



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

EL INICIO DE LA TENTATIVA: JURISPRUDENCIA Y ESTUDIOS NACIONALES

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

JUAN PABLO WIEGAND CRUZ

Profesor guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago, Chile 2017

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt Vigente 1160147 “La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, a cuyo Investigador Responsable, profesor Juan Pablo Mañalich, agradezco la oportunidad de participar, así como también a los demás participantes del proyecto, que colaboraron y apoyaron en el desarrollo del presente trabajo.

CONTENIDO

RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1	4
1. LA TENTATIVA DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS	4
1.1. Un modelo de teoría de las normas	4
1.2. Distinción entre normas de sanción y normas de comportamiento.....	4
1.3. Ocasión y oportunidad para la acción	7
1.4. El modelo del silogismo práctico.....	8
1.5. El lugar de la tentativa en la estructura de la imputación	10
1.6. El objeto de imputación en la tentativa.	11
1.7. El carácter parasitario de la tentativa	14
1.8. El problema del <i>iter criminis</i>	16
1.9. El dolo en la tentativa.....	17
CAPÍTULO 2	23
2. EL INICIO DE LA TENTATIVA.....	23
2.1. Descripción general del problema.....	23
2.1.1. Derecho Continental.....	24
2.1.1.1. Teorías Subjetivas	24
2.1.1.2. Teorías Objetivas	27
2.1.1.3. Teorías Mixtas	31

2.1.2.	Derecho Angloamericano	35
2.1.2.1.	<i>Test</i> del “primer acto”	35
2.1.2.2.	<i>Test</i> del “último acto”	36
2.1.2.3.	<i>Test</i> del “acto próximo”	36
2.1.2.4.	<i>Test</i> del “acto univoco”	38
2.1.2.5.	<i>Test</i> del “paso substancial”	38
2.1.2.6.	“Más que Meramente Preparatorios”	39
2.2.	Balance parcial.....	40
3.	EL INICIO DE LA TENTATIVA EN LA DISCUSIÓN DOCTRINAL CHILENA	42
3.1.	Gustavo Labatut	42
3.2.	Eduardo Novoa	43
3.3.	Sergio Politoff.....	45
3.4.	Alfredo Etcheberry.....	46
3.5.	Jorge Mera	48
3.6.	Mario Garrido	50
3.7.	Enrique Cury.....	52
CAPÍTULO 3		57
4.	CONSIDERACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA FÓRMULA	57
4.1.	La resolución al hecho.....	58
4.2.	Una opción por la teoría del acto intermedio.....	62
5.	LA OPERATIVIDAD DE LA TEORÍA DEL ACTO INTERMEDIO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA	63
	Caso I. Femicidio	63
	Caso II. Conducción con licencia falsa y sin licencia debida.	65
	Caso III. Robo con intimidación	67

Caso IV. Robo con fuerza en las cosas en lugar no destinado a la habitación.....	69
Caso V. Robo en lugar habitado.....	71
Caso VI. Incendio.....	73
Caso VII. Uso malicioso de instrumento privado mercantil falsificado	76
Caso VIII. Tráfico ilícito de estupefacientes.....	78
Caso IX. Posesión de elementos incendiario	79
Caso X. Violación	80
Caso XI. Aborto	82
CONCLUSIONES.....	84
BIBLIOGRAFÍA	85
TABLA DE CASOS.....	89

RESUMEN

El inicio de la tentativa marca el punto en que una particular conducta puede *prima facie* ser punida en tanto comportamiento que no ha realizado tipo alguno. Su delimitación ha estado marcada fuertemente por las concepciones que se tengan sobre la fundamentación de la punibilidad de la tentativa. Las diferentes construcciones dogmáticas que se han encargado de precisar el límite se han sustentado en consideraciones objetivas y subjetivas, alcanzando en sus variantes más acabadas una visión mixta que incorpora una visión objetiva, tomando en cuenta el tipo específico, como también una visión subjetiva que recurre a la perspectiva del autor. A este tipo de construcciones pertenece la teoría del acto intermedio, la cual aporta precisión a la vez que resulta consistente con la teoría de las normas aquí favorecida.

Una revisión jurisprudencial permitirá demostrar que, a pesar de la profundidad de la discusión dogmática, la jurisprudencia nacional ha hecho escaso eco de ella, limitándose a utilizar ciertas fórmulas sin justificarlas debidamente.

PALABRAS CLAVE

tentativa- actos preparatorios- actos ejecutivos- infracción de deber- acto intermedio- hechos directos- principio de ejecución- jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la dogmática de la teoría del delito, una cuestión que históricamente ha revestido particular conflicto es aquella que tiene por objeto determinar las condiciones bajo las cuales es posible verificar el inicio de la tentativa inacabada de delito. Es decir, qué es aquello que marca el umbral entre aquellas acciones que, sin alcanzar a realizar la descripción típica, resultan irrelevantes desde un punto de vista jurídico-penal, de aquellas que no lo son y sobre las cuales un juicio jurídico penal es del todo pertinente en tanto tentativas de delito.

A modo de contexto, es necesario señalar que la tentativa se encuentra expresamente regulada en el artículo 7° de nuestro Código Penal - de ahora en más CP-, el cual distingue entre dos tipos de tentativa en razón del grado de desarrollo en que se encuentren. La tentativa inacabada o simplemente tentativa existe cuando *“el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”*. La tentativa acabada -llamada delito frustrado por el CP- existe cuando *“el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”*. Ambos tipos de tentativas sólo vienen en consideración respecto de simples delitos o crímenes, siendo impune en nuestra regulación la tentativa de falta.¹

Para simplificar el tratamiento del problema, de ahora en adelante por “tentativa” debe entenderse exclusivamente la tentativa inacabada. Las referencias a la tentativa acabada, a su vez, se harán bajo la noción de delito frustrado.

Para estructurar la distinción la doctrina nacional, así como buena parte de la doctrina comparada ha recurrido a las nociones de actos preparatorios y actos ejecutivos.² Los primeros ejemplifican aquellos

¹ El artículo 7 del CP dispone:

Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. 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.

² Así entre otros Labatut (1963), p. 179.; y Etcheberry, (1999) p. 51. Una crítica a la distinción puede encontrarse en Garrido (1984) pp. 122-116.

actos que tal como su nombre lo indica, se encuentran tan sólo destinados a preparar las condiciones de realización del delito y por lo tanto no son, por regla general,³ punibles. Los segundos en cambio, implican ya directamente, con menor o mayor cercanía, la realización del mismo. La distinción en todo caso, sólo resulta útil en la medida que se cuente con un criterio material que permita distinguir los unos de los otros.

Tanto la doctrina y jurisprudencia nacionales han reconocido las dificultades teóricas que implica la tarea de determinar el umbral del inicio de la tentativa. Las posturas de los autores nacionales que han tratado el tema no son, en caso alguno, unánimes. Y es que, en realidad, la determinación del umbral de la tentativa se presenta en no pocas ocasiones sumamente difusa. A pesar de ello, la construcción de un criterio delimitador resulta fundamental tanto desde una perspectiva teórica como práctica.

La jurisprudencia por su parte, tampoco ha logrado aunar criterios, de modo que es posible encontrar fallos en que se recurre a diversos criterios (o fórmulas) a pesar de las contradicciones que implica su aplicación conjunta. Aún más insatisfactorio que lo anterior, resulta constatar la indiferencia mostrada en algunos fallos por justificar razonadamente el por qué determinados actos han de considerarse como actos de tentativa.

Parte del problema, además de aquellos que ya el mismo concepto de tentativa supone,⁴ es la regulación normativa de ella. Y es que en buena medida los esfuerzos dogmáticos y jurisprudenciales han estado puestos en descifrar cómo ha de ser interpretado el artículo 7º del Código Penal. Si bien la pregunta sobre los contornos del concepto de tentativa y delito frustrado debe ser una guiada eminentemente por lo dispuesto en la regulación pertinente – lo que es más bien una obligación del interprete que una recomendación, si se pretende ser fiel al principio de legalidad- dado lo escueto de nuestra regulación, una interpretación que se limite a desentrañar sus términos, es a lo menos insuficiente.

A este respecto, poco ha contribuido la noción bastante extendida de *iter criminis* en cuanto marco explicativo de la tentativa. Siendo la tarea de la dogmática la construcción de categorías que hagan operativas las nociones legales, la doctrina del *iter criminis* ha favorecido una comprensión de la tentativa desde un punto de vista puramente fenoménico.

³ Las excepciones son los casos de proposición y conspiración reguladas ambas en el artículo 8 del CP, las cuales tienen un ámbito de aplicación sumamente estricto. Para ulteriores referencias revisar Politoff (1999) pp. 51 y ss.

⁴ Como se verá, el concepto mismo de tentativa entraña problemas, en particular en cuanto a su carácter autónomo o dependiente respecto del delito principal.

Ante ello el presente trabajo buscará dar cuenta de una explicación y determinación del inicio de la tentativa que sea coherente con un marco teórico específico, a saber, una determinada teoría de las normas, que en lo medular se caracteriza por una distinción funcional entre normas de sanción y normas de comportamiento. En conjunto con ello, se dará cuenta de la estructura del juicio de imputación el cual permitirá identificar las características principales de la tentativa y su lugar en el juicio de imputación en contraste con el delito consumado.

Tal marco teórico permitirá realizar una evaluación crítica de las posiciones adoptadas por los principales autores nacionales y la jurisprudencia nacional para finalmente, a modo de propuesta, señalar un criterio delimitador coherente con dicha teoría de las normas.

La revisión jurisprudencial se enfocará principalmente en las últimas dos décadas, cuestión que permitirá examinar fallos tanto del sistema penal antiguo como el reformado, a la vez que entrega al análisis global relativa vigencia en sus referencias jurisprudenciales. Lo último resulta imprescindible si es que se busca dar una solución al problema y no tan solo reseñarlo. El análisis de jurisprudencia será utilizado con dos objetivos: en primer lugar para acompañar la revisión de las fórmulas construidas para establecer el umbral de inicio de la tentativa tanto de la doctrina comparada como nacional y, en segundo lugar, se utilizará para contrastar las posiciones de la jurisprudencia con la fórmula que de acuerdo al modelo teórico aquí favorecido, se presenta como óptima para su delimitación.

La revisión de los estudios nacionales, en cambio, dada su relativa escasez, pretenderá ser lo más demostrativa posible, pero sin intenciones de ser exhaustiva. Se revisarán críticamente las opiniones de los principales autores que han tratado la materia, contrastándolas con el modelo teórico aquí escogido. Con todo, se revisarán también, a modo de instrumento interpretativo para el análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional, las principales fórmulas que ha construido el derecho comparado, tanto continental como angloamericano.

CAPÍTULO 1

1. LA TENTATIVA DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1.1. Un modelo de teoría de las normas

El problema del inicio de la tentativa puede ser mejor explicado si previamente se le emplaza en un contexto teórico que permita sistematizar el inicio de la tentativa, con el fundamento de la punibilidad de la tentativa y en general con la teoría del delito. Dicho contexto teórico consistirá en una determinada teoría de las normas, que en primer lugar distingue entre normas de sanción y normas de comportamiento, y en segundo lugar, una distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación.

1.2. Distinción entre normas de sanción y normas de comportamiento

Las normas contempladas en la parte especial del CP contienen los así llamados tipos, a saber, enunciados descriptivos de determinados hechos que de ser realizados corresponderá aplicar una sanción. En este sentido, la sanción es consecuencia precisamente del cumplimiento del supuesto de hecho contemplado en la norma, lo cual no deja de ser problemático pues la imposición de la pena sería el efecto de nada más y nada menos que de la realización de la descripción típica. El punto es, que si se ha de entender que la imposición de una pena es la reacción del sistema jurídico-penal respecto de un hecho minusvalorado, es decir, como un reproche, resulta fundamental que éste sea en referencia a un estándar respecto del cual tenga sentido articular dicho reproche.⁵

⁵ Mañalich (2010) p. 171.

