punible, difiere de ellas en que considerar que la antijuridicidad del hecho no se ve afectada, impidiendo solamente el reconocerle capacidad de motivación con arreglo a la norma –según la terminología favorecida en el trabajo–.

Las restantes soluciones tienen en común el considerar que el desistimiento deja intacto el injusto culpable como hecho precedente, pero hace innecesaria la aplicación de pena por razones de política criminal, o bien de los fines de la pena. Existen, en todo caso, ciertas diferencias entre si se lo considera una ‘causa de extinción de la responsabilidad penal’,¹⁷⁸ o una ‘excusa absoluta’,¹⁷⁹ y dentro de esta última entre ‘causa personal de exclusión de la pena’ y ‘causa personal de anulación de la pena’¹⁸⁰, pero todas comparten de forma expresa el carácter estrictamente personal de la excusa. Dicha opinión es compartida por este trabajo, pues se considera que el desistimiento actúa como una excusa legal absoluta, esto es, opera como mera condición general de punibilidad que si bien no permite reconocer que exista un hecho punible, no afecta internamente el carácter de delito de la acción principal. Esta exclusión de pena, a su vez, se explica porque se hace injustificada su aplicación desde una perspectiva retribucionista, al verse reestablecida la vigencia de la norma antes impugnada por la acción intentada, a través del cumplimiento de deber posterior.

¹⁷⁷ El carácter individual o personal del mismo, cabe recalcar, claramente será contingente y dependiente del criterio que se defiende respecto del principio de accesoria. Así, si se sostuviese en cambio la accesoria máxima, de la falta de culpabilidad se seguiría también la absolución de los partícipes, y lo mismo con la hiperaccesoria y las condiciones generales de punibilidad. No obstante lo anterior, la doctrina es pacífica en estimar la accesoria media como el criterio operativo en Chile, como ya se mencionó.

¹⁷⁸ Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, p. 67.

¹⁷⁹ Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 185.

¹⁸⁰ Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 227-228, quien opta por la terminología de causa personal de anulación de la pena.

4.3. Requisitos del desistimiento

Si bien existen importantes diferencias en la doctrina, así como respecto a las consideraciones realizadas por la jurisprudencia reciente, debe constatarse (positivamente) que hay coincidencia en la posición central que tiene el requisito de voluntariedad del desistimiento como núcleo de la institución. Siguiendo la forma de presentación tradicional de la doctrina nacional, se revisarán primero aquellos requisitos comúnmente formulados respecto del desistimiento pasivo y posteriormente los que se exigen para el desistimiento activo de la tentativa acabada, sin perjuicio que lo dicho respecto al primero será en gran medida aplicable al segundo –especialmente en cuanto a la forma de entender la voluntariedad-.

4.3.1. Desistimiento Pasivo

4.3.1.1. Impedimento del resultado o cesación de la acción

Como requisito objetivo del desistimiento se requiere que el resultado típico no se produzca,¹⁸¹ pues de lo contrario el delito estaría consumado y no habría posibilidad de desistimiento alguno. Luego, en atención a la propia forma de la tentativa inacabada, en que la actividad se encuentra en dicha medida incompleta, en los casos de actuación individual basta el solo abandono o abstención de proseguir la ejecución para impedir el resultado.¹⁸² Esto no coincide, no obstante, con los casos de intervención múltiple, en los que se discute el carácter que debe tener la intervención de quien se desiste.¹⁸³ Si bien, como se mencionó en un principio, no se analizarán en profundidad los problemas planteados por los casos de intervención múltiple y de omisión en relación con el desistimiento en el presente trabajo,

¹⁸¹ Corresponde hacer nuevamente la prevención indicada en la introducción y supra, 4., pie de página 118, en cuanto a los términos utilizados se adecúan a los delitos de resultado, no así a aquellos de mera actividad.

¹⁸² Así, por ejemplo, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 118; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 189; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 228.

¹⁸³ Como se mencionó brevemente en 4.2.2. respecto de Cury, los autores que más se han referido a la materia distinguen entre si ya se ha realizado la contribución a la ‘tarea común’ o no, estimando que en el primer caso es necesario ‘retirar’, ‘deshacer’ o ‘anular’ dicha contribución para verse liberado de la pena, mientras que en el segundo bastaría la mera abstención de contribuir. Así, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 119; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 239; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 190. Ninguno, sin embargo, parece considerar necesario el impedimento efectivo del resultado o a lo menos la no producción del mismo por otra razón, lo que, especialmente en el caso de coautores, parece contravenir la intuición generalizada de que el desistimiento no procedería cuando el delito se encuentra consumado.

existe un caso de la Corte de Apelaciones de Concepción que, no siendo extremadamente concluyente, es pertinente respecto a esta materia. En éste, se menciona que tres sujetos se concertaron para asaltar a dos menores; la defensa de uno de los primeros alega que habría una errónea aplicación del art. 15 n° 3 CP, pues su defendido habría entregado un cuchillo a los otros dos acusados con anterioridad, sin que se hayan imaginado en ese momento que posteriormente tomarían parte en un hecho delictivo, y posteriormente al ocurrir el robo el mismo se arrepintió, quedándose oculto detrás de un kiosko. Si bien la Corte rechaza entrar en el fondo con el argumento de que los hechos fijados por el tribunal son inamovibles, hace ciertas consideraciones relevantes:

*“7°.- Que, así establecidos los hechos, y en particular en lo que dice relación con el obrar del sentenciado Peña Ávila, resultan plenamente concurrentes en la especie los requisitos que el legislador establece en el artículo 15 N° 3 del Código Punitivo para considerarlo autor del delito materia de la acusación, pues **concurren tanto el requisito del concierto previo, como el de la facilitación de los medios con que se llevó a efecto el hecho por parte de los autores ejecutores.**”¹⁸⁴*

*“8°. Que, por la misma razón antes indicada, esto es, por la forma en que fueron establecidos los hechos por el Tribunal a quo, no resulta atendible la fundamentación y alegación planteada por la defensa en orden a que ha existido en los hechos un desestimiento de la tentativa en el obrar del condenado Peña Ávila, comoquiera que el fallo en alzada no contempla ningún antecedente que permita oír tal alegación y, **además, ha determinado que el ilícito materia de la acusación se ha consumado.**”¹⁸⁵*

Así, del primero de los considerandos podría derivarse que de haber mediado una ruptura del concierto o la facilitación de medios se seguiría la absolución del imputado. Pero más importante aún resulta la última afirmación del C° 8 –que además, no parece limitarse a un asunto probatorio-, en que el tribunal parece considerar imperativo que, a lo menos, el resultado no se produzca para que el desistimiento siga siendo una opción viable, requisito con el cual se concuerda.

¹⁸⁴ CA Concepción, 24 de octubre de 2008, Rol 412-2008, C° 7.

¹⁸⁵ CA Concepción, 24 de octubre de 2008, Rol 412-2008, C° 8.

Respecto a lo señalado a propósito de la cesación de la actividad en los casos de intervención individual, es claro que contra lo afirmado por la doctrina, de la errada distinción entre tentativa y delito frustrado por parte de ciertos tribunales¹⁸⁶ se seguiría que en casos de delitos frustrados podría bastar la sola no continuación de la actividad para impedir el resultado. No obstante lo anterior, dichos tribunales parecen especialmente reacios a reconocer la posibilidad de desistirse en los mismos, pero lo suelen excluir por la vía de argumentar que el mismo no fue voluntario.

Del mismo modo que en el delito la acción que realiza o trata fallidamente de realizar la descripción típica es el objeto de imputación en el juicio de responsabilidad penal, en el desistimiento será la no producción del resultado –por vía del abandono de la misma, en el desistimiento pasivo, y por la de realizar una nueva acción para impedirlo, en el activo- el objeto a imputar con el propósito de reconocer un restablecimiento de la vigencia de la norma, como se desarrolla en el punto siguiente.

4.3.1.2. Voluntariedad como criterio de imputación del impedimento del resultado

Tradicionalmente se distingue a propósito de la voluntariedad entre teorías psicológicas y valorativas de la misma. Las primeras suelen partir de bases similares a la fórmula de Frank respecto al desistimiento, que pone el foco en las representaciones del sujeto señalando que habrá desistimiento voluntario si el autor en primera persona se representa que no ‘quiere’ alcanzar la ‘meta’ aunque puede, e involuntario cuando no puede alcanzar la ‘meta’ aunque ‘quisiera’.¹⁸⁷ Los defensores de teorías valorativas, como Roxin, en cambio, parten de la base de la crítica de los presupuestos psicológicos: por un lado –al menos conforme a dicho autor- porque la fórmula en su faceta negativa confunde la tentativa fracasada con el desistimiento involuntario¹⁸⁸ -y, aún si no se recoge dicha crítica, sí al menos puede verse que la fórmula es incompleta, en la medida que no da respuesta a los casos que según sus propios términos no

¹⁸⁶ Supra, 3.2.1. y 3.2.2.

¹⁸⁷ Formulaciones similares en Novoa, “El proceso de generación”, p. 65; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 191; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 234; y aludida por Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 124.

¹⁸⁸ “Esta conocida formulación de Frank, que originariamente fue elaborada por su autor para describir el desistimiento involuntario, describe en realidad la tentativa fracasada.”, Roxin, *Derecho Penal*, p. 618. Véase también: Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 171; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 234, pie de página 701.

pueden ni ‘quieren’ alcanzar la ‘meta’-; por otro, porque no sería satisfactoria político-criminalmente. En virtud de esto último elabora su propio criterio de carácter normativo, basado en la noción de ‘racionalidad del delincuente’, para determinar si existe o no desistimiento voluntario. Éste existirá cuando el sujeto a través de su conducta exprese una voluntad de retornar a la legalidad, distanciándose de dicha mentalidad delictual, y será involuntario si responde a lógicas propias de ésta última –como consideraciones de oportunidad y no ser atrapado-.¹⁸⁹

Si bien este criterio no ha sido acogido por la doctrina nacional, ni tampoco por la mayoría de la jurisprudencia, se ve presente en un caso aludido anteriormente, a propósito de la distinción entre tentativa y delito frustrado. En éste, el caso del marido que disfrazado aborda e intenta (fallidamente) matar a su cónyuge por la vía de apuñalarla en el cuello, el TOP de Concepción –luego de un nuevo juicio oral, y tras unos cuestionables fallos de instancia y de nulidad- consideró que si bien se trataba de un femicidio tentado y no frustrado –por haberse dado inicio a la ejecución por hechos directos, pero faltando por parte del autor acciones necesarias,¹⁹⁰ contra ambos fallos anteriores-, no existía en el mismo un desistimiento voluntario –contra el fallo anulado-, pues una vez desbaratado su plan al haber sido removido su disfraz por un movimiento de la víctima y reconociéndolo la misma, obedecía a la racionalidad del delincuente el desistimiento, no mereciendo en consecuencia la impunidad desde una perspectiva normativa:

"Al asestar la estocada en el cuello de su cónyuge con el cuchillo, producto de un movimiento realizado por la ofendida con una de sus manos, perdió la nariz de goma que llevaba puesta y cayó al piso el gorro y la peluca rubia que servían de disfraz. Se desbarató el plan del acusado tal cual se lo había propuesto. Si (eventualmente) desistió de darle otra u

¹⁸⁹ Teoría reseñada tanto en, Mañalich, “Tentativa y desistimiento”, p. 171; como, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 235.

¹⁹⁰ “[S]e infiere como una verdad procesal irredargüible que el acusado Ricardo Labrín Vergara dio principio a la ejecución del referido delito por hechos directamente encaminados a su consumación, y si esta no se produjo fue porque **faltaron acciones necesarias** para ello. El acusado se abalanzó sobre su víctima con dolo directo de matar, sabiendo que existía entre él y la ofendida un vínculo de matrimonio, y utilizó un medio idóneo para ultimarla, asestándole una estocada a una zona conocidamente vital y delicada de su cuerpo (todo ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en relación al tipo subjetivo de la tentativa en sentido estricto). Empero, **no dio más que ese golpe y no continuó asestando otros que habrían seguramente permitido que lograra su propósito.**”, TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011, C° 13. También en el fallo hace consideraciones respecto a que la herida no fue de gravedad, considerando que la propia víctima pudo volver por sí misma caminando a su casa a pedir ayuda.

*otras estocadas, fue porque el plan puesto en ejecución se había arruinado irreversiblemente. Ello, desde el punto de vista de la teoría valorativa jurídica que propone Roxin (“Dogmática Penal y Política Criminal” Traducción de Abanto, Lima, 1998, págs. 255 y ss.; citada por Mir Puig, Santiago; ob. cit. pág. 354), implica recurrir a la “racionalidad del delincuente”, en el sentido de estimar que si el desistimiento corresponde a un acto racional de éste no hay voluntariedad, y por lo tanto, no hay impunidad de la tentativa desistida, y contrario sensu, si el desistimiento del delincuente es contrario a su racionalidad, entonces sí es voluntario, y por ende impune”.*¹⁹¹

*“Pues bien, al arrebatarse la nariz de goma al acusado, y al caer al suelo el gorro y la peluca rubia, la ofendida espetó al acusado “Cuky, eres tú” desbaratando el plan tal cual él lo había concebido. Desistir entonces, bajo esas circunstancias, fue un acto racional plenamente ajustado a la idea de no poder ejecutar el delito tal como lo había ideado, deliberado y resuelto. No fue por lo tanto voluntario, y no merece la impunidad.”*¹⁹²

Como se señaló anteriormente, la doctrina chilena mayoritaria favorece una comprensión psicológica de la voluntariedad, desarrollando limitantes a la misma, y con ciertas diferencias de grado o matices. Así, están de acuerdo en que tanto la fuerza física como la coacción excluyen la voluntariedad¹⁹³ y, tanto o más importante, comparten como un elemento fundamental de la voluntariedad el que el autor se represente, desde su perspectiva, que el resultado sigue siendo posible.¹⁹⁴ Si bien, y como se verá luego, se comparte con éstos el carácter central que tienen las representaciones del sujeto para determinar el carácter voluntario o no del desistimiento, se considera por el contrario que el carácter posible o no del acaecimiento del resultado (desde la perspectiva del actor) no forma parte del requisito de

¹⁹¹ TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011, C°13.

¹⁹² TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011, C°13.

¹⁹³ Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 234; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 191; en el caso de Cury, sin embargo, esto no es claro. Afirma, criticando, que para Frank voluntario significa ‘libre de coacción’, a lo que él se opone. Ahora bien, da la impresión que una coacción en el sentido de, por ejemplo, alguien apuntando a otro con un arma y ordenándole que se detenga, más se acercaría para Cury a un impedimento material para la consumación que a una ‘mera’ coacción, y sería en consecuencia impune. Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 124.

¹⁹⁴ Así, Politoff, *Los actos preparatorios* pp. 234-235, pese a sostener tradicionalmente posturas de carácter objetivo; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 191-192, aludiendo como en otras oportunidades al plan del autor; para Cury, incluso, parece ser lo único importante, cuando afirma: “La no producción del resultado o la falta de complemento de la acción sólo son independientes de la voluntad del autor, cuando este no cuenta con la posibilidad material de orientar los procesos causales hacia el fin (típico) perseguido, esto es, cuando su representación estima que le es físicamente imposible consumar.”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 125.

voluntariedad del mismo. Esto, porque –como ya afirmara Roxin- al darse cuenta el sujeto de que el acaecimiento del resultado es imposible, lo que el mismo constata es el fracaso de su acción como forma de realizar el tipo, luego de lo cual es imposible para él impedir (desde su punto de vista) la producción del resultado por la vía que fuere, toda vez que éste no se producirá por sí mismo. Así, si bien es necesario que el resultado siga siendo posible para que pueda existir desistimiento, lo que la imposibilidad excluye es el desistimiento en sí –en cuanto éste no puede tener lugar en un caso de tentativa fracasada-, no su carácter voluntario.¹⁹⁵

Conforme al marco teórico consignado en un comienzo, para fijar el alcance de la exigencia de voluntariedad pueden tomarse prestadas algunas de las categorías de la imputación referidas al quebrantamiento de una norma de comportamiento, pues precisamente de lo que se trata aquí es de imputar el cumplimiento de deber –el impedimento del resultado a través, en este caso, de la abstención de seguir actuando- al sujeto como propio,¹⁹⁶ siendo justamente la voluntariedad el elemento que actúa como criterio de imputación subjetiva que –conjuntamente con el comportamiento que sigue la norma- justifica el restablecimiento de la vigencia de la norma anteriormente infringida, haciendo innecesaria la pena. Así, es necesario que el sujeto actúe representándose con un grado de probabilidad relevante¹⁹⁷ que su comportamiento –sea omisivo o activo- impedirá la producción del resultado típico, y que actúe en pleno control físico de su cuerpo –lo que siguiendo a Alcácer podríamos llamar *dolo de desistimiento*, si se entiende en sentido amplio-. Pero, aún más –y contra lo aparentemente formulado por Cury-, es necesario que el sujeto haya actuado con capacidad de motivación con arreglo a la norma, es decir, que haya favorecido esta intención sobre otras que puedan haber concurrido –dentro de las que lógicamente se encuentra la de proseguir la acción, pero

¹⁹⁵ “[E]l que no puede continuar (o, cuando menos, cree que no puede), ni renuncia ni se vuelve atrás, sino que se ubica en una situación que, desde su punto de vista, parece inmodificable. [...] El concepto de tentativa fracasada es, pues, una descripción sintética de aquellas tentativas en las que, debido a la imposibilidad (real o supuesta) de alcanzar los objetivos, no hay nada a lo que renunciar o impedir.”, Roxin, *Derecho Penal*, p. 618.

¹⁹⁶ Algo similar puede verse, brevemente en relación al núcleo del texto, en Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, pp. 159-162; si bien no se comparte el traslado que parece hacer de ciertos elementos propiamente subjetivos –luego, relativos a la voluntariedad- como un *dolo de desistir* al ‘requisito objetivo’, que se dedica a elaborar en su trabajo, como cuando afirma: “lo cierto es que un *dolo de desistir* –quizá la forma más amplia de interpretar ese término- habría de apreciarse siempre que el autor realizara una prestación óptima, por lo que no añadiría nada ulterior al requisito objetivo.”, Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 159.

¹⁹⁷ Posteriormente en el desistimiento activo se toca el tema de si es necesaria un curso de evitación óptimo, como considera Alcácer. En cualquier caso, en la tentativa inacabada por un único autor, la no continuación resulta a todas luces óptima.

no se limita a ella, pues incorpora también aquellas otras intenciones de evitación que no pueden ser interpretadas como seguimiento de la norma-, pues sólo así puede considerarse que su acción efectivamente reestablece la vigencia de la norma, y no es una mera no producción del resultado no imputable al mismo –como ocurre en cualquier tentativa-.¹⁹⁸

Desde la perspectiva recién desarrollada, también podría negarse el desistimiento en el caso del intento de femicidio por ‘Cuky’ –sin perjuicio que, no compartiendo su criterio, cabe destacar la consistencia del Tribunal-, puesto que la no producción del resultado resulta imputable más bien a la conducta defensiva de la mujer que a la actuación posterior al corte superficial por parte del agresor, o al menos parece deberse a la intervención de ambos –de manera que no puede atribuírsele de forma concluyente como seguimiento de la norma al mismo-.¹⁹⁹

Lo anterior no significa, sin embargo, que cualquier acto de resistencia u oposición por parte de la víctima deba ser tomada como un obstáculo impeditivo del desistimiento. Así, en un caso seguido ante los tribunales de Coyhaique, dos sujetos ingresaron a un local e intimidaron con un arma de fuego al dueño del establecimiento y a un cliente en una tentativa de robo. El dueño intentó resistirse al mismo, y fue tirado de espaldas al suelo y posteriormente golpeado nuevamente. El argumento del Fiscal –respecto a las razones para rechazar el desistimiento- se basó en gran medida en que fue la resistencia de la víctima la produjo la retirada de los asaltantes y no su desistimiento voluntario. Así, en su recurso en contra del fallo de instancia –que acoge el desistimiento- afirmó:

“Manifiesta, además, que de la dinámica de los hechos que se tuvieron por acreditados, no resulta serio sostener que los sujetos cortaron la ejecución del delito y por su propia voluntad se arrepintieron y se retiraron del local, ya que los sujetos no siguieron

¹⁹⁸ Este símil con la culpabilidad permite excluir situaciones de coacción psicológica o fuerza moral, que también excluyen el desistimiento al menos para Garrido Montt y Politoff. Cabe señalar que éste último menciona también como teorías valorativas aquellas que se enfocan en si el hecho puede considerarse verdaderamente como un retorno del delincuente hacia la fidelidad del derecho, por lo que eventualmente en sus términos podría considerarse que la teoría acá desarrollada es una normativa, más que psicológica. Si bien es cierto que aquello parece coincidir con el fin que se le asigna al desistimiento, el medio por el que en este trabajo se considera que aquello se produce es más cercano a las teorías psicológicas, al menos en contraposición a la teoría valorativa de Roxin. Esto en Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 235.