Dicho estándar puede ser extraído interpretativamente de la propia norma de sanción en la forma de una formulación *por contradicción*.⁶ Así, por ejemplo, la norma contemplada en el artículo 391 del CP, “*el que mate a otro (...)*” puede ser interpretada contradictoriamente como una prohibición de dar muerte a otro. Es este estándar el que configura la correspondiente norma de comportamiento dirigida al agente en pos de que adecue su conducta conforme a él.⁷

En este sentido, las normas de comportamiento tienen una doble función: por un lado cumplen un rol *prospectivo*, pues buscan influir en la toma de decisión del sujeto a través de la imposición de mandatos o prohibiciones, para que en el momento oportuno, sean asumidas por éste, internalizadas, como motivos para la evitación o realización de una determinada acción. Pero por otro lado, las normas de comportamiento cumplen también un rol *retrospectivo*, pues funcionan como estándares bajo los cuales ha de evaluarse la acción del agente, en tanto correcta o incorrecta en la medida que pueda o no ser subsumida bajo la descripción típica.

Lo anterior no puede ser entendido como una mera sofisticación, sino que permite entender el carácter regulatorio de las normas de penales, en tanto establecen deberes en la forma de mandatos o prohibiciones de actuación que posibilitan evaluar dicho comportamiento como correcto o incorrecto. La sanción penal, entonces, se deja explicar como un reproche por la infracción de una norma de comportamiento – que establece deberes- que en el momento relevante debió ser tenida como una razón *excluyente* para la acción. Es en este sentido que las normas de comportamiento son razones prácticas: tienen por objeto guiar la acción del sujeto, y no por ejemplo sus deseos intenciones u otro estado mental.⁸

Sin embargo, la posibilidad de la imposición del reproche penal depende de que la norma de comportamiento haya sido *subjetivamente reconocida* como razón vinculante para la acción, esto es, que el agente no haya seguido el comportamiento ordenado en la norma, a pesar de haber contado con la capacidad para hacerlo.⁹ Dicha capacidad se encuentra determinada por las así llamadas reglas de

⁶ Mañalich (2010) p. 172.

⁷ Lo que demuestra el estatus secundario de las normas de sanción en tanto normas que protegen o respaldan normas de comportamiento que a su vez protegen determinadas propiedad de bienes jurídicos. Esta interpretación rebate por tanto la idea de que las normas penales protegen directamente bienes jurídicos.

⁸ Mañalich (2010) p.173.

⁹ Mañalich (2014) p. 11.

imputación, las cuales tienen por objeto fijar las condiciones bajo las cuales el agente ha podido seguir intencionalmente la norma de comportamiento.¹⁰

Las reglas de imputación se organizan en dos niveles. En un primer nivel se ubican las reglas a través de las cuales se busca determinar la *capacidad personal de evitación intencional*, o en otras palabras, si el sujeto podía hacer algo distinto a lo que efectivamente hizo, lo cual está determinado su vez por dos factores: en primer lugar por la *capacidad física de acción*, esto es, que el agente se haya encontrado físicamente capacitado para evitar la acción prohibida o bien de ejecutar la acción mandatada; y en segundo lugar, que el sujeto haya contado con la representación de las circunstancias fácticas, es decir, dolo.¹¹

Así, por ejemplo, al salvavidas que por encontrarse en un estado de *vis absoluta* no rescata a un bañista, produciendo causalmente su muerte, no puede imputársele dicha omisión puesto que no contó con la capacidad física para ejecutar la acción mandatada por la norma de comportamiento. Así mismo, si el salvavidas se representó erróneamente, que en vez de un bañista, se trata de un tronco de madera que flota a la deriva, tampoco se le puede imputar dicha omisión, puesto que no contó con los conocimientos necesarios para reconocer la norma de comportamiento correspondiente, a saber, la prohibición de dar muerte a otro, como razón *situacionalmente* vinculante para la acción, puesto que no se representó que dicha acción era requerida en ese momento.

El segundo nivel de imputación, correspondiente al llamado juicio de culpabilidad, se ubica en una etapa lógicamente posterior a la de la aplicación de las reglas de imputación de primer nivel. Este segundo juicio tiene por objeto determinar la capacidad del sujeto para *motivarse intencionalmente conforme a la norma*. Dicha capacidad no se verifica en dos casos: cuando el sujeto mismo no cuenta con la capacidad para motivarse de acuerdo a la norma, por ejemplo por tratarse de un enajenado mental, u otra causa de inculpaación; y cuando el sujeto se encuentra en una situación en que no está en condiciones de preferir el comportamiento mandatado o prohibido por la norma de comportamiento. En otras palabras, se trata de una situación en que no resulta

¹⁰ Mañalich (2010) pp.179 y ss.

¹¹ El trabajo asume como correcta una comprensión del dolo en su variante cognitiva, de ahí que resulte apropiada la identidad del dolo con la representación de las circunstancias fácticas.

razonablemente justificado obligar al sujeto a elegir la norma como razón para la acción, por lo que ésta declina en favor de las motivaciones específicas que haya tenido el sujeto.¹²

Debe hacerse notar que las conclusiones que se derivan del juicio de imputación recién señalado se construyen contrafácticamente, es decir, el no seguimiento de la norma en condiciones que el sujeto contaba con las capacidades para hacerlo, es suficientemente expresivo de que el mismo no asumió la norma como razón para la acción en tanto sujeto sobre quien recae una expectativa de comportamiento fiel a derecho.¹³

1.3. Ocasión y oportunidad para la acción

Las normas de comportamiento no son enunciados generales en la forma de mandatos o prohibiciones abstractas, sino que sólo cobran relevancia, en tanto razones prácticas, cuando el sujeto se encuentra en la situación de hecho en que la norma es requerida. Tal situación de hecho puede ser mejor definida como la ocasión y oportunidad para la acción.

Por ocasión ha de entenderse la localización espacio-temporal de la acción en tanto acción individual. Esto requiere una clarificación previa: es posible hacer una distinción entre actos genéricos (*act-types*) y actos-individuales (*act-tokens*). Los primeros se refieren a la *clase* de actos caracterizados por determinadas propiedades; los segundos en cambio, son aquellos actos concretos, espacio-temporalmente localizados, que ejemplifican las propiedades que describen al acto genérico. En palabras de Von Wright: “*Un acto individual, es la realización de un acto genérico en una ocasión específica, por un agente específico*”.¹⁴

Así, por ejemplo, el acto genérico de abrir una ventana está determinado por el conjunto de propiedades que describen el acto de abrir una ventana. El acto individual de abrir una ventana en cambio, consiste en un acto espacio-temporalmente localizado que instancia las propiedades del acto

¹² Kindhäuser (2005) pp. 42-46

¹³ Kindhäuser (2005) p. 40. Una distinción entre seguimiento y adecuación en Mañalich (2010) p. 178.

¹⁴ Von Wright (1970) p. 54.

genérico, de modo tal que puede ser subsumido dentro de la clase de actos genéricos que cuentan como “abrir una ventana”.¹⁵

En este sentido, las normas de comportamiento prohíben o mandatan la realización de actos en tanto actos espacio-temporalmente localizados. Ahora, no toda ocasión es una ocasión en que cualquier acto individual puede ser realizado, se requiere además que la ocasión reúna las características que hagan posible la acción en dicho momento. Cuando la ocasión es tal que la acción es posible se llama oportunidad. En otras palabras, una oportunidad para la acción consiste en una ocasión que reúne las características que hacen posible la acción en ese momento. Así, por ejemplo para abrir una ventana se requiere que dicha ventana en efecto se encuentre cerrada.¹⁶

Lo anterior sirve para hacer notar la idea de que sólo en la medida en que el agente se encuentre en la oportunidad para la acción, es que la norma asume toda su funcionalidad en tanto razón para la evitación o realización de una acción. En este sentido, es sólo en la oportunidad relevante cuando la norma de comportamiento es convocada para ser interiorizada por el agente para que funja como razón para la acción.¹⁷

1.4. El modelo del silogismo práctico

Para una clarificación del modelo recién esbozado la estructura del silogismo práctico presenta particular utilidad. Lo característico de este tipo de silogismos es que la conclusión que se infiere de sus premisas es una de tipo práctico, es decir, tiene por conclusión la fundamentación para la evitación o ejecución de una determinada acción.¹⁸ En otras palabras, siendo las normas de comportamiento (al menos en su dimensión prospectiva) razones para la ejecución u omisión de una acción, la internalización de las mismas implica que éstas son fundamento para la evitación -u omisión- de una acción que de ser llevada a cabo -o no ser ejecutada- instanciara el tipo descrito en la norma de

¹⁵ Von Wriqth (1970) p. 46., añade además que toda ocasión puede ser mejor entendida como un par sucesivo de ocasiones que se suceden en el tiempo, en donde la acción en particular consiste en el cambio o transición de un estado de cosas inicial a un estado de cosas terminal.

¹⁶ Von Wriqth (1970) p. 55.

¹⁷ Mañalich (2016) p.5., se distingue entre razones externas e internas. Para efectos del juicio de imputación, lo importante es que el sujeto no haya asumido la norma como razón vinculante para la acción.

¹⁸ Un silogismo teórico en cambio tiene por objeto demostrar la verdad de una conclusión de acuerdo a las premisas que la sostienen.

sanción.¹⁹ Con todo, la forma del silogismo práctico que aquí se presenta como útil, tiene una peculiaridad, a saber, que su premisa mayor consiste en una determinada norma de comportamiento, cuestión que en caso alguno es obligatoria para todo silogismo práctico, pudiendo estar conformada la premisa mayor por otro tipo de proposiciones, como deseos o intenciones.

La estructura del silogismo práctico es la siguiente:²⁰

- a) La premisa mayor se encuentra conformada por una determinada norma de comportamiento, (de evitar o ejecutar una acción). Dígase por ejemplo, la prohibición de dar muerte a otro.
- b) La premisa menor consiste en la representación del sujeto de las circunstancias fácticas relevantes para la formación de la intención de adecuar su comportamiento a la norma de comportamiento. Así por ejemplo, que un sujeto se represente que de jalar el gatillo del arma de fuego que tiene en la mano producirá causalmente la muerte de otro.
- c) La conclusión consiste, en consecuencia, en la fundamentación de un determinado deber. Así bajo las premisas recién presentadas, el sujeto debiese evitar cualquier comportamiento que describa las propiedades del supuesto de hecho descrito en la norma de comportamiento.

Pero, podría sostenerse que en realidad, lo ejecutado en (c) no responde necesariamente a la intención puesta en práctica de seguir la norma enunciada en (a), lo cual pone en duda la vinculación lógica-necesaria entre las premisas y la conclusión. Podría afirmarse que lo realizado en (c)- evitar jalar el gatillo- sucede en ejecución de una intención por completo distinta a la de seguir la norma descrita en (a), como por ejemplo la intención del sujeto de no ensuciarse sus manos con la pólvora que desprendería el arma luego de ser jalada. La pregunta que surge, entonces, es cómo verificar la verdad de las premisas. Gonzales Lagier, -siguiendo a Von Wright- sostiene que para la verificación de las premisas de un silogismo práctico se debe introducir la conducta realizada, descrita en la conclusión, en nuestro conocimiento sobre la comunidad de instituciones y aparato técnico. Es solo mediante la introducción de la conducta en las prácticas y usos sociales que resulta posible interpretarla como ejecución de una intención determinada.²¹

En el caso del silogismo practico aquí utilizado, cuya premisa mayor consiste en una norma de comportamiento, la cuestión se simplifica si se entiende que el derecho penal hace recaer sobre los

¹⁹ Mañalich (2016) p. 3.

²⁰ Mañalich (2014) pp. 21-23.

²¹ González (1994) p. 162 y 163.

ciudadanos una expectativa de fidelidad a derecho. Así las cosas, que la conducta de un sujeto se deje explicar cómo la ejecución de una intención determinada por la norma de comportamiento en tanto razón para la acción, basta, en lo que al derecho penal importa, la presunción de comportamiento fiel a derecho que recae sobre todos los ciudadanos.