¹⁹⁹ Esta terminología permite, además, no caer en una excesiva concretización de la representación relevante por parte del sujeto, como serían las alusiones del tribunal y de Garrido Montt al no desarrollo del plan del autor exactamente como este lo planeó de antemano, lo que trae consigo sus propios problemas.

actuando por la actitud de la víctima, en este caso fue la resistencia de la víctima respecto a A.U.C. cuando fue amenazado con el arma y le exige la entrega de dinero, lo que lleva a que los imputados desistan de seguir actuando, ya que el mismo Tribunal, señala, que este había sido golpeado en la cabeza, pero se estaba levantando, cuando recibe otro golpe de pie, pero ya se levantaba nuevamente, lo que motiva a los acusados a huir, no como dice el Tribunal que estaba caído y completamente vencido en el suelo, y que los imputados si hubieran querido hubieran podido seguir registrando y buscando el dinero."²⁰⁰

Sin embargo, como se ve al final del párrafo anterior, y en la cita que sigue, tanto el Tribunal como la Defensa –y la Corte de Apelaciones, en su fallo confirmatorio- consideraron que la víctima se encontraba en cualquier caso vencida, por lo que no representó un obstáculo real:

*"Dice que ahora el F. invoca la declaración de la víctima para reseñar que hubo resistencia, pero la víctima principal, en el considerando Sexto señala, que dijo que había caído de espaldas y le dieron una patada, y después escaparon, pero no hubo pedido de auxilio. Agrega que **lo que propone el Tribunal Oral en lo Penal, es correcto, ya que no obstante haber estado frente a una víctima vencida, no tomaron nada de su propiedad y optaron por irse.**"²⁰¹*

Luego, la no realización del robo resultó imputable como un desistimiento voluntario a ambos autores, quienes optaron por no continuar con el mismo, y no al intento fallido de resistencia de la víctima. Algo similar se observa en otro caso de robo con intimidación, en que un sujeto, fingiendo tener un arma de fuego, abordó a dos mujeres en un paradero, intentando lograr que le entregaran sus celulares. Si bien en concepto del Ministerio Público el hecho se vio impedido por la huida de las mujeres, la Corte de San Miguel reconoce en cualquier caso un desistimiento voluntario, pues las circunstancias del hecho muestran que pese a ello el autor podría haber proseguido y no lo hace por su propia determinación. Así, revirtiendo el fallo de instancia, señala:

*"Que de la forma reseñada precedentemente aparece claramente que **no existió ninguna conducta por parte de la víctima ni de terceros que condujeran al sujeto activo a***

²⁰⁰ CA Coyhaique, 3 de agosto de 2015, Rol 86-2015, C° 1.

²⁰¹ CA Coyhaique, 3 de agosto de 2015, Rol 86-2015, C° 2.

desistirse de su ilícito o tentativa de ello, sino que fue su propia voluntad la que lo hace renunciar a ello puesto que contaba con condiciones favorables para haber continuado con su ilícito, puesto que se encontraba con un arma, aparente, pero suficiente para doblegar a la víctima, el lugar hacía difícil la huida por el tránsito complejo que se daba a esa hora, la víctima iba cargada con un bolso con peso por todo lo que llevaba en su interior y además, de su cartera y, por último, el sujeto activo era una persona joven que bien pudo perseguir a su víctima y sin embargo, desistió del ilícito y se fue caminando en sentido contrario al que huyó la víctima, es decir, fue su voluntad la que lo hizo desistir de insistir con el ilícito que se había propuesto. Esta actividad desplegada por el encartado constituye el desistimiento de la tentativa que la Defensoría alega en favor del imputado, figura que no tiene sanción en materia penal y por tanto, los jueces de mayoría han cometido una infracción legal en los términos que se describen en el presente recurso."²⁰²

En cualquier caso, no solo la resistencia de la víctima puede fungir como circunstancia externa que impide la imputación de la no producción del resultado al autor del hecho. Así, en un caso de robo en lugar habitado, en que dos sujetos ingresaron a una casa la que luego huyeron, la Corte de Apelaciones de Chillán negó el carácter voluntario del desistimiento por haberle sido impuesto este a los autores por la actuación de terceros –vecinos, que gritaron y encendieron luces-. Así, recalcando el elemento de que el hecho siga siendo posible desde la perspectiva del autor y la terminología del plan del autor –aunque esta última no se favorezca en el trabajo- expresa:

“Afirmar [Los Jueces] que el desistimiento debe entenderse involuntario, y por ende ineficaz para excluir la imputación, si estos constatan la imposibilidad de alcanzar la consumación, lo que ha ocurrido en este caso, cuando abruptamente en el curso de la ejecución de los hechos directos e inmediatos, surgen de improviso circunstancias que los hacen cambiar el curso de la ejecución de las acciones, ajenas a las previstas en el plan de los autores, que los hacen renunciar a la consumación, explicando como la prueba los lleva a determinar lo anterior, afirmándose además en las máximas de experiencias para concluir que los hechos sobrevinientes relatados por los testigos son a lo menos admisibles para sostener que son capaces de hacer cambiar el rumbo de los acontecimientos, para finalizar

²⁰² CA San Miguel, 17 de junio de 2015, Rol 817-2015, C° 8.

refiriendo que no constó de los antecedentes que ese desistimiento haya sido voluntario, y que no hubo elemento de juicio alguno de la prueba de cargo que así lo explicara."²⁰³

Por último, y pasando a otro tipo de delitos, es atingente también un caso de un intento de femicidio presentado ante la Corte de Apelaciones de Concepción. En éste, un hombre intentó matar a la víctima por vía de estrangularla con una mano, mientras con la otra le daba golpes. La hija de ambos, de siete años, interviene suplicando por la vida de su madre y dándole golpes a su padre, y el imputado finalmente se detiene. El fallo tiene dos elementos especialmente criticables: por un lado, califica el hecho como frustrado –error, sin embargo, común, y que es detectado por el voto de minoría-, pero más importante aún, sostiene que al haber posiciones distintas en la doctrina –para lo que cita a Novoa y Politoff-, se trata de una cuestión poco pacífica respecto a la que no puede haber error de derecho.²⁰⁴ Sin perjuicio de lo anterior –y ser las discusiones referidas a las definiciones y los requisitos del desistimiento, no su existencia-, hace en cualquier caso consideraciones de fondo que son pertinentes; en particular, plantea la cuestión respecto a la posibilidad que la voluntariedad se vea excluida, en un caso en que la consumación es a todas luces posible, por una ‘fuerza moral’, como podría ser en este caso la intervención de la hija. Así, afirma:

²⁰³ CA Chillán, 17 de enero de 2014, Rol 342-2013, C° 5.

Algo similar ocurre en otro robo en lugar habitado en que se afirma que: *“su voluntad fue ingresar a una casa sin moradores y la circunstancia de que estando dentro del inmueble se percatara de la presencia de éstos, por lo que huyó del lugar, constituye una imposición de las circunstancias y por tanto un hecho independiente de su voluntad”*, CA Concepción, 19 de mayo de 2010, Rol 139-2010, C° 10. Especialmente rescatable resulta la expresión destacada, en que ni siquiera es la intervención de un sujeto la que obsta a la voluntariedad, sino el hecho de estar ahí imprevistamente.

De modo similar, en otro robo con lugar habitado se rechaza el desistimiento desde una clara perspectiva psicológica que evoca la fórmula de Frank, y alude además al plan del autor: *“resulta voluntario si el autor, aunque considere aun posible el resultado, por motivos propios no quiere ya alcanzar el resultado que perseguía, es decir, el desistimiento surte sus efectos aun cuando este motivado por la sola conveniencia el hechor. Por el contrario, entonces, no existe desistimiento si la posibilidad de elección del autor ha desaparecido [...] no es posible afirmar que haya existido de parte del encausado una tentativa desistida, toda vez que esta posición involucra un abandono del plan del suceso, adoptado de manera absolutamente voluntaria, sin mediar impedimento extraño, en circunstancia que en la especie la activación de las alarmas de seguridad del inmueble y la llegada a ese lugar de los policías junto con la ofendida, a los pocos minutos, fue lo que impidió al sujeto activo la consumación de la apropiación.”*, CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012, C° 11.

En la misma línea, en CA Chillán, 17 de junio de 2013, Rol 108-2013, también de robo en lugar habitado, se menciona una versión de la fórmula de Frank y se rechaza el desistimiento por haber sido motivado por el ser descubierto por vecinas, y posiblemente la presencia y ruidos de carabineros.

²⁰⁴ CA Concepción, 31 de enero de 2014, Rol 732-2013, C° 3.