De ahí entonces, que si es posible afirmar que el sujeto se representó correctamente las circunstancias fácticas del caso, la realización del comportamiento típico permite inferir, bajo un argumento contrafáctico, que el sujeto no asumió la norma como premisa mayor para la realización de su acción. Lo interesante, y solo a modo de adelanto, es que en el caso de la tentativa, las dos premisas del silogismo práctico se ven fallidas, puesto que aun actuando el sujeto bajo error, es posible sostener que no asumió la norma como razón para la acción.

1.5. El lugar de la tentativa en la estructura de la imputación

A partir de una teoría de las normas como la recién descrita, a continuación se buscara ofrecer una explicación sobre el lugar que ocupa la tentativa en el juicio de imputación. En otras palabras, qué es aquello que se imputa cuando se hace responsable a un sujeto por haber cometido una tentativa de delito.

Partiendo de la base de que las normas de comportamiento tienen por un lado una dimensión retrospectiva, fungiendo como estándares para la aplicación de una sanción; y por otro lado tienen una dimensión prospectiva, fungiendo como guías para la acción, es decir, como razones prácticas para la evitación de una acción o la ejecución de un mandato, el delito consumado es la realización perfecta del comportamiento típico dispuesto en la norma de comportamiento en su dimensión retrospectiva, cuestión que lo que lo convierte en la forma paradigmática de comportamiento delictivo. En otras palabras, la forma perfecta de expresar que la norma no cuenta como razón vinculante para la acción, es a través de la realización de una acción que ejemplifique las propiedades descritas en el tipo prohibido por la norma de comportamiento. Y es *solamente* la ejecución de dicha acción la que es perfectamente expresiva de la no asunción de la norma como razón para la acción.²²

²² Mañalich (2016) p. 11.

En otras palabras, el caso del delito consumado es uno donde antinormatividad e infracción de deber confluyen. Esto, pues, por un lado en los hechos efectivamente se ha infringido una norma de comportamiento, lo que justifica el carácter antinormativo del mismo, es decir se ha instanciado el conjunto de propiedades descritas en el tipo, de modo que es posible subsumir la conducta realizada en él. Y por otro lado, dicha infracción es imputable al sujeto a título de infracción de deber ya que contaba con las capacidades para la evitación intencional de la acción en efecto realizada, lo que permite inferir que no asumió la norma como una razón para la acción.

En contraste, la tentativa se caracteriza precisamente por ser un caso de no-consumación. Es decir, la acción realizada por el sujeto no alcanza a ejemplificar las propiedades descritas en el tipo. Se trata, en consecuencia, de una acción imperfecta (en relación con la consumación) y que por lo tanto, objetivamente, debiese ser indiferente desde el punto de vista penal. Sin embargo, dado que el sujeto se representó encontrarse en una situación que, de haber sido correcta su representación, su acción habría ejemplificado las propiedades del tipo descrito en la norma de comportamiento, dicha acción imperfecta (y adecuada normativamente) puede ser imputada al sujeto a título de infracción de deber aun a pesar del déficit de anti normatividad.

1.6. El objeto de imputación en la tentativa.

Sostener que la tentativa puede ser definida como infracción de deber sin antinormatividad, tal como aquí se hace, podría llevar a favorecer una tesis sobre la naturaleza de la punibilidad por la tentativa como una manifestación del reproche penal *sólo* por una determinada actitud o carácter contrario a derecho. Es decir, toda vez que la tentativa supone siempre que no se han instanciado las propiedades descritas en la norma de sanción, la punibilidad de la tentativa podría ser interpretada como una particular forma de castigar los meros pensamientos o intenciones. Así al menos lo entiende Alexander:

[F]or attempts, however, there is never any actual conduct, result, or circumstance required for the actus reus. That is because, for completed attempts at least, attempts

are essentially mental crimes, constituted by the beliefs and desires of the attempter.

Arguably, the same is also true of incomplete attempts, though this is less certain.²³

En consecuencia, para Alexander la tentativa es un crimen de pensamiento puesto que es sólo en la medida en que el sujeto se representa (erróneamente) que instanciará un comportamiento prohibido o mandado, pero que en los hechos nada típico se ha realizado, lo que justifica su responsabilidad penal. En este sentido, sería la representación del sujeto sobre las circunstancias fácticas y sus proyecciones, lo que lo hace responsable.

Sin embargo del hecho que se requiera que el agente cuente con una determinada representación, no puede seguirse que baste con ella, pues se requiere en todo caso un acto. Tal cuestión ha sido resuelta sin problemas, tanto legal como doctrinariamente con la necesidad de un *acto* en tanto objeto de la imputación constitutivo de la respectiva de la tentativa.²⁴ Esto es precisamente lo que en la terminología angloamericana ha sido llamado el “*Act Requirement*”.²⁵

Con todo, si bien la exigencia de un *acto* resulta un problema ya resuelto, no lo es así la naturaleza del mismo. En lo fundamental esta discusión ha sido llevada adelante, principalmente por dos posturas a saber, las llamadas teorías *evidencialistas* y teorías *constitucionalistas*.

Los evidencialistas entienden que el acto de la tentativa, y en general la actividad criminal, funge como evidencias de la intención criminal respecto de la cual ha de recaer la pena. En este sentido, la pena recae sobre un carácter hostil al derecho, el cual se ve evidenciado en el acto delictivo. El problema de tal concepción es que hace prescindible los actos ejecutivos del sujeto, en la medida que el carácter criminal podría ser ya evidenciado en las etapas anteriores a la comisión del delito, o incluso a su puesta en marcha, tales como la preparación de los medios para cometer el delito.

Yaffe, en una formulación más sofisticada de la tendencia *evidencialista*, busca salvar dicho problema, sosteniendo que el acto es *la* evidencia de la intencionalidad de haber sido guiado por la intención criminal. Así, si bien la intención del agente puede ser observada en otro tipo de circunstancias tales como una llamada telefónica en que declara su voluntad criminal, para Yaffe sólo

²³ Alexander (2011) p. 4.

²⁴ En la literatura nacional, la cuestión no admite discusión. Por lo demás la propia legislación señala la necesidad de contar con actos que impliquen un principio de ejecución. A juicio de Politoff (1999) p. 168, la exigencia de un acto se explica como una garantía ciudadana ante los potenciales excesos de un Estado de Policía, impidiendo la intromisión del Estado en esferas de intimidad.

²⁵ Véase al respecto Duff (1996) p. 240 y ss.; Alexander (2011) p. 4240 y ss.; Yaffe (2014) p. 118 y ss.

el acto de la tentativa es lo suficientemente intenso, en tanto evidencia, para justificar la punibilidad de la tentativa. La base del argumento de Yaffe se encuentra en su particular concepción de lo que debe entenderse por intentar (*try*). Bajo la premisa de que el comportamiento racional de los agentes inteligentes supone un actuar de acuerdo a fines, en donde los medios están dispuestos para la consecución de dicho fin, tratar es precisamente la puesta en funcionamiento de los actos necesarios para alcanzar dicho fin. Tratar es entonces, la manifestación de la racionalidad de una agencia que se caracteriza por la identificación de objetivos (propósitos) que guían los medios necesarios para su consecución. En palabras de Yaffe:

The guidance-based evidentialist approach requires two claims: that acts in furtherance of intention provide evidence of guidance (and so evidence of attempt), and that the evidence they provide cannot be provided by anything else. This section suggests that the first claim follows from the fact that rational agents trying to take means are trying to take all the means, and that the second follows from the fact that the only observable mark of guidance by one's intention, in contrast to other kinds of causal influence of intention, is culmination in action. Put these ideas together and we are left with the view that, although it is possible to try without acting, we can know someone is trying only if he does.²⁶

Bajo este entendido, el acto en la tentativa se configura como el único elemento capaz de demostrar la intención bajo la cual el agente se guía para la consecución de su propósito criminal.

En contraste, con las posiciones *evidencialistas*, los *constitucionalistas* sostienen que el acto de la tentativa no es una mera evidencia del carácter criminal sino que lo constituye. Lo que hace criminalmente responsable a alguien no es una específica intención criminal en la forma de una disposición o actitud hostil a derecho, sino la decisión de poner en práctica dicha intención actualizándola en una acción. En este sentido, la acción mediante la cual se realiza la intención delictiva constituye ya la responsabilidad criminal. Esto se explica en cuanto no existe una noción pre-normativa de lo criminal, sino que es la norma de comportamiento la que especifica las condiciones para su identificación, de modo que sólo mediante el desobedecimiento de ella es posible hablar propiamente de una conducta criminal. Así las cosas, sólo aquel que la infringe realiza un

²⁶ Yaffe (2010) p. 236.

comportamiento criminal y en consecuencia la acción es *constitutiva*, y no meramente *evidenciaria*, de la responsabilidad criminal.²⁷

En realidad, tal como lo señala Duff, bajo la perspectiva del derecho al menos, lo que una persona *es* consiste precisamente en lo que *hace*, de tal modo que su carácter estará determinado únicamente por la generalidad de sus acciones.²⁸ En otras palabras, es la generalidad de las acciones de un sujeto lo que conforman su ser.

El problema aquí reseñado puede ser mejor explicado a través de las categorías del juicio de imputación, el cual requiere lógicamente un objeto a imputar y la satisfacción de un conjunto de criterios de imputación. Por objeto de imputación cabe entender el fragmento de comportamiento de un sujeto que adquiere relevancia jurídico-penal respecto a una determinada descripción típica. Los criterios de imputación en cambio, funcionan como base legitimadora de la adscripción de dicho fragmento del mundo a un determinado sujeto en tanto hecho suyo jurídico-penalmente reprochable. En este sentido, los criterios de imputación hacen posible adjudicar un hecho a quien se le reconoce la suficiente agencia para ser jurídico-penalmente responsable, pero por lo que se le hace responsable —el objeto de imputación— es por un particular comportamiento suyo.

1.7. El carácter parasitario de la tentativa

Es precisamente lo anterior lo que permite criticar un postulado esencial de la teoría final de la acción, a saber, que las normas de comportamiento, en particular las que sancionan la causación de resultados, sólo pueden estar dirigidas a regular acciones finales.²⁹ En este sentido la tentativa sería la forma paradigmática de comportamiento criminal, ya que el sujeto sólo puede mantener el control

²⁷ Duff (1996) p. 188.

²⁸ Duff (1996) p. 191.

²⁹ En contraste, Novoa (2005) p. 117., quien entiende que “delitos tentados se penan porque en ellos un hombre exterioriza su propósito de cometer un hecho delictuoso y realiza actos enderezados a su perpetración capaces de llegar hasta ella. Es con arreglo a este criterio que el legislador formula su concepto amplificador; mediante el cual extiende la tipicidad a cierta parte de realización del hecho típico, aun cuando el queda interrumpido sin llegar a la consumación”. Para Politoff (1999) pp. 151-153., por su parte, la tentativa es un tipo dependiente, puesto que no protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino que el mismo. Se trata entonces de una fórmula de extensión de la pena, ubicada en la Parte General, pero que se refiere al delito concreto que se buscaba consumir.

sobre sus acciones, siendo los resultados cuestiones ajenas a la voluntad del sujeto y que funcionarían, como máximo, como una condición objetiva de punibilidad.³⁰

Pero asumir la acción tentada como la forma paradigmática de comportamiento delictivo bajo el supuesto principal de que lo condenable del comportamiento radica en la puesta en marcha de una voluntad dirigida hacia una meta, invierte la forma en que la imputación de la tentativa opera. Y es que sólo en la medida en que se constata la no-consumación de un delito es que viene en consideración la problematización sobre la existencia de una eventual tentativa. El problema se deja advertir con mayor claridad a partir de una adecuada comprensión del significado de “intentar”.

En contra de ciertas posiciones que conceptualizan el intentar algo como un concepto primario,³¹ con la consecuencia lógica de que la consumación consistiría precisamente en un caso exitoso del intento, se debe entender que intentar es siempre secundario respecto de la realización, de manera que su marca esencial consiste en ser un caso de fracaso respecto de la realización. De allí por lo tanto su naturaleza parasitaria: es sólo en la medida en que se logre constatar que una acción individual no alcanza a ser subsumida bajo las descripciones de un acto genérico, resulta correcto hablar de una tentativa.³²

Con todo, y como se verá más bajo,³³ lo anterior no supone que toda tentativa requiera necesariamente un “intentar” por parte del agente.³⁴ Es decir, no se requiere necesariamente que la tentativa sea la expresión –fracasada- de la objetivación de la puesta en marcha de una *intención*. Pues si se asume como correcto que el carácter –imperfectamente- delictivo de la tentativa se funda en la representación errada del agente de un conjunto de circunstancias que de ser correctas instanciarían las propiedades del tipo descritas en la normas de comportamiento respectiva, tal representación es mínimamente suficiente para adscribir al agente la capacidad de evitación intencional de la acción

³⁰ Mañalich (2010) p. 185.

³¹ Una comprensión contraria puede encontrarse en Yaffe (2014) p. 111 y ss., para quien “intentar” consiste en contar con una intención que nos compromete con toda las condiciones necesarias envueltas en la consumación del delito, y ser guiados por esa intención. De allí también su justificación de la punibilidad de la tentativa, construido a partir del “Transfer Principle”: “if a form of conduct is legitimately criminalized, then so are attempts to engage in that form of conduct” .

³² Mañalich (2010) p.184.

³³ Véase *infra* pp.14 y ss.

³⁴ Mañalich (2016) p. 18.

prohibida por la norma de comportamiento,³⁵ independientemente si dicho contenido representacional sea el de una intención u otro estado mental.

La clarificación recién dada tiene directas implicancias en el tipo de dolo exigido en la tentativa. Así, si se afirma que toda tentativa solo puede ser la instanciación de un intentar, se requerirá siempre, en consecuencia, dolo de primer grado. En cambio, si se acepta como suficiente la representación de las circunstancias fácticas del caso, bastara la forma básica de dolo, a saber, el dolo eventual.

1.8. El problema del *iter criminis*

Entender la tentativa como una forma delictual esencialmente parasitaria, permite cuestionar la forma en que tradicionalmente ha sido abordada la tentativa en la literatura tradicional bajo la noción de *iter criminis*. El delito, bajo esta noción, atravesaría una serie de fases: en un primer momento, lo que se ha llamado la fase interna, el delito sólo existe como idea o proyecto,³⁶ luego, una fase intermedia que estaría marcada por la resolución expresada del autor a cometer el delito;³⁷ y por último, se daría paso a la fase externa, en donde el propósito del sujeto es expresado objetivamente mediante actos.³⁸ La fase externa a su vez puede ser dividida en dos sub-fases, los actos preparatorios y los actos de ejecución. La tentativa, en este esquema, comenzaría con la realización de la actividad ejecutiva que se extiende hasta llegar a la consumación del delito. Una comprensión de ese tipo, tiene como correlato lógico que la tentativa ha de existir cada vez que exista delito consumado, es decir, en todo delito consumado habrá siempre un concurso con la tentativa del mismo delito.

El punto es que a la luz de una teoría de las normas como la aquí favorecida, la tentativa se deja entender como una acción que se caracteriza por ser una acción delictiva no-consumada, pero respecto de la cual aún puede hacerse un juicio de imputación a título de infracción de deber, toda vez que la representación de las circunstancias del sujeto, si bien erradas, lo situaban en un mundo en que la norma era pragmáticamente requerida bajo la presunción de fidelidad a derecho del sujeto.

³⁵ Al respecto Mañalich (2016) pp. 18 y 19., quien señala que tal contenido representacional es perfectamente compatible con el estado mental de una *creencia predictiva*.

³⁶ Así Labatut (1963) p. 179; Cury (1977) p. 9.

³⁷ Así Labatut (1963) p. 180; Etcheberry (1999) p. 51; Cury (1977) p. 9.

³⁸ Véase Labatut (1963) pp. 180 y ss.; Garrido (1992) p. 261; Cury (1977) p.10.

El problema de una concepción de la tentativa en la terminología del *iter criminis* entonces, es que invierte la lógica de la tentativa en tanto acto merecedor de un reproche jurídico-penal. Si bien fenoménicamente la actividad del sujeto efectivamente puede pasar por distintos momentos de desarrollo, desde un punto de vista jurídico-penal, la tentativa sólo ha de venir en consideración cuando cuando no ha existido delito consumado alguno. Es en este sentido que la tentativa revela su carácter carácter parasitario respecto del delito consumado y por ello es que resulta complejo sostener que en en todo delito consumado existe, en concurso aparente, una tentativa del mismo.³⁹

Más importante aún, es que desechándose una comprensión de la tentativa como la del *iter criminis*, es posible transparentar que los límites de la tentativa están necesariamente vinculados al delito consumado. Por ello es que aquellas formulas subjetivas que, como se verá más adelante, retrotraen el inicio de la tentativa a actos que sólo importan una expresión de la intención de cometer un delito, son incorrectas: solo existe tentativa cuando se ha desobedecido la norma de comportamiento.

1.9. El dolo en la tentativa

Bajo una teoría de las normas como la reseñada, el dolo se presenta como un elemento fundamental en la caracterización de la tentativa punible. Aquí se favorecerá una concepción sobre el dolo eminentemente cognitiva, lo cual implica que el dolo eventual se presenta como la forma de dolo básica.⁴⁰

Una discusión acabada sobre la naturaleza del dolo en la tentativa, excede los límites de este trabajo. Sin embargo, sólo a modo de breve justificación de la opción aquí escogida, es necesario realizar ciertas precisiones. En la medida en que se entienda que la imputación de una acción a título de infracción de deber, es construida a partir de las inferencias que se derivan de la contrafacticidad de la imputación, no se requiere que el sujeto haya actuado con la intención de producir un hecho prohibido. Esto pues, que el sujeto haya tenido el conocimiento suficiente para representarse que un determinado comportamiento era situacionalmente requerido por la norma de comportamiento -pero que en los

³⁹ Véase Matus (2009) p. 79., quien se muestra a favor de afirmar que en toda delito consumado existe, en concurso, una tentativa

⁴⁰ Kindhäuser (2005) p. 33 y ss.

hechos no fue realizado- es suficiente para inferir que no asumió la norma como razón para la acción.⁴¹ En otras palabras, según el juicio de imputación aquí favorecido, en la medida en que se constate que el sujeto contaba con las capacidades de evitación intencional y de motivación de acuerdo a la norma, el contenido de la intención del sujeto es irrelevante, puesto que en todo caso su decisión fue incorrecta, ya que no era la de evitar la realización del tipo penal que se esperaba de él como sujeto fiel a derecho.⁴²

Lo importante es que lo dicho respecto de del dolo en el delito consumado tiene completa vigencia respecto de la tentativa ya que lo que justifica la responsabilidad penal por tentativa es, que dada la representación del sujeto sobre las circunstancias fácticas y sus proyecciones, debió haber evitado la acción realizada si es que hubiese asumido subjetivamente la norma como razón para la acción. Sin embargo, en los hechos sus representaciones no se ajustaron a la realidad, de modo tal, que no se llegó a instanciar las propiedades descritas en el tipo respectivo, lo que no impide empero, identificar que la acción realizada por el sujeto implica un no seguimiento de la norma en tanto razón para la acción.

Vale decir que en la tentativa -inacabada- el sujeto aun no realiza todos los actos de ejecución necesarios para la realización del tipo, aspecto que la diferencia del delito frustrado y del consumado. Sin embargo subjetivamente, tanto tentativa como delito frustrado y consumado son enteramente equivalentes, en el sentido de que no existe una diferencia respecto a la extensión o completitud del aspecto subjetivo. Así lo entiende también la mayoría de la doctrina.⁴³ Struensee sin embargo, sostiene una tesis contraria, según la cual la tentativa se diferencia respecto del delito consumado precisamente en su aspecto subjetivo, siendo

[l]a tentativa una ‘esencia delictiva defectuosa’: un fragmento de dolo (con relación a la tentativa acabada y la consumación) que no está incluida en la serie de grados de las valoraciones que guían la génesis de la norma.⁴⁴

⁴¹Una aguda problematización sobre el dolo eventual en la doctrina nacional y en la jurisprudencia, véase en (Londoño 2015) comentario de la STC de la CS del 24 de septiembre de 2007 sobre el caso “La llave de gas del frustrado suicida-parricida”

⁴² Kindhäuser (2005) p. 48.; respecto a la intensidad de la representación con que debe contar el sujeto véase Kindhäuser (2005) p. 49., es de la idea que “actúa dolosamente quien no evita un comportamiento que conduce con una probabilidad relevante para la decisión de un sujeto fiel a derecho a la realización del tipo penal”.

⁴³ Así por ejemplo Roxin (2004) p. 456.; Jakobs, (1997) p. 806. En la literatura nacional véase por ejemplo Politoff (1999) p. 151., para quien la parte subjetiva de la tentativa se diferencia del delito consumado, en tanto la primera requiere, como elemento subjetivo del tipo, una determinada dirección o propósito. En similar sentido Novoa (1963) p. 22., para quien se requiere un comportamiento con un determinado propósito delictivo o resolución.

⁴⁴ Struensee (1992) p. 54.

La tesis de Struensee se funda en una particular comprensión de la estructura de la faz subjetiva de la acción, tomada de Fiedler, que distingue analíticamente entre decisión y acto de ejecución.⁴⁵ El acto de ejecución, que si bien se lleva a cabo en el mundo real a través de movimientos corporales voluntarios, tiene como fenómeno psíquico que lo desencadena y que lo conduce una voluntad de realización. El acto de ejecución es, por tanto, un acto de voluntad, la decisión en cambio, debe ser diferenciada del acto de voluntad:

[E]l primer acto real de voluntad, al igual que los respectivamente siguientes, surge de la decisión en la que se persevera, todavía simultáneamente existente. El acto de voluntad respectivo se lleva a cabo en la conciencia reflexiva de ser, en primer lugar el cumplimiento (parcial) de la decisión previa, todavía persistente, y de formar en segundo lugar, una cadena con los actos de voluntad futuros, a cuya ejecución el actuante permanece todavía decidido.⁴⁶

En otras palabras, el elemento subjetivo del delito se va actualizando en la medida que el elemento objetivo avanza. “*Así como la voluntad hace al hecho hace a la voluntad*”.⁴⁷ En la tentativa puesto que el sujeto se representa no haber realizado todos los actos de ejecución, falta una parte de la voluntad del movimiento corporal que debiese desencadenar y conducir los actos aún pendientes según el plan. Es por ello que para Struensee, la tentativa se corresponde estructuralmente con un delito atrofiado de dos actos.

Lo anterior tiene como consecuencia que la tentativa, según el programa finalista de la acción que entiende que las normas prohíben acciones que son “*ejecutadas en la representación de la suficientemente eventual posibilidad de resultado (tentativa acabada)*”,⁴⁸ está prohibida por una norma distinta a la que prohíbe la tentativa acabada. Esto pues la tentativa, en tanto forma incompleta de comportamiento— subjetiva y objetivamente— respecto del cual el autor aun no “suelta el hecho de su mano”, es solamente una condición necesaria mas no suficiente para el resultado.

Para Jakobs sin embargo, tal comprensión del dolo en la tentativa solo puede provenir desde un planteamiento naturalístico-psicologista que atiende al detalle de la intervención muscular para

⁴⁵ Struensee (1992) p. 27.

⁴⁶ Struensee (1992) p. 31.

⁴⁷ Puppe en Struensee (1992) p. 35.

⁴⁸ Struensee (1992) p. 51.

identificar cual es la norma infringida por cada tipo de tentativa.⁴⁹ Y es que si el comportamiento de la tentativa puede ser interpretado como el desobedecimiento de una norma de comportamiento, el déficit de voluntad de ejecución que se presenta en la tentativa es de naturaleza meramente cuantitativa. En consecuencia la norma que prohíbe el delito frustrado y la tentativa se refieren a la misma norma de comportamiento.