*“La discusión se plantea entonces respecto de que debe entenderse por causas independientes a la voluntad del agente, se ha de referir sólo a fuerza externa o puede también tratarse de fuerza moral, que influya en la decisión del agente, impidiéndole la consumación de la conducta ilícita.”*²⁰⁵, y luego: *“destacando que la conducta no se consuma por la intervención de la hija menor de la víctima y del imputado, quien ejerce sobre su padre (el imputado) una fuerza o coacción moral que es la que en definitiva le lleva a éste a desistirse de su conducta dolosa, habiendo ya, sin embargo, desplegado todo su accionar tendiente al resultado femicida”*.²⁰⁶

Esto, sobre lo que se volverá en la sección siguiente respecto a espontaneidad, se relaciona con la voluntariedad y los ‘motivos’ del desistimiento. Tradicionalmente se sostiene por la doctrina que el ‘valor ético’ de los motivos que mueven a desistir carecen de importancia, sin importar si éste es producto del miedo, piedad, arrepentimiento, razones nobles o bajas.²⁰⁷ Si bien hay un punto importante en dicha afirmación, es necesario trazar una importante distinción respecto al carácter relevante o no de los motivos. No parece polémico sostener que se encuentra exculpado –y en ese sentido no le es atribuible- un sujeto que comete un delito, cuando lo hace bajo amenaza de muerte de otro que le apunta con un arma de fuego a su cabeza. Debe notarse, ahora, que precisamente lo que realizamos en un caso así es analizar directamente los motivos que llevaron al autor a realizar la acción, para determinar si podemos atribuirle responsabilidad por el quebrantamiento de la norma jurídica, que en ese caso negamos porque el seguimiento de la misma no era exigible frente a motivos de tal entidad –lo que la doctrina nacional ya citada y el fallo calificaría como ‘fuerza moral’- que no se podría esperar de una persona normal puesta en esa situación. En ese caso, diríamos, la conducta de la persona no constituye una expresión de sí misma. Lo mismo ocurre respecto a la no continuación de la actividad lesiva o el inicio de un ‘curso salvador’ en el caso del desistimiento. Esto da cuenta que los motivos son, efectivamente, importantes, pero sólo en la medida que anulen la capacidad de motivación con arreglo a la norma, no en cuanto a su

²⁰⁵ CA Concepción, 31 de enero de 2014, Rol 732-2013, C° 2.

²⁰⁶ CA Concepción, 31 de enero de 2014, Rol 732-2013, C° 4.

²⁰⁷ Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 232-235; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 125; Novoa, “El proceso de generación”, pp. 66-67; Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, pp. 63-64; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 191.

carácter moral, que mientras no afecte dicha capacidad es irrelevante.²⁰⁸ Dicho lo anterior, y con la prevención de que el fallo no elabora o profundiza en exceso en los hechos de la causa por tratarse de un recurso de nulidad y no del juicio oral, da la impresión que en un caso como éste los ruegos y golpes de una infante –aun siendo su hija- difícilmente califican como un motivo o fuerza tal que niegue la posibilidad de atribuir el abandono del hecho al actuar voluntario del sujeto, de lo que se debió haber seguido la absolución del mismo por el desistimiento voluntario –sin perjuicio de las lesiones y otros delitos ya cometidos-. Así, no se ve diferencia relevante entre este caso y uno de ruego de la víctima –como el primero analizado en la sección siguiente-.

4.3.1.3. Irrelevancia del ‘requisito’ de espontaneidad

En relación con los motivos, en la doctrina nacional se suele dar la discusión respecto a si es necesario que el desistimiento no sea sólo voluntario sino espontáneo, entendiendo por tal que la voluntad del sujeto se determine sin la intervención de factores externos. Ahora bien, incluso una revisión superficial de la misma da cuenta de la artificialidad de la discusión, pues todas las obras nacionales especializadas en la materia señalan expresamente que no es un requisito²⁰⁹ y que el desistimiento puede deberse, por ejemplo, al requerimiento de un

²⁰⁸ Por lo demás, aunque utilicen una terminología diferente, no parece una conclusión tan alejada de lo que ya otros autores han señalado, como Garrido Montt, que señala que hay que alejarse del cinismo y el moralismo, y –citando a Antolisei- que si hay una desventaja o riesgo tal que no puedan esperarse de una persona razonable falta la posibilidad de elección necesaria para la voluntariedad, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 191; o Politoff, que expresamente reconoce la fuerza moral como excluyente de la voluntariedad, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 234. Como ya se ha señalado anteriormente, la posición de Cury en esta materia no resulta tan clara, pero posiblemente se opondría a estas conclusiones.

Una formulación aún más clara de la posible relevancia de los motivos, si bien en una materia distinta, se puede ver en Guillermo Silva, “Imputación y causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 18 (2013): pp. 52-56. Allí, el autor los analiza a propósito de la limitación que establece el art. 10 n° 6 CP para la legítima defensa de terceros extraños, en que para contar como justificada es necesario que el defensor no actúe impulsado por ‘motivos ilegítimos’ como la venganza o el resentimiento. Entendiendo por motivo una razón para la acción que interpreta a dicha acción de una determinada manera, sostiene que en definitiva lo que dicha cláusula busca es impedir la instrumentalización de la legítima defensa por el tercero, aprovechándose de la situación objetiva para llevar a cabo un acto que de lo contrario sería reprochado. Haciendo la salvedad que no se trata aquí de causales de justificación sino del desistimiento, y que lo que se imputa al autor es un nuevo comportamiento, se considera que la atención a los motivos en situaciones límites puede servir para precaver similares instrumentalizaciones de la institución del desistimiento.

²⁰⁹ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 125; Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 233-234; Novoa, “El proceso de generación”, p. 66; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, pp. 191-192.

tercero.²¹⁰ Posiblemente, las alusiones del Ministerio Público que todavía se ven reflejadas en alguna jurisprudencia –además de menciones expresas de tribunales para negar que sea un requisito- se expliquen por lo mencionado por Garrido Montt en su manual,²¹¹ en que señala preferir la voz ‘espontáneo’ a ‘voluntario’, para que no se incurra en errores en casos como quien se detiene porque la policía se acerca –que, señala allí, sería voluntario pero no espontáneo-. Sin embargo, si se lee el contenido de lo que entendía en ese momento por espontáneo, se ve claramente que la diferencia con lo que sostuvo anteriormente en su obra especializada es sólo terminológica, siendo el contenido de esa ‘espontaneidad’ el mismo que el de la voluntariedad, y nunca pretendiendo excluir el carácter efectivo del desistimiento por el ruego de un tercero. Un ejemplo de un uso poco juicioso de dicha cita se ve en el siguiente caso de tentativa de homicidio, en que un hombre roció con parafina la cabeza de la víctima, amenazando con matarla y teniendo en sus manos una caja de fósforos. Finalmente se detiene frente a los ruegos de la mujer, desistiéndose de su actuar, el que según la Fiscalía no produce efectos por no haber espontaneidad al deberse al ruego de un tercero. La Corte, en cambio, expresamente niega que sea un requisito, y hace la misma precisión respecto al contenido de lo afirmado por Garrido Montt:

“Pero lo que es innegable es que el desistimiento del hechor a simple ruego de un tercero es siempre voluntario. No lo será en cambio si el tercero lo coacciona física o moralmente; esto es, si interviene para interrumpir materialmente el devenir causal, o amenaza al sujeto activo de modo que en cualquier caso éste comprenda que no le es posible continuar el proceso delictivo. [...] En el caso del segundo tratadista nombrado, aunque para hablar de desistimiento voluntario exige espontaneidad término que Cury rechaza expresamente- al desarrollar la idea deja en claro que se refiere simplemente a que no haya una actividad de otro, que le haga imposible continuar con su acto, sin que obste a tal espontaneidad, en cambio, la simple sugerencia o petición de un tercero.”²¹²

En el caso de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, ya citado, en que se reconoció el desistimiento pese a la resistencia infructuosa de la víctima, la Fiscalía se refiere también a la

²¹⁰ Y esto, sin entrar siquiera en que su consideración como requisito supone validar la hipótesis del indeterminismo del actuar humano, discusión que excede con creces este trabajo.

²¹¹ Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 283.

²¹² CA Rancagua, 13 de agosto de 2007, Rol 297-2007, C° 3.

espontaneidad, aludiendo a la misma cita de Garrido Montt, e incluso a que el ‘arrepentimiento’ de los autores no habría sido genuino,²¹³ siendo estos alegatos correctamente desestimados por la Corte.

Una situación relacionada con éstas, pero potencialmente distinta, es la del reconocimiento del autor por parte de la víctima. La no continuación de la actividad ejecutiva del autor luego de ser éste identificado por la víctima no va a ser necesariamente atribuible al autor como un actuar propio que expresa el seguimiento de la norma. Si se toma un caso como el del hombre que roció con parafina a su cónyuge, el que la mujer lo hubiera reconocido al verlo –como probablemente, de hecho, ocurrió- parece irrelevante en una situación en que lo buscado era la muerte de la misma, por lo que la detención en ese momento o uno posterior sí puede ser expresivo de dicho seguimiento. Ahora bien, puede pensarse en otro tipo de casos, atendiendo a la situación y el delito, en que el reconocimiento sea determinante de tal modo que pase a ser relevante como forma de cancelar la voluntariedad del desistimiento por la vía de excluir prácticamente la posibilidad de elección del autor.²¹⁴ Para ilustrar este criterio sirven dos casos de robo con intimidación, resueltos de forma opuesta. En el primero, un hombre intimidó con un arma que ‘impresiona’ de fuego a otro que se encontraba acomodando la carga de un camión repartidor, para que le entregue su dinero; la víctima le indica que lo conoce y le da su nombre, frente a lo que el autor huye, reconociendo la Corte de Apelaciones de San Miguel y el Sexto TOP de Santiago un desistimiento voluntario. En el segundo, un sujeto ingresó a un local comercial e intimidó a la dependiente con un cuchillo, exigiendo dinero; el mismo revisó parte del local y le quitó el celular a la mujer para impedir que llamara

²¹³ Argumentando que con su prueba se acreditaba “*que los imputados cuando se van a la casa de A.U. se increpan porque no habían sacado nada de todo lo que habían hecho, que no se habían apropiado de dinero, ni de especies, que habían hecho todo mal, preguntándose, si esta actitud de los imputados resulta propia de sujetos que se arrepintieron en forma definitiva voluntaria de la consumación de un delito, lo que responde negativamente, y que deja en evidencia el error del Tribunal a quo, agregando, que la aplicación errada de la norma legal lleva a que en lo dispositivo del fallo se absuelva a los acusados.*”, CA Coyhaique, 3 de agosto de 2015, Rol 86-2015, C° 1.