Por último, puede señalarse que tras la propuesta de Struensee, y en general tras finalismo subyace una confusión entre normas de comportamiento y reglas de imputación.⁵⁰ La idea de que lo prohibido por las normas penales consiste en acciones, de modo que el injusto penal puede ser reconducido a una acción y no a un resultado, diluye la distinción lógica entre ambos tipos de normas. Esto pues, las normas de comportamiento consisten en enunciados prescriptivos establecidos en la parte especial, prohibiendo determinados resultados, mientras que las reglas de imputación, proveen los criterios a través de los cuales es aplicable el reproche penal por la realización de un resultado en tanto sujeto capaz de haberlo evitado.

La confusión radica entonces, en que una comprensión de las normas de sanción, como normas que castigan acciones finales puesto que en ellas queda de manifiesto la intencionalidad criminal, pasa por alto que la categoría de la *intencionalidad*, se corresponde con los criterios de aplicación del reproche penal y no con el contenido de las normas de comportamiento contempladas en la parte especial.⁵¹ Suponer entonces que el dolo en la tentativa se encuentra fragmentado puesto que aún no se han realizado todos los movimientos corporales requeridos para la acción final, pasa por alto que el dolo funciona como criterio de imputación, mas no como elemento integrante de la acción.

Lo característico del dolo en la tentativa, entonces, no es su carácter fragmentario, sino la presencia de un error sobre los presupuestos de hecho y sus proyecciones, de modo que la forma en que efectivamente se desarrolló el mundo, no se ajusta a dicha representación, a pesar de los esfuerzos del sujeto para ello. Se trata por tanto de un error de hecho consistente en una discrepancia entre las representaciones presentes en la mente del sujeto y el mundo.

Es justamente esta representación errada la que provee el escenario cognitivo necesario para configurar la *oportunidad* en que la norma es requerida como razón para la acción. Así, quien se

⁴⁹ Jakobs (1997) p. 866., nota 33b.

⁵⁰ Mañalich (2010) pp. 185 y ss.

⁵¹ Si bien Cury (2005) p. 574 y 575., reconoce el lugar central del desvalor de acción en la antijuricidad, señala que ésta debe ser atenuada teniendo en cuenta la significación que atribuyen al resultado las concepciones socioculturales reinantes.

dispone a jalar el gatillo de su arma de fuego en contra de su enemigo, representándose con un grado de probabilidad relevante que su blanco se mantendrá “limpio” por la cantidad de tiempo necesario para realizar el tiro, pero que es bloqueado repentinamente por un obstáculo, impidiéndole realizar un tiro exitoso, le es imputable una tentativa de homicidio. En cambio si el sujeto se representa que el blanco será bloqueado, de modo que un tiro exitoso resulte improbable, no comete tentativa de homicidio, precisamente por la falta de dolo.⁵²

Pero al mismo tiempo, es este dolo deficitario el que fundamenta el carácter delictivamente imperfecto de la tentativa. Y es que la declaración que supone la tentativa a saber, que la norma de comportamiento no vale como razón para la acción, no se corresponde con la forma en que efectivamente se comportó el mundo. Es precisamente esta declaración performativamente deficitaria que expresa la acción tentada, lo que justifica su menor punibilidad en comparación con el delito consumado.⁵³

Esto no supone, en todo caso, que cualquier representación pueda llegar sustentar una imputación a título de tentativa. Así, si A se representa que mediante la performance de un ritual en el que se sacrifica un animal, logrará dar muerte a su archienemigo B, claramente no puede sostenerse que se trata de una tentativa punible. La solución a este problema está dada por entender que el dolo relevante para la imputación está referido a una norma de comportamiento específica, y es ella la que establece el modo en que puede ser vulnerada, el cual debe ser necesariamente uno que se rija por las reglas de la causalidad natural.⁵⁴

A similar conclusión llega Jakobs quien sostiene que el autor debe poner de manifiesto la infracción de una norma verdaderamente existente, y no una norma que existe solamente en su imaginación. Lo mismo se puede predicar respecto de los medios escogidos para la realización del comportamiento prohibido, estos deben estar orientados racionalmente hacia la consumación. En palabras de Jakobs:

⁵² Con todo, si aun así el tiro llega a destino en este segundo caso, puede plantearse la posibilidad de una imputación extraordinaria, esto es, por imprudencia. Sobre el estatus extraordinario de la imprudencia como criterio de imputación véase Mañalich (2010) p. 180.

⁵³ Mañalich (2016) p.13.

⁵⁴ Esto supone, claro, una determinada posición sobre la llamada tentativa inidónea y la tentativa supersticiosa: si lo que caracteriza el dolo de la tentativa es que es errado, en estricto sentido, toda tentativa es una tentativa inidónea. Lo que caracterizara en cambio la tentativa supersticiosa es la falta de dolo. Al respecto véase Mañalich (2016) p. 20.; Para Struensee (1992) p. 63 y ss., la tentativa irreal, o de “causalidad putativa”, como la llama, también consiste en un caso de falta de dolo. Esto ya que, el tipo subjetivo está determinado por el tipo objetivo, y este a su vez integrado por las leyes causales. Por lo que, quien no se rige por las leyes causales no actúa dolosamente.

“Solo organización racional puede constituir organización relevante”.⁵⁵ Así las cosas, si bien la norma requiere de la perspectiva del autor -pues corresponde a éste juzgar cuando se encuentra en la situación en que la norma se hace pragmáticamente necesaria- para que esta perspectiva sea reconocida como dolosa, debe ser necesariamente racional. Esto porque sólo quien arregla su comportamiento de acuerdo a las máximas de la experiencia y la lógica – quien se comporta racionalmente- actúa de modo comunicativamente relevante, en tanto expresivo del no reconocimiento de la vigencia de la norma como razón para la acción.⁵⁶

Pero la forma de identificar si un sujeto contaba con el dolo necesario, no puede ser tratando de descubrir lo inaccesible como lo es claramente el intento de descifrar qué es lo que el sujeto tuvo en su mente en el momento de la acción. Entonces, si penetrar la conciencia del sujeto a modo de determinar la presencia o no de dolo resulta imposible, la pregunta pasa a ser cómo hacerlo entonces. Una buena propuesta es la dada por Ragúes, quien ha señalado que debe recurrirse a las así llamadas reglas sobre atribución de conocimiento ajeno, las cuales sirven para determinar a partir de la concurrencia de ciertos datos externos qué es lo que se representó una persona al momento de llevar a cabo una conducta. Tales normas, de manera simple, consisten en reglas de la experiencia las cuales han de extraerse de la interacción social con las cuales, presupuestos ciertos datos objetivos, una persona no puede sino ser conocedora de determinados hechos, cuestión que permite al juez atribuir dicho conocimiento al sujeto involucrado.⁵⁷ Lo anterior implica una cuestión de fundamental importancia: el dolo a pesar de ser un elemento subjetivo no se prueba sino que se imputa. Los así llamados *indicadores de dolo*, apuntan precisamente en aquella dirección, construcciones judiciales y dogmáticas a través de los cuales es posible identificar *síndromes de riesgo*, en donde riesgo ha de entenderse como la posibilidad objetiva de instanciación de la acción típica.⁵⁸

En lo fundamental, si bien el dolo puede ser tenido como un estado subjetivo, su valoración y determinación en tanto dolo suficiente y relevante ha de realizarse a través de un juicio normativo de atribución de conocimiento, lo cual supone una objetivación del mismo.

⁵⁵ Jakobs (1997) p. 865.

⁵⁶ Jakobs (1997) p. 854.

⁵⁷ Ragúes (2004) p. 19 y ss.

⁵⁸ Mañalich (2016) p. 8). Con todo Puppe (2003) p. 15., muestra cierto escepticismo al advertir críticamente, que esta forma en que el dolo es probado, no solo supone una determinada teoría procesal, sino que implícitamente es una teoría sustantiva sobre el dolo, en la medida que los elementos que permiten probarlo al mismo tiempo lo constituyen, lo que genera una confusión entre la sentencia que debe fundamentarse y su fundamentación.

CAPÍTULO 2

2. EL INICIO DE LA TENTATIVA

2.1. Descripción general del problema

Hasta el momento poco se ha dicho sobre el problema que a este trabajo importa, a saber, el inicio de la tentativa.⁵⁹ Se trata de un problema que ha ocupado especial interés en el ámbito de la teoría del delito, cuestión que queda de manifiesto al ver la nada despreciable cantidad de teorías que han buscado dar con el criterio decisivo para la solución del problema.⁶⁰

En cierta medida, el vasto conjunto de teorías construidas se explica por la alta incertidumbre que implica la tentativa en contraste con el delito consumado. Mientras la realización de este último es o no es, binariamente, dependiendo si es o no subsumible un comportamiento bajo una descripción típica; la tentativa en cambio se caracteriza por ser un caso precisamente de no consumación, por lo que no existe un estándar decisorio como el que presenta el delito consumado. La tarea del interprete entonces, se complejiza pues consiste en precisar que tipos de comportamientos, no típicos, deben aun así ser castigados, y cuales en cambio no merecen reproche alguno por consistir en meros actos preparatorios.⁶¹

Las dificultades por trazar una línea demarcatoria –ocupando la terminología tradicional- entre actos preparatorios y ejecutivos han llevado incluso a algunos a desechar toda posibilidad de trazar un límite, relegando el problema a la discrecionalidad judicial.⁶² Las posturas que no han abandonado la esperanza de poder construir un límite, han oscilado entre razones objetivas, poniendo el acento en la mayor o menor cercanía con el tipo; y razones subjetivas cuyo criterio determinante consiste en la

⁵⁹ La comprensión de la tentativa como parte del *iter criminis* es una cuestión generalizada en la doctrina nacional. Así por ejemplo, Labatut (1963) p. 179; Etcheberry (1999) p. 51.

⁶⁰ Una clasificación bastante exhaustiva es posible hallar en Trepal (1986) p. 137 y ss.

⁶¹ En contraste Roxin (2004) p. 465., quien afirma que la elección de una determinada teoría sobre el inicio de la tentativa no prejuzga un particular fundamento sobre la punibilidad de la tentativa.

⁶² Cury (2005) p. 555.

manifestación de la intencionalidad criminal. Las posturas más modernas por su parte, buscan conciliar ambas razones, atendiendo tanto a aspectos subjetivos como la representación del autor o el plan del autor, a la vez que se requiere una conexión inmediata con la realización de la acción típica.

A continuación se analizarán las principales posturas -o formulas- sobre el inicio de la tentativa. A modo de análisis esquemático, se estudiarán siguiendo la distinción general entre derecho continental y angloamericano, para luego desglosar cada corriente en las diversas fórmulas que se han construido. Una prevención: la distinción utilizada no pretende afirmar una diferencia categórica entre las formulas construidas en uno y otro lado, es más, en ambas corrientes jurídicas se discute sobre casi los mismos problemas.

2.1.1. Derecho Continental

En el ámbito del derecho continental las diferentes fórmulas, en lo esencial, se dejan dividir en tres grandes grupos: subjetivas, objetivas y mixtas.

2.1.1.1. Teorías Subjetivas

Las teorías subjetivas se han caracterizado tradicionalmente por asumir la perspectiva del autor como el factor determinante para la demarcación del inicio de la tentativa. Será por tanto la representación, el propósito o el plan del autor lo que defina el inicio de la tentativa

La llamada **teoría subjetiva extrema** entiende que existe tentativa punible desde que es posible reconocer la intención antijurídica en cualquier acción del sujeto. Basta por tanto, para reconocer una tentativa, la primera objetivación de la voluntad delictiva.⁶³

El problema de una formula como ésta, por un lado, es que no funciona como criterio útil para la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, pues tanto los actos preparatorios como los ejecutivos son una objetivación de la voluntad delictiva, si se observa desde la perspectiva del sujeto. Por otro

⁶³ Cury (2005) p. 576.

lado la fórmula prescinde por completo de la norma de comportamiento en tanto norma que establece las formas de comportamiento prohibidas o mandatadas, ampliando la tentativa a actos que no se encuentran vinculados estrictamente a ella.

A modo de atenuar el efecto expansivo de la teoría subjetiva extrema, se construyeron las así llamadas **teorías subjetivas limitadas** las cuales incorporaron diversos criterios para delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos. Así, por ejemplo la **teoría del *dolus ex re*** en donde no basta simplemente un acto sino que además se debe poder extraer del mismo acto, el tipo de delito que se quería cometer. Otras, como la teoría basada en la **firmeza de la resolución** sostienen que no basta la existencia de una voluntad objetivada que se encamine a un delito determinado, sino que se requiere además, que exista una resolución firme, invariable o irrevocable.⁶⁴

El modo en que dicha resolución se determine varía según las diversas subteorías al respecto. Así, algunos consideran que la resolución depende de la concepción del autor, existiendo inicio de la tentativa cuando éste considere que está firmemente decidido a la comisión del delito; otros consideran que la firmeza de la resolución depende de un criterio objetivo recurriéndose la posición de un tercero imparcial que pueda evaluar la acción como sin retorno posible. En cambio, mientras pueda observarse objetivamente una posibilidad de desistimiento voluntario, todavía no se habrá dado inicio a la tentativa. Por último, se ha señalado que el criterio para determinar el grado de firmeza de la resolución se encuentra en la personalidad del autor y las circunstancias concretas del hecho.⁶⁵

Dentro de las teorías subjetivas particular importancia ha tenido la **teoría de la univocidad de Carrara**.⁶⁶ De acuerdo con esta teoría (posteriormente abandonada por él mismo), serán actos preparatorios aquellos que objetivamente puedan ser considerados como equívocos, es decir, aquellos que pueden estar enderezados tanto a la consumación de la descripción típica como a un hecho cualquiera que no revista importancia típica alguna. Serán actos ejecutivos, en cambio, aquellos que objetivamente puedan ser considerados unívocos, es decir aquellos que van única y exclusivamente encaminados a la consumación del delito. En palabras de Carrara:

[D]e igual suerte que en la preparación criminal podrá quedar en duda a cual delitos enderezaban los actos de ejecución, pero si es cierto que propendía a un delito, existe

⁶⁴ Trepát (1986) p. 146.

⁶⁵ Trepát (1986) p. 152.

⁶⁶ Cury (2005) p. 556.

un conato. No es aquí cuestión del ser, sino del conocer. Y la incertidumbre relativa a los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia a la suposición más benigna. La univocidad de su tendencia a un acto criminal es pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica para discernir los actos preparatorios de la tentativa.⁶⁷

Los actos equívocos pueden ser a su vez absolutos o relativos. Los absolutos son aquellos que independientemente del contexto en el que estén insertos, conservan su ambigüedad. Los relativos en cambio, son aquellos que dadas las condiciones materiales que los rodean, manifiestan su dirección hacia un delito determinado.⁶⁸

El problema de esta teoría, es que resulta deficiente a la hora de fijar un límite claro en los casos complejos, por ello ha requerido introducir nociones que en definitiva apelan a elementos subjetivos, tales como la equivocidad relativa o absoluta.⁶⁹ Pero, más allá de su incapacidad para fijar un límite claro, la teoría de la univocidad extiende el ámbito de la tentativa a actos que resultan claramente preparatorios. Y es que basta que los actos puedan ser percibidos como unívocos para la realización del delito, independientemente de la relación situacional del sujeto respecto de la norma.

La propuesta de Carrara ha tenido sin embargo, particular vigencia en la jurisprudencia nacional. Así por ejemplo en sentencia (en adelante, cuando usada para referirse a fallos de tribunales chilenos, STC) de la CA de Valparaíso, 23 de mayo 2011, Rol 436-2011, (considerando- de ahora en más cº- 6):

Que del análisis de los hechos asentados en el considerando noveno del fallo, los que son inamovibles para esta Corte, se desprende únicamente que dos sujetos proceden a forzar la chapa de una reja de un domicilio y a continuación, uno de ellos a propinarle una patada a la puerta de esa reja, para luego abandonar el lugar, siendo detenidos por Carabineros en las inmediaciones del lugar. Que lo anterior constituyen evidentes actos preparatorios que, en sí mismos, no son punibles, de acuerdo a nuestra actual legislación, esto es, se trata de una serie de conductas que pueden o no encaminarse hacia un tipo delictivo concreto, pero también pueden implicar simplemente la

⁶⁷ Carrara en Trepát (1986) p. 186.

⁶⁸ Cury (2005) p. 556.

⁶⁹ Cury (2005) p. 556.

impunidad, en caso de que nos encontremos ante un desistimiento de la tentativa. En efecto, en cuanto a los actos preparatorios, ellos pueden dar lugar a la comisión de un delito de robo, y en este caso, de un lugar habitado; pero también pueden ser constitutivos de otros ilícitos, como violación de domicilio o de daños, y en este caso en grado de consumado. Por consiguiente, la indefinición de la conducta, susceptible de ser encuadrada en otros tipos delictivos, aparte del robo en lugar habitado, no puede servir de base para estar en presencia de un solo tipo delictivo. Que, por otro lado, cada uno de los posibles delitos que podrían ser encuadrados de acuerdo a los hechos realizados por los imputados, tiene requisitos estrictos y definitorios.⁷⁰

Se puede extraer del texto, que la Corte juzga que los hechos realizados son meramente preparatorios puesto que no son unívocos en cuanto a su propósito delictivo, afirmación que representa justamente la propuesta de Carrara.

2.1.1.2. Teorías Objetivas

Las **teorías objetivas** en cambio, son aquellas que, prescindiendo de criterios subjetivos, tales como la representación, el propósito o plan del autor, buscan perfilar criterios materiales con los cuales distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos. Eso no implica, sin embargo, que estas teorías prescindan del dolo como elemento necesario para la imposición de la pena, sino que el dolo es tratado de manera independiente a la determinación del inicio de la tentativa.

La **teoría objetivo-formal** de Beling entiende que se da principio a la ejecución del delito cuando comienza la realización del verbo rector contenido en la descripción típica. Los actos ejecutivos por lo tanto, son aquellos que se correspondan con el comienzo de la acción típica. Los actos preparatorios en cambio son aquellos que no resultan subsumibles bajo el verbo rector contenido en la descripción típica del delito. Así en el delito de homicidio, no existe principio de ejecución sino desde que se da principio a matar a otra persona.⁷¹

⁷⁰ En similar sentido STC de CA Valparaíso, 17 de mayo de 2011, Rol 408-2011.

⁷¹ Cury (2005) p. 553.

Las virtudes de una teoría como la recién señalada, y que la hicieron merecedora de ser la fórmula predilecta de una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia tanto nacional como extranjera,⁷² es que en apariencia parece dar con la solución para la determinación del inicio de la tentativa de manera bastante definatoria y con completo respeto del principio de legalidad. Tómese la descripción del artículo 7º del CP, el cual dispone, como se recordará, que existirá tentativa desde que se dé principio de ejecución del crimen o simple delito. Una interpretación de la literalidad del precepto obliga a sostener que el principio de ejecución ocurre desde que se comienza a ejecutar el crimen o simple delito, cuestión que ha de estar determinada por el contenido de la descripción típica del delito específico, y en particular de la acción típica.

Sin embargo, a pesar de su limpieza técnica, esta teoría resulta deficiente desde varios puntos de vista. En primer lugar, presenta serias dificultades prácticas en los casos de delitos de realización instantánea, pues confunde lo que ha de entenderse por principio de ejecución, es decir, aquel momento que sirve de límite entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, y la consumación misma del delito. Pues, si de algo ha de servir un concepto como el de principio de ejecución, es el diferenciar entre el inicio de la tentativa y el inicio de la consumación del delito. En realidad, la utilización del concepto de principio de ejecución se vuelve banal si es que éste ha de ser identificado como el momento en que se da inicio a la consumación. En segundo lugar, y cuestión que ya se había mencionado tangencialmente, esta teoría implica una petición de principio, toda vez que da por probado – cuando se inicia la tentativa- justamente lo que se busca probar. En otras palabras, la teoría formal supone que la tentativa comienza con la realización de la acción típica, cuestión que no hace sino necesario preguntarse acerca de cuándo se ha dado comienzo a esa misma acción.⁷³ En tercer lugar, implicaría una restricción severa del ámbito de la tentativa al limitarla únicamente a aquellas acciones subsumibles bajo la acción típica, cuestión que implica dejar impune aquellos actos que precisamente por encontrarse en la frontera de la acción típica debiesen ser punidos.⁷⁴ Por último, esta teoría presentaría serias dificultades para ser aplicada en delitos de mera actividad, pues al no presentar éstos una diferenciación espacio temporal entre la acción ejecutada y el hecho típico -puesto que se

⁷² Para Trepát (1986) p. 157., dentro de los autores extranjeros que adoptaran la fórmula objetivo material es posible ubicar a Beling, Von Litz, M. E. Meyer, Cerezo, Anton Oneca, entre otros.

⁷³ En Mañalich (2004) p. 159., similar crítica en Trepát (1986)158.; y Garrido, (1984) p. 83.

⁷⁴ Politoff es de la opinión, que además una teoría objetivo-formal implicaría, dado su carácter restrictivo, una ampliación de la legislación que sanciona actos puramente preparatorios y además supondría impedir una intervención oportuna de los agentes del orden para evitar el comienzo inminente de la acción propiamente vulnerante Politoff (1999) pp. 191-195.

consuman precisamente con la realización de la actividad descrita en la norma-, bajo una fórmula objetivo-formal, ya principiar con la ejecución supondría su consumación.⁷⁵

Una mejor explicación, al menos en el ámbito de las teorías objetivas, es la que entregan las así llamadas **teorías objetivo-materiales**, las cuales sustentan la delimitación entre actos ejecutivos y preparatorios en criterios materiales, es decir, en cuestiones distintas a la realización del verbo nuclear contenido en la descripción típica.

La fórmula de Frank es quizás uno de los criterios de mayor acogida:

Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural.⁷⁶

Lo interesante de la fórmula de Frank es que permite extender el ámbito de los actos ejecutivos a acciones distintas de la realización del tipo. Sin embargo, los criterios aportados tales como necesaria conexión o como parte integrantes de ella, son lo suficientemente indeterminados como para hacerla inútil. En STC de la CS de 4 de enero de 2001, Rol 1654-2000, (cº1), explícitamente se reconoce esta teoría como el mecanismo más adecuado para determinar el umbral de inicio de la tentativa:

[Q]ue, como es de sobra sabido, el criterio con arreglo al cual establecer la diferencia entre actos meramente preparatorios (impunes) y ejecutivos (punibles ya como tentativa), ha sido extraordinariamente debatido tanto por la doctrina como por la práctica así nacional como comparada. Ciertamente, aun hoy no puede afirmarse que éste sea un terreno pacífico, pero al menos es verdad que existe un cierto compromiso en orden a aceptar el principio "regulativo" propuesto ya por Frank, con arreglo al cual son actos de ejecución no sólo aquellos que realizan "inmediatamente" la conducta descrita por el tipo consumativo correspondiente sino, además, los que "en virtud de su

⁷⁵ Esto podría ser rebatido si se entiende que en la tentativa es siempre un caso de error de hecho al revés, por lo que un sujeto podría ejecutar todos los hechos que estime necesarios para la realización del hecho, y aun así no llegar a consumir. Supóngase el siguiente ejemplo: A decidido a embagarse, ingiere una gran dosis de lo que él considera se trata de una bebida con alto nivel alcohólico. Sin embargo, el cantinero del lugar, preocupado por la seguridad vial, al observar que A llegó al lugar en su automóvil, le dio durante toda la jornada dosis de una bebida sin alcohol. A, creyendo encontrarse en estado de embriaguez conduce íntegramente su automóvil hasta su domicilio. El caso muestra cómo, el sujeto aun habiendo realizado todos los actos necesarios para la consumación, no realiza acción típica alguna.

⁷⁶ Trepal (1986) p. 163. Para Cury (2005) p. 554., empero, la fórmula de Frank ha de ser ubicada en el conjunto de las teorías mixtas.

necesaria conexión con la acción típica aparecen, para una concepción natural, como parte de ésta(...) Puesto que se trata, como se ha dicho, de un principio "regulativo", el expuesto no ofrece una solución matemática que precise sin residuos el punto de separación; como asimismo destacaba Frank, una fórmula así no existe ni existirá jamás, y un cierto margen de arbitrio judicial es inevitable. De todas maneras, su fórmula constituye un criterio de orientación firme que permite llegar a soluciones generalmente satisfactorias, sin perjuicio de la inevitable flexibilidad en los límites.