²¹⁴ Los demás autores probablemente también llegarían a soluciones similares: Garrido Montt, por ejemplo, sosteniendo que el pasar desapercibido en un caso así era parte relevante del plan del autor; Cury, en tanto, diciendo que el autor ya no ‘*cree que aún le es posible consumir*’, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 126. Ahora bien, la asociación de esta esfera de casos a una de ‘imposibilidad física’, como intenta hacerlo Cury, parece problemática, pues bien mirado difícilmente puede afirmarse que el hecho sea realmente *imposible*, ni siquiera desde la perspectiva del autor –al margen que los costos sean tales que justifiquen el imputar la no producción del resultado a los mismos, más que al actuar voluntario del autor-. Menos problemática, no obstante, parece la asociación del percatarse de la presencia de agentes policiales -de carácter institucional- con una forma de imposibilidad.

a carabineros, pero luego ella lo reconoció, ‘enfrentó’ y le dio su nombre, frente a lo cual el hombre se marcha. En este segundo caso, pese a haberse citado el primero, el Tribunal y la Corte de Apelaciones de Punta Arenas rechazan el desistimiento y condenan. Debe hacerse la prevención, no obstante, que el tribunal califica erróneamente el delito como frustrado y enfatiza las ‘muchas acciones’ realizadas por el imputado, por lo que posiblemente estos hechos también hayan influido en su condena; en lo pertinente al desistimiento, en todo caso, le atribuye al actuar y voluntad de la mujer la no continuación del hecho. Así, el primero:

*“Que los jueces de la instancia, por mayoría de votos, concluyeron después de un lato razonamiento, que en el caso sublite, nos encontrábamos ante una tentativa desistida, decisión que este Tribunal ad-quem comparte, puesto que si bien el autor dio principio a la ejecución del delito, por hechos directos, se **interrumpió voluntariamente antes de completar el comportamiento punible, abandonando el propósito consumativo, donde precisamente el conocer a la víctima lo pudo haber influido en su decisión, constituyendo un contramotivo que lo indujo conscientemente a desistir de su actividad delictual.**”²¹⁵*

Y luego el segundo:

*“En cambio en los de la causa en estudio, como alegó el Ministerio público el imputado ejecutó más de 7 acciones, aparte de la intimidación, impidió llamar a carabineros, le arrebató el teléfono a Maura Mireya Gutiérrez Avendaño, hizo un registro de las dependencias y **cuando ella lo enfrentó y le dijo que lo conocía, se descolocó.***

*En la declaración de la testigo se explica: ella lo tomó del brazo y le dice “yo te conozco, tu trabajabas en la galería Palace, cómo llegaste a esto” de manera que cuando el tribunal sintetiza la actuación de la testigo en los términos utilizados en el considerando undécimo “al ser reconocido y enfrentado por dicha persona” **se basó en prueba directa que le permitió establecer el reconocimiento y el enfrentamiento por parte de la víctima. Estos son hechos que explican claramente de dónde, en qué voluntad radica la causa que determinó la retirada de Luis Vito, que impidió la concreción del hecho, en un tercero, en la***

²¹⁵ CA San Miguel, 4 de diciembre de 2009, Rol 1473-2009, C° 9.

*decidida intervención de Maura Gutiérrez, ya que él había puesto todo de su parte para obtener su propósito.*²¹⁶

Hay que tener en cuenta que el énfasis en el ‘enfrentamiento’ en el segundo caso podría servir como indicador que un ‘mero’ reconocimiento no es suficiente para excluir la voluntariedad.

4.3.1.4. ¿‘Definitividad’ del desistimiento como requisito?

Al margen de su error en la clasificación de este supuesto requisito,²¹⁷ Politoff hace una razonable presentación del mismo trazando una distinción entre lo que él llama el hecho entendido ‘en abstracto’ y ‘en concreto’. En el primer caso sería necesario renunciar no sólo a la acción efectivamente comenzada, sino también a cualquiera similar que a futuro ataque al mismo bien jurídico, mientras que en el segundo bastaría la renuncia a la acción concretamente comenzada sin intención de proseguirla.²¹⁸ Distingue estas hipótesis, a su vez, de aquellas en que los actos realizados siguen siendo eficaces y la ejecución se dilata en el tiempo que, señala, unánimemente no serían consideradas de verdadero desistimiento; como el delincuente que deja instalada una escalera, pero deja para otro día la sustracción porque así puede traer las herramientas indicadas para ello.²¹⁹ Ahora bien, si se toma la versión *en concreto* o restrictiva de lo que se entiende por el carácter ‘definitivo’, se ve que ésta no aporta nada nuevo a lo ya señalado a propósito del mismo: todo lo que ésta parece mencionar queda absorbido por lo ya dicho respecto al desistimiento voluntario, es decir, es irrelevante.²²⁰ La variante abstracta, en cambio, sí aporta un elemento nuevo, una intención que se proyecta al futuro de no atacar nuevamente el mismo objeto, una especie de promesa de seguimiento futuro de la norma, que a todas luces excede lo que se entiende por desistimiento (solamente)

²¹⁶ CA Punta Arenas, 27 de enero de 2014, Rol 188-2013, C° 6.

²¹⁷ Esto, al considerarlo un requisito de carácter objetivo, Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 228. En cambio, Garrido Montt, *Derecho Penal*, p. 283 y Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 127-129, reconocen el carácter subjetivo del mismo, toda vez que está referido a las representaciones que, supuestamente, debería tener el actor respecto al futuro.

²¹⁸ Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 229.

²¹⁹ Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 229.

²²⁰ Esta postura tomará expresamente Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 230; y Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 127, por la vía de criticar la forma contraria.

voluntario. A esta postura, no obstante, se le puede criticar –como bien señala Cury-²²¹ que se acerca peligrosamente a la punibilidad de las meras intenciones e incluso a un modelo de derecho penal de autor ‘por anticipación’, porque usa como criterio delimitador una intención -no hacia el pasado ahora, sino hacia el futuro- respecto de la que no se exige ningún correlato material en la que se vea exteriorizada; pero incurre también en otro error relevante: esta postura no logra ver que el derecho se preocupa no del respeto abstracto de las normas jurídicas, sino de la posibilidad de su no seguimiento cuando estas son situacionalmente aplicables. Y precisamente, en el caso del desistimiento, es este compromiso práctico el que permite reestablecer la vigencia de la norma antes infringida, no una promesa vacía sobre lo que se hará o no en una situación en que la norma todavía no ha entrado a actuar como premisa.²²²

En la constelación de casos tradicionalmente agrupados bajo la expresión ‘aplazamiento’,²²³ parece darse una mezcla entre dos tipos de problemas diferentes. Por un lado, respecto al carácter acabado o no de dichas tentativas, en que cabría la posibilidad de considerar ambas acciones separadas temporalmente como formando parte de una única tentativa inacabada, en la medida que se pueda reconocer una conexión inmediata o próxima entre una y otra –y, lógicamente, en cuanto esas acciones posteriores efectivamente sean realizadas-.²²⁴ Por el otro, respecto al carácter voluntario o no del mismo desistimiento, que en la mayoría de los casos no parecería concurrir, por ser atribuible la no continuación a

²²¹ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 127.

²²² Se ha sostenido –Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 228- que Garrido Montt y Novoa comparten esta postura. Esto parece cierto, si se considera que ambos autores expresamente se contraponen a que baste con poner fin a la acción concretamente iniciada, Novoa, “El proceso de generación”, p. 66; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 193. Mas cabe la posibilidad de que en realidad las situaciones que pretenden caracterizar con sus postulados sean aquellos de aplazamiento, respecto a los que ambos estarían de acuerdo. Extraña, sí, cuando Garrido Montt afirma como fundamento: “*porque mientras subsista el propósito, subsistirá el dolo y el sentido direccional hacia el delito de los actos ya realizados e interrumpidos*”, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 194; toda vez que el mismo señala antes que basta el dolo eventual para la tentativa, y no defiende la atipicidad por falta de dolo.

²²³ Algunos ejemplos presenta Garrido Montt, dentro del que está el del encarcelado que diariamente realiza una pequeña parte del túnel por el que pretende escapar, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 194; o también el ejemplo de Cury, del que descubre la combinación de la caja fuerte al alba y decide regresar a la noche siguiente, para sustraer los bienes, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 128.

²²⁴ Como se aludía en 3.3.3., y términos similares en Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 128.

circunstancias externas no imputables al autor, de manera que no permiten ser reconstruidas como el seguimiento de la norma a través de un juicio de mérito.²²⁵

La irrelevancia de este supuesto requisito también puede detectarse al analizar ciertos fallos que lo mencionan. Así, en un caso reciente ante la Corte de Apelaciones de Concepción, un sujeto intimidó a otro con un fierro cerca de una estación de buses, intentando obtener con ello su bolso y dinero. La víctima se resistió –golpeándolo con el mismo bolso- y huyó hacia un terminal de buses desde donde llamó a carabineros; la defensa afirma que habría un desistimiento voluntario, por no haber seguido a la víctima con el fierro (el cual bota). La Corte –y el Tribunal antes que ella- afirman de manera clara que el desistimiento no es de carácter voluntario, por deberse al actuar de la víctima:

*"De lo anterior, y tal como lo explica los sentenciadores en el fundamento decimooctavo, no es posible sostener que operó en la especie un desistimiento en la tentativa por cuando ello **requiere ser voluntario, lo cual no ocurrió en la especie, puesto que lo que impidió la consumación del delito fue el accionar del propio afectado** quien huyó al terminal de buses, conducta en la que nada tuvo que ver el inculpatado, quien no sólo amenazó con un fierro al denunciante, sino que intentó sustraer un bolso que portaba."*²²⁶

Posteriormente agrega, sin embargo, pese a ya estar resuelto el caso, consideraciones respecto al carácter definitivo:

*"Que, ciertamente según la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina el desistimiento voluntario "exime de toda pena"; que el agente no siga actuando cuando podía hacerlo, y en ese sentido para que el desistimiento sea efectivo, basta con que "el autor se abstenga de cualquier acto ulterior que no esté naturalmente unido con el hecho concreto de la naturaleza" (Politoff (1999:230), **incluso en opinión de los profesores Cury, Garrido y Novoa, no bastaría la "suspensión del actuar", sino que se requiere de éste un carácter definitivo, referido a todo ataque equivalente en contra del mismo objeto, actitud que por cierto no fue la que logró acreditarse por los sentenciadores, por cuanto, no se conformó el***

²²⁵ Así, por ejemplo, en el caso mencionado por Cury señalado en el pie de página 223, es la llegada del alba y el riesgo que supone lo que explica la detención momentánea, no el abandono voluntario de la acción por parte del mismo.