Para Cury el complemento de *natural* al que con más frecuencia se recurre es el de *peligro*. Serán actos ejecutivos entonces, aquellos actos han creado un peligro para el bien jurídico. A su juicio, este criterio tiene el problema que difumina las fronteras del tipo y la desvía a puntos de vista valorativos. Dígase además, que la noción de peligro hace confundir el principio de ejecución con la idoneidad de la tentativa.⁷⁷

Con todo, un importante sector de la doctrina recoge la noción de **peligro para el bien jurídico**⁷⁸ como el criterio gravitante para la delimitación. Ahora, el problema de esta fórmula es que en la tentativa el peligro va en aumento desde los actos preparatorios hasta la consumación, por lo que actos preparatorios lejanos pueden importar ya un peligro para el bien jurídico. Frente a ello, sus defensores postularon que el peligro debe reunir ciertas características como el de ser directo, serio, o bien una alta medida de peligro.⁷⁹ Para Mir Puig, una buena forma de precisar el momento en que existe una puesta en peligro para el bien jurídico consiste en la inmediatez temporal del acto, esto es, "*cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o de alguno de los elementos del tipo*".⁸⁰

En STC de CA Santiago, 28 octubre 2005, Rol 399-2005, (c°11), se reconoce explícitamente esta fórmula, en virtud de la cual se sentenció que el hurto-falta cometido en un establecimiento comercial no se encuentra consumado sino hasta que se abandone la esfera de resguardo del dueño, siendo cualquier acto anterior a este traspaso un acto preparatorio:

⁷⁷ Cury (2005) p. 555.

⁷⁸ Así por ejemplo Matus, Politoff y Ramirez (2003) p. 379

⁷⁹ Trepal (1986) p. 165.

⁸⁰ Mir Puig (1998) p. 338 y 339

[Q]ue, todo lo que se realice al interior del establecimiento de comercio sólo puede ser calificado como acto preparatorio. En efecto, se está frente a comportamientos que no pueden comprenderse dentro del tipo de hurto, por cuanto no suponen una puesta en peligro del bien jurídico propiedad

Esta fórmula, sin embargo presenta una serie de problemas: por un lado, simplemente desplaza el problema hacia la determinación de qué es lo que cuenta como un peligro *directo, serio o de alta medida*. Por otro lado, no sirve como criterio en aquellos casos en donde existen actos claramente ejecutivos pero que no son peligrosos, como la inyección de la primera dosis de veneno que debe ser reiterada varias veces para llegar a ser mortal.

Si bien las teorías objetivas neutralizaron los problemas de inseguridad jurídica que las fórmulas subjetivas suponían al hacer depender el inicio de la tentativa de la sola representación del sujeto, se les ha criticado pues no toman en cuenta el plan del autor, o la representación del autor, siendo que son estos elementos subjetivos los que precisamente permiten determinar la proximidad de los actos con la descripción típica específica que ha de tenerse en consideración.

2.1.1.3. Teorías Mixtas

Frente a las críticas recién reseñadas, se acudió a las así llamadas teorías mixtas, las cuales recurren tanto a criterios subjetivos como objetivos para la determinación del inicio de la tentativa, en particular la necesidad de tomar en cuenta la representación del sujeto para identificar el tipo delictivo específico respecto del cual debe compararse la actividad objetivamente incompleta de la tentativa.

Así, por ejemplo, la mencionada fórmula de Frank es completada con la perspectiva del plan del autor, por lo que la actividad será ejecutiva desde que para un observador objetivo que conoce el plan del autor aparece según la concepción natural como parte de la acción típica. Del mismo modo es completada la fórmula que identifica el principio de la tentativa con la puesta en peligro del bien

jurídico: existirá tentativa desde que la voluntad delictiva se ha manifestado en una acción que según el plan conjunto del autor comporta un peligro directo para el bien jurídico protegido.⁸¹

Quizás la mejor forma de las teorías mixtas se encuentra en la fórmula **objetivo- individual**, la que entiende que la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, inicia inmediatamente la realización del tipo.⁸² Esta fórmula permite precisar de mejor forma el umbral de la tentativa puesto que hace referencia al inicio inmediato de la realización del tipo, lo cual impide retrotraer el inicio de la tentativa a actos que aun sean lejanos al tipo, al mismo tiempo que toma en cuenta la representación del sujeto como criterio relevante para identificar el tipo específico a tomar en cuenta. Con todo, la referencia al plan del autor, resulta inconveniente pues, si bien incorpora la perspectiva del autor como la visión relevante para determinar el inicio de la tentativa, parece limitar la tentativa a delitos en que haya existido premeditación o al menos la elaboración de un plan para el desarrollo del mismo.

Con todo, es precisamente esta fórmula la que fue en buena parte recogida por el parágrafo 22 del Código Penal alemán con “§ 22. *Definición. Intenta un hecho punible quien, de acuerdo con su representación del hecho, se dispone inmediatamente la realización del tipo*”.⁸³ Como lo demuestra la definición dada por el StGB, el legislador alemán introdujo una innovación pues modificó la referencia al plan del autor sustituyéndola por la representación del hecho.

La definición dada por el StGB, si bien aporta precisión a la tarea de la determinación del inicio de la tentativa, ha sido objeto de diversas interpretaciones. Por un lado, se ha buscado precisar que ha de entenderse por *representación del hecho*. Según Trepát, la doctrina dominante en Alemania entiende que la representación del hecho por parte del autor determina la frontera entre tentativa y preparación, de modo que la delimitación dependerá de la representación de los hechos que tenga el agente, y no de un criterio objetivo.⁸⁴ Sin embargo, no hay acuerdo sobre cuál debe ser el criterio que debe determinar el momento que según la representación del autor, se da principio a la ejecución. Una visión subjetiva extrema señala que debe recurrirse, para determinar el inicio de la tentativa, únicamente a la representación del sujeto. Es decir, dependerá de que el sujeto se represente encontrarse en la situación de inicio, independiente de cuales sean los hechos efectivamente acaecidos. Se ha criticado esta

⁸¹ Trepát (1986) p. 170.

⁸² Welzel en Trepát (1986) p. 171.

⁸³ Código Penal Aleman. Traducido por Claudia López Díaz

⁸⁴ Trepát (1986) p. 175.

posición pues dejaría en manos del sujeto, y su subjetividad, la determinación del inicio, lo cual podría llevar a extremos. Una segunda interpretación entiende que el momento del inicio debe ser determinado desde la perspectiva de un espectador objetivo, que parte del plan del autor, pero juzga desde un punto de vista objetivo.⁸⁵

Por otro lado, la definición dada por la legislación alemana, ha generado controversias sobre lo que ha de entenderse por *dar principio inmediatamente a la realización del tipo*.⁸⁶ Por *realización del tipo* se ha entendido casi unánimemente como el comienzo de ejecución de la acción típica y en los delitos de varios actos, basta ya la primera acción típica.⁸⁷

Respecto a que se ha de entender por dar *principio inmediatamente* dentro de las principales interpretaciones, se encuentra la fórmula del “**vamos ya**”. Esta fórmula supone que el inicio de la tentativa tiene lugar una vez que, de acuerdo a la representación del agente, da el último “impulso de voluntad”. Se ha criticado esta fórmula en tanto fija el inicio de la tentativa en la subjetividad del autor de decidir ponerse a la ejecución, lo que comúnmente podría ocurrir en sede de actos preparatorios. Así, quien se dispone a matar a otro podría subjetivamente decidirse, en la forma de un “vamos ya”, ahora le doy muerte, pero aún le restan actos, como por ejemplo desenfundar el revolver.⁸⁸

Por otro lado, se ha procurado revitalizar la fórmula de Frank para interpretar la disposición legal, sin embargo tal como ya se ha mencionado, esta fórmula no es lo suficientemente precisa como para ser satisfactoria: la referencia a la “comprensión natural” para fijar qué cuenta como próximo al tipo, deja un margen suficientemente amplio para la imprecisión.⁸⁹

Por último, la teoría del **acto intermedio o parcial** busca superar la indeterminación de la fórmula de Frank al fijar el inicio de la tentativa en el último acto intermedio antes de la acción típica.⁹⁰ Esta teoría asume que la actividad del sujeto puede ser dividida en una serie de actos parciales y que sólo se dará inicio a la tentativa cuando no exista ningún acto intermedio más para la realización típica. La virtud de la fórmula del acto intermedio es que asume que la tentativa no puede ser limitada a la

⁸⁵ Trepát (1986) p. 176.

⁸⁶ Trepát (1986) p. 177 y ss.

⁸⁷ Trepát (1986) p. 177.

⁸⁸ Roxin (2004) p. 476.

⁸⁹ Roxin (2004) p. 477.; en similar sentido Trepát (1986) p. 179.

⁹⁰ Para Roxin (2004) p. 478), nota 150, Rudolph con su artículo en Jus 1973,20, puede ser considerado el fundador de la teoría del acto intermedio.

ejecución de acciones típicas, sino que se encuentra precisamente en sus fronteras, a la vez que entrega un criterio lo suficientemente claro para no caer en las confusiones de la fórmula de Frank.

Sin embargo, ha sido criticada por ser excesivamente rígida y porque haría depender el inicio de la tentativa de las peculiaridades que adopte la actividad del sujeto. Así, si el sujeto intenta robar con la mano un objeto que se encuentra al interior de un automóvil, se dará inicio a la tentativa desde que mete la mano a través de la ventana abierta, pero si decide auxiliarse recogiendo un bastón del suelo, se trataría aun de un acto preparatorio pues aún le queda un último acto parcial - el de ingresar el bastón- para comenzar a ejecutar la acción típica.⁹¹ En pos de flexibilizar la estructura rígida de la fórmula, los defensores de la teoría de los actos parciales exigen que únicamente no exista un *acto parcial esencial*.⁹² A pesar de ello, tal incorporación difumina el principal aporte de la teoría del acto intermedio, a saber, su precisión, pues introduce un elemento valorativo, como lo es el de determinar que cuenta como esencial y que no.

Con todo, la teoría de los actos parciales presenta otras dificultades. La acción ejecutiva no puede reducirse a una acción particularmente aislada, lo que la ley castiga es una continuidad de acciones, difícilmente fragmentables tal como lo pretende la teoría de los actos parciales. Lo anterior se ve reforzado en los casos en que la acción es ejecutada por quien está acostumbrado a llevarla a cabo, en donde la acción se presenta como un continuo, en cambio si fuese realizado por un inexperto cada acción resulta claramente fragmentable, cuestión que llevaría a que una misma conducta encuentre el umbral de la tentativa antes que la otra.⁹³

A modo de concretizar la teoría del acto intermedio y superar, en parte, las críticas recién reseñadas, se han diseñado directrices que facilitan la decisión, estas son, la *conexión temporal estricta* y la *incidencia sobre la esfera de la víctima*, las cuales deben concurrir conjuntamente.⁹⁴ Así, quien quiere robar algo al interior de un automóvil, e introduce la mano por una ventanilla abierta para

⁹¹ Roxin (2004) p. 449.

⁹² Roxin (2004) p. 449.

⁹³ Jakobs (1997) p. 883.

⁹⁴ Jakobs (1997) p. 884., añade además directrices negativas que deben orientar la decisión necesariamente, a saber: el comportamiento no constituye tentativa si no se aproxima a la consumación; y el comportamiento mediante el cual alguien salvaguarda sus derechos de modo socialmente usual o ejercita el uso común no constituye tentativa, a menos que su comportamiento sea ya la misma acción ejecutiva.

palpar, comete tentativa pues su acción se encuentra conectada temporalmente a la vez que existe entrometimiento en la esfera de la víctima.⁹⁵

2.1.2. Derecho Angloamericano

La cuestión sobre el inicio de la tentativa también ha sido discutida en el ámbito del derecho angloamericano, quienes han diseñado una serie de *tests* que buscan proveer la solución para el problema del inicio de la tentativa. A continuación se mostraran los principales *tests* que se han desarrollado en el derecho angloamericano.