²²⁶ CA Copiapó, 5 de abril de 2016, Rol 58-2016, C° 4.

encartado con una respuesta negativa del ofendido ante una petición de monedas, sino que además le insistió que “soltara todo”, para después forcejear con un bolso de mano que portaba la víctima quien logró huir hacia un terminal de buses, lugar hasta donde llegó el sentenciado buscándolo siendo detenido por carabineros, no sin antes cuando lograba huir proferir la expresión amenazante “espérate nomás”, es decir, los actos coetáneos y posteriores ejecutados por el acusado siguieron siendo eficaces para la consecución del delito.”²²⁷

Además de la inclusión errada de Cury entre quienes defienden esa forma de entender el carácter definitivo, no se ve cuál es el propósito o que agrega a la resolución del caso la alusión al mismo: Pues, o bien se entiende como se afirmó en un principio que se trató de una tentativa de robo que fracasó por la huida de la víctima –sin desistimiento voluntario-, o bien – en la medida que habría seguido a la víctima hasta el terminal donde es finalmente detenido-, que ni siquiera hubo un abandono que pudiera ser caracterizado como desistimiento, en tanto que siguió a la víctima para continuar su intento de sustracción, momento en el que es interrumpido por la acción de carabineros –esto entendiendo ambos en una conexión inmediata que permita tomarlos como una única tentativa inacabada en virtud de la consideración global, claramente, sin desistimiento-.²²⁸

4.3.2. Desistimiento Activo

Si bien respecto a la voluntariedad como criterio de imputación no hay mayores distinciones o precisiones que haya que realizar entre desistimiento y pasivo sobre la base de lo ya mencionado –todo lo cual es extensible a este caso-, sí hay que trazar una importante diferencia entre las conductas que son imputadas bajo dicho criterio. Esto es así porque –como la mayoría de la doctrina nacional también señala²²⁹ dada la propia definición de la tentativa

²²⁷ CA Copiapó, 5 de abril de 2016, Rol 58-2016, C° 4.

²²⁸ Otra alusión vacía al carácter definitivo se ve en el fallo CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012, antes citado, que lo menciona como un tercer requisito para Garrido Montt, pero que no aplica en el caso: “Además, para el profesor Garrido Montt, debe cumplirse una tercera condición, cual es que sea definitiva.”, C° 10. De igual manera en el fallo CA Chillán, 17 de junio de 2013, Rol 108-2013, también mencionado, que hace la misma mención citando al fallo de La Serena.

²²⁹ Novoa, “El proceso de generación”, pp. 68-69; Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 129-130; Politoff, *Los actos preparatorios*, p. 253; Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 195

acabada o delito frustrado, el sólo abstenerse en nada se distingue a lo que el autor de un delito frustrado que no se desiste, de hecho, hace. Ahora bien, la forma en que se defina dicha actividad que interrumpe la anterior es objeto de discusión, y tendrá consecuencias relevantes para la extensión del desistimiento activo: Una alternativa es adoptar un discurso causal, que exija una vinculación de dicho tipo entre la actividad –o ‘curso salvador’- realizada por el sujeto y la no producción del resultado. En esa línea, expresan que la nueva acción debe interrumpir el curso causal iniciado anteriormente, a través de un nuevo curso causal (salvador), que impide de esa manera la producción del resultado.²³⁰ La otra alternativa es entender que lo relevante es que el autor realice una actividad en virtud de la cual se representa está impidiendo de forma efectiva la producción del resultado típico, no exigiendo, no obstante, una conexión causal entre ambas.²³¹

Un posible argumento para sostener lo primero sería que, a diferencia del ordenamiento alemán,²³² nuestra regulación no contempla expresamente una disposición equivalente respecto a aquel que se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación. Luego, podrían señalar también que nuestra norma exige respecto al delito frustrado que el resultado no se verifique por *causas independientes* de la voluntad del autor, y que considerando que el desistimiento se elabora sobre la inversión del mismo, éste debe ser por *causas dependientes* del mismo, lo que en todo caso exige una conexión causal. Esta

²³⁰ Consideraciones en esa dirección en Politoff, *Los actos preparatorios*, pp. 253-254; y Novoa, “El proceso de generación”, p. 69.

²³¹ Así, claramente Cury: “*En todo caso, la solución objetiva que adopta el derecho vigente debe operar a favor y en contra del autor. A éste se lo castiga cuando el delito se consuma a pesar de su intervención. Por la inversa, no debe castigársele si ha exteriorizado una voluntad de evitación, pero el resultado no se produce por otras causas o, en todo caso, no se habría producido de todas maneras.*”, Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 132. En la misma línea: “*El delincuente desea impedir el efecto típico de su actuar, y llevar a cabo acciones dirigidas a ese logro, pero el resultado es impedido en el hecho, por otras circunstancias o, aún más, en ningún caso el efecto podría sobrevenir (tentativa inidónea). En estas alternativas el arrepentimiento activo del agente es un desistimiento con eficacia jurídica, porque el sujeto subjetivamente se arrepintió y, objetivamente, obró en consecuencia*”, Garrido Montt, *Etapas de ejecución*, p. 197.

²³² “§ 24. Desistimiento

(1) *No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación.*

(2) *Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigara por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho.*”, *Strafgesetzbuch*, 32ª Ed. de Deutscher Taschenbuch, traducido por Claudia López Díaz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), p. 10.

segunda argumentación de texto ciertamente tiene mayor peso, mas cabe discutir si no es posible una interpretación alternativa sin contravenir el sentido literal del mismo.

Siguiendo los razonamientos desarrollados a propósito de la tentativa, se pudieron constatar los problemas a los que llevaba una postura puramente objetiva en materia de tentativa (en sentido amplio) o ‘ejecución imperfecta’, toda vez que desde una perspectiva puramente causal, no hay mayores distinciones entre los distintos tipos de tentativa, en la medida que todas éstas fueron en definitiva inidóneas para producir el resultado –pues, de lo contrario el mismo estaría consumado-; y que tampoco se veía una diferencia sustantiva mirando sólo a ese plano entre la tentativa desistida y la punible, por ser el criterio de distinción allí a quién le es imputable la evitación del resultado o del delito. Ahora, si se considera que el fundamento de la tentativa es la objetivación del dolo (a lo menos: eventual) que debió haber llevado al autor a abstenerse de realizar la conducta por él realizada –por representarse que con ella estaba infringiendo intencionalmente una norma de comportamiento aplicable-, y que la no punibilidad en el caso del desistimiento viene de la mano de un cumplimiento de deber posibilitado por la infracción anterior, podría sostenerse que para reconocer dicho cumplimiento de deber es suficiente que el sujeto se represente que con su conducta –efectiva- está impidiendo la producción del resultado –aun cuando no se produzca por otras razones-, pues esto bastaría para subsanar la infracción de deber de carácter subjetiva anterior. Eso significaría considerar que el desistimiento efectuado bajo un error respecto a las circunstancias efectivamente acaecidas tiene efecto liberador de pena: Esto, a su vez, tendría como resultado una simetría con la consideración de la tentativa como un error de tipo al revés, lo que parece deseable en la medida que así como bajo estos presupuestos la punibilidad se extiende a, por ejemplo, quien pone una bomba creyéndola funcional cuando no lo es, de igual modo la posibilidad de cumplimiento de deber se mantendría vigente en dichos casos –a través, en el mismo ejemplo, de la remoción de dicha bomba bajo la representación de que así evitó la producción del resultado-.²³³

²³³ En todo caso, los presupuestos del trabajo tampoco obligan a esta respuesta, pues del hecho que el núcleo de la tentativa esté sobre la base de un error, no se sigue necesariamente que lo mismo corra para el caso del desistimiento, al ser ambas instituciones, si bien relacionadas de forma directa, distintas. Así, puede considerarse que en el caso del desistimiento es necesario que la acción imputada impida de forma efectiva –y causalmente vinculada- la producción del resultado o, en otros términos, que solo tendrá efecto el ‘desistimiento consumado’,

Una postura así no tiene por qué ser tomada como una contravención a ley expresa: Como ya se mencionó, se adecúa a la perspectiva subjetiva con la que ya se interpreta el artículo a propósito de la tentativa acabada y su delimitación con la inacabada; por otro lado, podría argumentarse que el énfasis debe ponerse no en la expresión ‘*causas*’ sino en la de ‘*voluntad*’, concepto subjetivo que en el contexto del artículo ya desarrollado demanda la imputación de los hechos a un determinado sujeto, siendo este el núcleo fundante tanto de la tentativa como del desistimiento.²³⁴ Cabe señalar, en todo caso, que ambas líneas –causal y de la representación del sujeto- comparten la consideración del carácter imperativo de la no producción del resultado, pues en el caso de la consumación, como ya se ha señalado, no existe la oportunidad de obtener la absolución a través de un cumplimiento de deber posterior.

En la doctrina española, en cambio, Alcácer considera que no sólo es necesaria dicha vinculación causal con el impedimento del resultado en la tentativa acabada sino, aún más, ésta tampoco basta. Así, contra la consideración de que la causalidad es un requisito necesario y suficiente para el desistimiento –lo que él llama el principio de ‘*está bien lo que bien acaba*’-²³⁵ e incluso aquella que considera que lo necesario es la adopción de una acción que ex ante aparezca como adecuada para evitar el resultado incrementando las posibilidades de salvación,²³⁶ el autor considera –siguiendo a Jakobs- que es necesario adoptar aquella acción que es óptima en la evitación del resultado. Esto, porque a su juicio es la única alternativa que reestabiliza la confianza en la vigencia de las normas desde el prevencionismo general positivo,²³⁷ así como porque de lo contrario quedaría un margen de peligro restante imputable al autor, imputable por dolo eventual como una tentativa omisiva en virtud de la injerencia previa.²³⁸ Sin embargo, más adelante Alcácer afirma que el carácter óptimo del hecho debe

y no la ‘tentativa de desistimiento’. Se cree, no obstante, que hay buenas razones para seguir la postura desarrollada en el texto principal.

²³⁴ En cualquier caso, de *lege ferenda* podría ser ventajosa la adopción de una norma como la alemana en una futura regulación, dado que además de su mayor claridad, al presentar los distintos temas de forma estructurada y separada facilita la interpretación de sí misma.

²³⁵ En más detalle en Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, pp. 25-32.

²³⁶ En más detalle en Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, pp. 32-39.

²³⁷ Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 40.

²³⁸ Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 41. En esto, siguiendo fundamentalmente a Jakobs, quien afirma: “El desistimiento también está excluido cuando el autor ya no puede evitar la consumación con seguridad, sino con mayor o menor probabilidad. Y ello por la siguiente razón: Si el autor puede disminuir aún el riesgo de resultado, pero no eliminarlo, queda un resto de riesgo creado imputablemente por el autor, y ya no influible. Si se realiza este riesgo, se da consumación (indiscutido); y si no se realiza, hay una tentativa que ha fracasado (en contra, la opinión dominante, sobre ello 26/21).”, Jakobs, *Derecho Penal*, p. 910.

imputarse o enjuiciarse desde una perspectiva subjetiva y no objetiva,²³⁹ aunque sin considerar que por esto se aleje de estar tratando con el ‘elemento objetivo’ del desistimiento activo –en contraposición a la voluntariedad-. Da la impresión, siguiendo términos que él mismo usa, que Alcácer yerra en esto último, pues si de lo que se trata es de una imputación subjetiva de la actividad impeditiva, esto ya no se encontrará referido al plano de actividad objetivamente realizada, sino de la representación subjetiva bajo la que actuó el sujeto –es decir, el ‘dolo’ del mismo, que en los términos antes desarrollado se radica en el análisis de la voluntariedad, no de la conducta en sí-. Lo anterior, sin perjuicio de que el grado de representación necesaria para imputarle la acción al autor como cumplimiento de deber sea el reconocimiento de la pura causalidad, el incremento de las posibilidades de salvación, o la representación de la conducta como una óptima. Ahora bien, considerando lo ya mencionado a propósito de la voluntariedad en el desistimiento pasivo, se estima que basta la representación de una probabilidad relevante de salvación –al modo del dolo eventual-, no siendo necesario la representación de su carácter óptimo –que podría asimilarse al dolo directo de segundo grado, como certeza-.

Respecto a casos que permitan ilustrar puntos que la jurisprudencia haya considerado relevantes para el reconocimiento del desistimiento activo en el delito frustrado, cabe constatar una casi total ausencia de éstos,²⁴⁰ a pesar del reconocimiento doctrinariamente pacífico de la institución. Peor aún, el único que hace consideraciones en ese sentido incurre en una serie de errores: Se trata del caso del feminicida ‘Cuky’, ya revisado, quien intentó matar a su cónyuge por la vía de apuñalarla en el cuello. En el fallo original del TOP de Concepción –que luego fue anulado por la Corte y remplazado por un nuevo fallo del mismo TOP, ambos analizados anteriormente-, este tribunal –avalando la teoría de la defensa- consideró que el delito se encontraba frustrado y que en el retiro del cuchillo, no continuación del apuñalamiento y posterior retirada, habría habido un desistimiento del mismo, condenando en definitiva sólo por lesiones menos graves (y dadas las confusiones y contradicciones se citan dos párrafos relevantes *in extenso*):

²³⁹ “[E]l criterio más correcto es un enjuiciamiento basado en la representación del autor, puesto que la acción de desistimiento del sujeto debe poder ser interpretada socialmente como un reconocimiento personal del Derecho.”, Alcácer, *¿Está bien lo que bien acaba?*, pp. 78-79.

²⁴⁰ Al menos dentro de los resultados disponibles en la plataforma VLex.

*“Ahora bien, como se ha probado el resultado querido por el acusado no se produjo, pero no fue por una causa independiente de su voluntad, ya que si hubiera querido consumarla lo hubiera hecho, considerando la diferencia física, que no había testigos, basta una simple presión en el cuello para causar una lesión más profunda y mortal; puesto que si bien en principio la víctima sujetó con su mano el arma empleada por su victimario, luego de ello y ante el hecho de verse descubierto, es el propio acusado quien desiste de continuar el delito hasta consumarlo. La propia afectada señaló que fue él –por su agresor- quien retiró el cuchillo, luego que se le cayera el yoqui y demás partes del disfraz, y que su cónyuge le hablara, recogiendo los implementos para retirarse del lugar, sin seguir agrediéndola ni volver, encuadrándose su actuar precisamente en lo que la doctrina denomina desistimiento del delito frustrado, desde que “habiendo ejecutado toda la conducta típica, actúa voluntariamente y de manera eficaz evitando la producción del resultado” (Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal”, Parte General, 7ª edición, página 571.), desde que se configuran los requisitos exigidos por la doctrina, en cuanto a que **exista una conducta positiva y eficaz, actúe antes de la causación del resultado típico, y que desde un punto de vista subjetivo, exista la voluntad [sic] de abandonar** la ejecución del hecho típico (op. cit. páginas 570 a 573).”²⁴¹*

En efecto, ya se ha dicho que fue el propio acusado quien procedió a retirar [sic] el arma del cuello de su víctima, conducta de su parte que fue eficaz para evitar la ejecución del hecho típico inicialmente propuesto, y voluntaria de su parte, no siendo óbice para estimar cumplida dicha exigencia, la circunstancia que la víctima haya tomado el arma con su mano cuando el acusado le había propinado la puñalada; desde que al respecto se ha dicho que la voluntariedad en cuestión “implica tan solo que el agente se abstiene de proseguir ejecutando aun cuando considera posible la consumación de acuerdo con su representación”, al punto que tampoco se exige espontaneidad en el actuar del victimario para estimar concurrente la voluntad de abandonar la ejecución del hecho, e incluso se sostiene que es indiferente que el autor sea descubierto por la propia víctima o un tercero, si a pesar de ello cree que aún es posible consumir el delito (op. cit., páginas 570 y 571).”²⁴²

²⁴¹ TOP Concepción, 20 de noviembre de 2011, RIT 545-2011, C° 12.

²⁴² TOP Concepción, 20 de noviembre de 2011, RIT 545-2011, C° 12.

Se ve en el extracto que el tribunal por un lado reconoce que el impedimento del resultado no es atribuible al sujeto sino al actuar de la víctima –sujetando el cuchillo-, en base a lo que afirma –erradamente, como ya se vio- que el delito está frustrado por haberse interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, para acto seguido señalar que el resultado se vio impedido por la no continuación del sujeto, que hubiera podido proseguir de haberlo querido. Incorre en otra contradicción cuando intenta encuadrar los hechos acaecidos dentro de los requisitos que Cury señala para el desistimiento activo, lo que lo lleva a afirmar que el retirar el cuchillo (y no continuar haciendo presión con el mismo) es una ‘conducta positiva y eficaz’ que se realiza antes de la consumación e impide el resultado, para terminar finalmente citando –sin darse cuenta de las diferencias entre uno y otro, aparentemente- lo señalado por Cury respecto al desistimiento pasivo para justificar el desistimiento voluntario en un caso que el tribunal considera activo, mostrando claramente su poco conocimiento de la institución. Este confuso razonamiento es atribuible, en gran medida, a la errónea delimitación entre tentativa inacabada y acabada, lo que ya fue tratado a propósito del mismo caso en la Corte de Apelaciones; lo que en todo caso no justifica los errores de referencia y no distinción ni manejo de los requisitos del desistimiento activo y pasivo. Como resuelve finalmente el TOP de Concepción luego de la nulidad y un nuevo juicio oral, se trata de un caso de tentativa inacabada, en la que de mediar un desistimiento por parte del autor, este en cualquier caso no resultaba imputable al mismo.²⁴³

Por último, la Corte de Temuco conoció otro caso que eventualmente podría haber entrado en esta categoría –aunque no fue así en la opinión de la Corte, ni tampoco se alegó por la defensa-. En éste, se señala que un hombre dio inicio a un incendio, dando principio a la ejecución por acciones concretas, pero éste finalmente no se completó en su totalidad porque él mismo lo apaga antes de la llegada de los funcionarios policiales. Tanto el Tribunal como la Corte consideran que se trata de una tentativa (inacabada) y punible de incendio. Esta última señala:

"[L]a sentencia establece como hecho de la causa, que el grado de desarrollo del delito es tentativa, toda vez que el acusado dio principio a la ejecución a través de acciones concretas, pero que el incendio no se completó en su totalidad porque logró amagarlo antes

²⁴³ Ver supra, 4.3.1.2.

de la llegada de los funcionarios policiales, sin que la actividad desplegada por el agente pueda considerarse un desistimiento, toda vez que el incendio ya se había iniciado."²⁴⁴

"[E]sta Corte estima que los hechos, inamovibles para este Tribunal, constituyen claramente el delito de incendio en la forma y grado de participación en que lo ha resuelto la sentencia recurrida, por lo que no concurre la causal de nulidad invocada, esto es, no existió error de derecho al no existir contravención formal a la ley, ni errónea interpretación de la ley, ni interpretación errada del precepto legal en comento, como tampoco ha habido una falsa aplicación de la ley."²⁴⁵

Como se ve, la Corte decide considerar como hechos las calificaciones jurídicas realizadas por el Tribunal –quien a su vez consideró el hecho como una tentativa punible- evitando pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque en el primero de los dos extractos la Corte hace una afirmación sumamente polémica (y errónea): Que la acción realizada por el agente –pues reconoce que el mismo apagó el fuego- no puede ser considerada como desistimiento porque ‘el incendio ya se había iniciado’, con lo que parece apuntar a que el desistimiento no sería aplicable ni a la tentativa acabada ni a la inacabada.²⁴⁶ Ahora bien, sin profundizar en las complejidades del delito de incendio –en este caso el art. 476 n° 1 CP- da la impresión que el Tribunal y la Corte optan por considerarlo como un delito de resultado en el que éste todavía no se ha producido, de lo que a su vez se puede inferir que consideran que no basta el solo prender algo en fuego –en este caso un edificio destinado a servir de morada- sino que el mismo tiene que alcanzar determinadas proporciones. Con lo anterior puede estarse de acuerdo, aunque da la impresión que si el fuego ya bastaba por sí mismo para propagarse y alcanzar el resultado, de no mediar nuevas intervenciones, éste se encontraría frustrado antes que tentado. Pero aún bajo dicha hipótesis –y con mayor razón si se considera tentado como lo hace la Corte-, se puede ver que el posterior apagar el fuego por parte del mismo autor muestra un desistimiento activo en que se representó el impedimento efectivo del resultado a través de

²⁴⁴ CA Temuco, 2 de octubre de 2015, Rol 931-2015, C° 2.

²⁴⁵ CA Temuco, 2 de octubre de 2015, Rol 931-2015, C° 4.

²⁴⁶ Cabe señalar que el C° 2 de la Corte sigue casi textualmente el último párrafo del C° 7 del fallo de instancia, TOP Villarrica, 14 de agosto de 2015, RIT 30-2015. Asimismo, dicho fallo no aporta muchos elementos nuevos al núcleo de lo afirmado por la Corte, como no sea el dar más luz respecto a los hechos: Se trataba de un hombre que acude a la casa de la madre de sus hijos, y luego de una discusión, cuando ésta y sus hijos se habían alejado alrededor de cien metros, el hombre saca bencina de una bodega, y rocía la entrada de la casa y terraza con la misma a la que luego prende fuego. La mujer llama a parientes, carabineros y bomberos, pero antes que llegara cualquiera de estos el fuego ya había sido apagado por el hombre.

su propia acción –lo que tampoco sería negado por quienes exigen una conexión causal y ni siquiera por los que piden un impedimento óptimo-. Yerran, por tanto, ambos tribunales al condenar por el delito de incendio, debiendo haber absuelto al acusado por su tentativa (acabada o inacabada) desistida, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que le cupiera por los daños ya causados por el fuego.

5. Conclusión

En definitiva, hay buenas razones para entender el desistimiento como un cumplimiento de deber, precedido por el incumplimiento anterior materializado en la tentativa, que hace innecesaria la aplicación de la pena en la medida que la vigencia de la norma infringida ya ha sido reestablecida por éste, actuando como un equivalente funcional de la pena. Ese cumplimiento de deber se deja reconstruir como un juicio de mérito en el que el impedimento de la realización del tipo penal le es imputable al autor del mismo, haciendo uso de las mismas reglas de imputación que se utilizan adscribir el injusto culpable en el juicio de demérito. El núcleo de dicha imputación se manifiesta en la posibilidad de reconocer el carácter voluntario del mismo, como muestra el correcto énfasis de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia en dicho requisito. Sin embargo, al operar esta segunda imputación exclusivamente como una excusa legal absolutoria, esto es, una condición general de punibilidad, pese a no ser el hecho punible, el delito en cuanto tal subsiste respecto de los demás partícipes cuyos comportamientos acceden al mismo en tanto conducta principal, por lo que la responsabilidad penal de éstos se mantendrá salvo que medie su propio desistimiento –u otra causal que la excluya-.

Por último, al margen del reconocimiento antes mencionado respecto a poner el foco en el carácter voluntario del desistimiento, cabe reiterar dos críticas desarrolladas durante el trabajo a propósito de la jurisprudencia revisada: En primer lugar, la errónea comprensión que manifiestan varios fallos respecto a la delimitación entre tentativa acabada e inacabada –o delito frustrado y tentativa-, que además de los problemas directos respecto a la incorrecta pena que aplican para los casos de tentativas inacabadas que consideran acabadas, tiene nocivas repercusiones para la adecuada caracterización del desistimiento pasivo y el

desistimiento activo. Y luego, en cuanto a éste último, debe criticarse también la casi total ausencia de casos de desistimiento activo que se aprecia en la jurisprudencia disponible, no habiendo razón de peso alguna para su exclusión -aunque cabe la posibilidad de que su ausencia se deba más a la falta de recursión a la misma por parte de las respectivas defensas, que a una exclusión deliberada por parte de los Tribunales-.

6. Tabla de Casos

6.1. Casos aludidos en el trabajo

Se presentan a continuación aquellos casos que fueron citados o aludidos durante el trabajo, con indicación de las páginas en las que se encuentran los pies de página donde esto ocurre:

Corte Suprema

CS, 20 de junio de 2001, Rol 199-2001: pp. 29, 33.

CS, 26 de octubre de 2010, Rol 1779-2010: p. 36.

CS, 5 de mayo 2016, Rol 17714-2016: p. 32.

Cortes de Apelaciones

CA Arica, 30 de abril de 2012, Rol 86-2012: p. 46.

CA Antofagasta, 29 de octubre de 2010, Rol 342-2010: pp. 29, 39.

CA Copiapó, 5 de abril de 2016, Rol 58-2016: pp. 71, 72.

CA La Serena, 30 de abril de 2012, Rol 80-2012: pp. 46, 63, 72.

CA La Serena, 26 de mayo de 2015, Rol 192-2015: pp. 29.

CA Valparaíso, 19 de febrero de 2015, Rol 18-2015: p. 46.

CA San Miguel, 11 de julio de 2005, Rol 2046-2005: p. 50.

CA San Miguel, 4 de diciembre de 2009, Rol 1473-2009: pp. 40, 68.

CA San Miguel, 17 de junio de 2015, Rol 817-2015: pp. 45, 46, 62.

CA Rancagua, 13 de agosto de 2007, Rol 297-2007: p. 66.

CA Chillán, 23 de mayo de 2012, Rol 114-2012: pp. 28.

CA Chillán, 17 de junio de 2013, Rol 108-2013: pp. 46, 63, 72.

CA Chillán, 17 de enero de 2014, Rol 342-2013: p. 63.

CA Concepción, 24 de octubre de 2008, Rol 412-2008: p. 55.

CA Concepción, 19 de mayo de 2010, Rol 139-2010: p. 63.

CA Concepción, 17 de enero de 2012, Rol 582-2011: p. 30.

CA Concepción, 31 de enero de 2014, Rol 732-2013: pp. 33, 63, 64.

CA Temuco, 2 de octubre de 2015, Rol 931-2015: p. 79.

CA Puerto Montt, 9 de diciembre de 2014, Rol 467-2014: p. 46.

CA Coyhaique, 3 de agosto de 2015, Rol 86-2015: pp. 33, 61, 67.

CA Punta Arenas, 27 de enero de 2014, Rol 188-2013: pp. 31, 69.

Tribunales Orales en lo Penal

TOP Concepción, 20 de noviembre de 2011, RIT 545-2011: pp. 30, 77.

TOP Concepción, 21 de marzo de 2012, RIT 545-2011: pp. 30, 33, 57, 58.

TOP Villarrica, 14 de agosto de 2015, RIT 30-2015: p. 79.

TOP Puerto Montt, 4 de noviembre de 2005, RIT 70-2005: pp. 40, 43.

6.2. Otros casos sobre desistimiento de la tentativa

A continuación se presentan otros casos que fueron revisados durante la investigación, pero que pese a aludir el tema del desistimiento de la tentativa no fueron ocupados directamente en el trabajo, ya sea por ser sobreabundantes, por no haberse pronunciado el tribunal sobre la materia en específico, por haberse considerado de menor calidad ilustrativa, entre otras razones:

Cortes de Apelaciones

CA Iquique, 12 de septiembre de 2015, Rol 114-2015.

CA Valparaíso, 23 de mayo de 2011, Rol 436-2011.

CA Valparaíso, 7 de marzo de 2013, Rol 127-2013.

CA Valparaíso, 24 de diciembre de 2015, Rol 1803-2015.

CA Talca, 8 de septiembre de 2015, Rol 509-2015.

CA Chillán, 4 de marzo de 2011, Rol 11-2011.

CA Concepción, 4 de septiembre de 2009, Rol 357-2009.

CA Puerto Montt, 16 de marzo de 2009, Rol 30-2009.

Tribunales Orales en lo Penal

TOP Iquique, 24 de mayo de 2011, RIT 184-2011.

TOP Iquique, 7 de octubre de 2011, RIT 226-2011.

TOP Curicó, 11 de noviembre de 2011, RIT 90-2011.

TOP La Serena, 20 de diciembre de 2004, RIT 196-2004.

TOP Santiago, 26 de diciembre de 2007, RIT 463-2007.

7. Bibliografía

Alastuey, Carmen. “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.º 5, UNED (2011): pp. 13-54.

Alcácer, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Granada: Comares, 2002.

Alexander, Larry y Kessler Ferzan, Kimberly. *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán. *Lecciones de derecho penal*, Volumen II. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Cury, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1977.

Cury, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. ampliada. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

Duff, R.A. *Criminal Attempts*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Etcheberry, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Garrido Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

González Lagier, Daniel. *Acción y Norma en G. H. von Wright*. Alicante: Universidad de Alicante, 1994. (Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/14031>)

Hruschka, Joaquim. “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, Fasc. III. (Septiembre-Diciembre 1994): pp. 343-356.

Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, 2ª ed. Corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.

Kindhäuser, Urs. “¿Indiferencia como dolo?”, trad. Prof. Percy García Cavero, en *Cuestiones actuales de Derecho General y Patrimonial*, I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, 29 de octubre de 2004: pp. 33-54.

Labatut, Gustavo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963).

Londoño, Fernando. “El caso de la ‘Llave de gas del frustrado suicida-parricida’: sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual”, en *Casos Destacados. Derecho Penal. Parte General*, dir. Tatiana Vargas. Santiago: Thompson Reuters, 2015.

Mañalich, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4 (2004): pp. 137-175.

Mañalich, Juan Pablo. “Bases para una teoría comparativa del hecho punible”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 75, n° 2 (2006): pp. 561-695.

Mañalich, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12 (2010): pp. 169-190.

Mañalich, Juan Pablo. “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret*, n° 1 (2013).

Mañalich, Juan Pablo *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons, 2014.

Mañalich, Juan Pablo. “The Derivative Nature of Liability for Criminal Attempts. A Norm-theoretical Approach” (por publicar).

Matus, Jean Pierre. *Código Penal: Sistematizado con jurisprudencia*. Santiago: Thompson Reuters, 2011.

Moore, Michael. *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

Novoa, Eduardo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, *Revista de Ciencias Penales*, n° 1, Tomo XX (enero – junio 1961).

Novoa, Eduardo. “El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible”, *Revista de derecho y ciencias sociales*, Año XXXI, n° 124 (abril – junio 1963).

Novoa, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Politoff, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Ragués i Vallès, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

Roxin, Claus. “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 3, trad. Miguel Olmedo (2001) (disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html [consultado el 8 de noviembre de 2016])

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Formas Especiales de Aparición del Delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Buenos Aires: Thompson Reuters-Civitas, 2014.

Silva, Guillermo. “Imputación y causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 18 (2013): pp. 25-58.

Von Wright, G. H. *Norma y Acción. Una investigación lógica*, trad. Pedro García Ferrerò. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

Von Wright, G. H. *La Diversidad de lo Bueno*, trad. Daniel González Lagier y Victoria Roca.
Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.