2.1.2.1. Test del “primer acto”

Bajo este *test*, el inicio de la tentativa está marcado por cualquier acto realizado con el objetivo de llevar adelante una intención criminal. En otras palabras, en la medida que un acto sea realizado con una intención criminal debe ser reprimido, aun cuando el acto por sí mismo no importe infracción alguna.⁹⁶

Las razones que han justificado un *test* como éste son, por un lado, que la mera intención criminal es lo reprochable, de tal modo que el acto no es más que una evidencia del mismo; y por otro lado, que ya los primeros actos son perjudiciales para la comunidad, por lo que deben ser reprimidos desde sus inicios.

Sin embargo un test como este, siguiendo a Duff, resulta excesivamente amplio, poniendo en conflicto los intereses de la comunidad por la detección temprana de conductas criminales, con la libertad individual.⁹⁷ Al igual que las teorías subjetivas extremas, la amplitud del criterio puede llevar a castigar acciones demasiado alejadas del tipo, infringiendo no sólo el principio de legalidad sino que lesionando severamente los márgenes de libertad de los sujetos.

⁹⁵ Para un análisis de mayores concreciones, revítese Jakobs (1995) pp. 882-886.; Roxin (2004) pp. 479-481.

⁹⁶ Duff (1996) p. 35.

⁹⁷ Duff (1996) p. 37.

2.1.2.2. *Test del “último acto”*

A partir de una crítica del *test* del “primero acto”, se ha construido un *test* del “último acto”, el cual en resumen, postula que sólo los actos inmediatamente conectados con la comisión del delito constituyen tentativa, no así los que se encuentran “remotamente vinculados a la comisión”.⁹⁸

Para Duff lo atractivo de un *test* como éste es que se toma en serio la idea de que a aquellos que intentan cometer un delito, debe dárseles toda oportunidad para retirarse voluntariamente de la realización de su plan, y de ese modo eludir la responsabilidad criminal.⁹⁹ Esto, al menos en el contexto del derecho continental, parece confundir dos figuras distintas, pues el inicio de la tentativa no es dependiente de la posibilidad del desistimiento. Más bien el inicio de la tentativa se presenta como un presupuesto del desistimiento, pues antes del inicio de la tentativa no existe, lógicamente, una tentativa a ser abandonada o desistida. En todo caso, este *test* presenta como mayor virtud el hacer depender el inicio de la tentativa a una conexión directa con el tipo descrito en la norma, cuestión que resulta inevitable si se pretende cierto respeto con el principio de legalidad.

Con todo, este *test* falla, al igual que la fórmula objetivo-formal, en que es excesivamente estrecho, haciendo imposible en algunos casos distinguir el inicio de la tentativa de la consumación misma del delito.

2.1.2.3. *Test del “acto próximo”*

Se ha señalado también que para la punibilidad de la tentativa se requieren actos más allá de la mera preparación, lo que podría ser entendido como un acto próximo a la consumación. Sin embargo tal caracterización del inicio de la tentativa resulta tan inútil como la dada por el *test* del “último acto” a saber, actos inmediatamente conectados con la comisión del delito, toda vez que resulta difícil determinar que cuenta como próximo o inmediato.¹⁰⁰ Es dicha dificultad lo que ha impulsado la discusión jurisprudencial anglosajona para precisar que ha de entenderse por proximidad.

⁹⁸ Duff (1996) p. 42.

⁹⁹ Duff (1996) p. 41.

¹⁰⁰ Duff (1996) p. 42.

Uno de aquellos criterios utilizados para precisar el concepto de proximidad es el llamado “criterio de Stephen” (“*Stephens criterion*”), según el cual la tentativa requiere de un acto realizado con la intención de cometer un crimen y formando parte de una serie de actos que constituirían la actual comisión si no hubiese sido interrumpido.¹⁰¹

Otro *test* diseñado para explicar la proximidad es el llamado “desistimiento probable” (“*probable desistance*”). Bajo este *test*, la tentativa requiere una acción que demuestre inequívocamente que el agente cometería el crimen, si no fuese por la intervención de otra persona o cualquier otro factor externo; o actos que aparentemente proseguirían de acuerdo al curso normal de los eventos, si no fueren obstaculizados por causas externas a la comisión misma del crimen.¹⁰² En lo fundamental, esta precisión sobre el *test* del “acto próximo” permite condenar sólo a aquel agente que firmemente intentó cometer el crimen y al mismo tiempo absolver a quienes no se encontraban firmemente resueltos, de modo que podrían haberse desistido voluntariamente. El problema es que este *test* presenta cierta indeterminación, pues se podría llevar a estadios lejanos a la acción típica cuando la evidencia demuestre que el agente se encontraba firmemente resuelto a cometer el delito.

Por último, el juez Oliver Wendell Holmes diseñó el *test* de la “proximidad peligrosa” (“*dangerous proximity*”), cuya característica principal es que entiende que un acto da inicio a la tentativa si se encuentra peligrosamente próximo a la consumación. Se trata claro, de un *test* de corte objetivo, que supone que la tarea del derecho penal es prevenir únicamente ciertos actos externos. El grado de proximidad variará de acuerdo a las circunstancias del caso dependiendo de la cercanía con la el peligro o la intensidad del mismo.¹⁰³ Así, por ejemplo un sujeto cometerá tentativa cuando su comportamiento sea inminentemente peligroso. La peligrosidad por su parte consiste en los probables efectos de la conducta misma, es decir, en la probabilidad de que, no siendo interrumpida, complete su proyecto criminal. Con todo, lo importante es que la conducta aparente ser riesgosa, más que efectivamente lo sea.¹⁰⁴

¹⁰¹ Duff (1996) p. 44.

¹⁰² Duff (1996) p. 45.

¹⁰³ Duff (1996) p. 46.

¹⁰⁴ Duff (1996) p. 47.

2.1.2.4. Test del “acto univoco”

Según este *test*, un acto constituye tentativa si, por sí mismo, es suficiente evidencia de la intención criminal con la cual se realiza. La tarea del juez consiste, antes que todo, en determinar si el acto realizado por el sujeto, en su esfuerzo por consumir su propósito criminal, manifiesta inequívocamente su intención criminal según un observador medio.¹⁰⁵ En lo fundamental, el *test* funciona como un primer filtro para una condena por tentativa, pues ella dependerá de que el acto pueda ser interpretado, a partir únicamente de su naturaleza, como la ejecución de un propósito criminal. Solo luego de traspasado éste filtro es que puede venir en consideración la pregunta respecto de la intención del sujeto.

Si bien este *test* puede ser considerado una buena defensa contra falsos-culpables que el sistema pudiese producir, ya que se requerirá siempre que los actos, por su naturaleza misma resulten criminales, resulta por un lado, en extremo estricto, puesto que será necesario probar que el acto estaba destinado a un preciso propósito criminal, cuestión que resulta difícil de probar si se tiene en consideración el margen de posibilidades de actuación que un sujeto puede tener.¹⁰⁶ Sin embargo, por otro lado, el *test* resulta excesivamente amplio pues prescinde de cualquier relación de inmediatez del acto con la realización del tipo.

2.1.2.5. Test del “paso substancial”

Tomando en cuenta el carácter estricto del *test* anterior, se buscó construir uno que permitiera ampliar el margen de la punibilidad de la tentativa. Así, según el *test* del “paso substancial” solo aquellos actos que sean firmemente corroborativos del propósito criminal del agente, deben ser considerados constitutivos de tentativa. No se requiere por tanto, que el acto sea por sí mismo, independiente de otra evidencia, manifestación de un propósito criminal, sino que basta que a la luz de las circunstancias, el acto aporte significativo valor probatorio a cualquier evidencia de la existencia de un propósito criminal.

¹⁰⁵ Duff (1996) p. 49.

¹⁰⁶ Duff (1996) pp. 50-53.

Vale mencionar, que para este *test* lo relevante es el carácter peligroso del sujeto, lo que se halla en la firmeza de su propósito criminal. En este sentido, que alguien realice pasos sustanciales hacia la consumación o bien manifieste mediante actos, su firme compromiso con su propósito criminal, evidencia su peligrosidad como individuo, independientemente de que tan cerca o lejos se encuentre de la consumación.¹⁰⁷

Claro, el problema es qué cuenta como “paso substancial”, es abiertamente indefinido. En este sentido se ha sostenido que actos que cotidianamente identificamos como preparatorios podrían prestarse para ser interpretados como actos de tentativa.¹⁰⁸ Así por ejemplo, quien adquiere los materiales necesarios para la realización de un delito, podría ser considerado autor de una tentativa en la medida que sean corroborativos de su intención criminal.

2.1.2.6. “Más que Meramente Preparatorios”¹⁰⁹

Por último, este *test* establece que un acto constituye tentativa únicamente cuando sea más que meramente preparatorio para la comisión de un delito. Ha modo de precisar la fórmula, la jurisprudencia anglosajona a interpretado que un acto es “más que meramente preparatorio”, cuando el sujeto se ha “embarcado en” o se encuentra en el “proceso de comisión” de un delito.¹¹⁰

Si bien el *test* reconoce correctamente la distinción lógica que separa a ambas etapas, cuestión que resulta fundamental para una comprensión de la tentativa en tanto infracción del deber comprendido en la norma de comportamiento respectiva, es insuficiente como *test*, toda vez que resulta excesivamente amplio para la determinación del inicio de la tentativa en los casos concretos. Y es que, un *test* debe aportar mayor nivel de precisión que la pura distinción lógica que separa los actos preparatorios - de la tentativa. Las precisiones dadas por la jurisprudencia, si bien ayudan en la clarificación del concepto, aún son excesivamente ambiguas para aportar un criterio preciso para la delimitación del inicio de la tentativa.

¹⁰⁷ Duff (1996) p. 54.

¹⁰⁸ Duff (1996) p. 57.

¹⁰⁹ Esta *test* se encuentra consagrado en la Ley de Tentativas Criminales 1981 (CAA, por sus siglas en ingles) en su Sección 1

(1)

¹¹⁰ Duff (1996) p. 60.

2.2. Balance parcial

El análisis de las diversas fórmulas arriba revisadas permite realizar un balance general del panorama teórico sobre el inicio de la tentativa. En ambas corrientes jurídicas el problema sobre el inicio de la tentativa presenta similares problemas. En general dichos problemas han estado referidos a la estrechez de la fórmula o por el contrario, a su excesiva amplitud. Con todo, la multiplicidad de fórmulas está fuertemente determinada por la justificación sobre la punibilidad de la tentativa a que adhiere su autor.

Ahora bien, ambas corrientes presentan ciertas peculiaridades que las distinguen. En el caso del derecho continental la discusión ha oscilado entre las variantes subjetivas que ponen el acento en la intención criminal del sujeto; las variantes objetivas que se centran en criterios materiales; y para en el último tiempo construir criterios que buscan conjugar ambos criterios con el objetivo de hacer cada vez más precisa la determinación de un umbral que a ratos se antoja casi invisible. En el caso angloamericano, si bien se han presentado similares oscilaciones, estas se han fundado en la prevalencia del interés general de la comunidad o de la libertad personal. Ejemplo de ello es que, buena parte de las fórmulas problematizan el tipo de prueba que puede ser presentada para acreditar la tentativa en el proceso penal. En otras palabras, los *tests* no solo plantean cual es el umbral que debe ser traspasado para estar en presencia de una tentativa, sino que también establecen los medios probatorios o su valor, a través de los cuales debe acreditarse un acto constitutivo de tentativa. Así, por ejemplo en el caso de la univocidad, el juez debe determinar si el acto por sí solo manifiesta inequívocamente la intención criminal del sujeto, según un observador medio.

Por otro lado, buena parte de la discusión angloamericana ha estado condicionada la discusión acerca de la facultad de la policía para intervenir en etapas previas al delito. Así por ejemplo, a los *tests* más estrictos, a saber, aquellos donde el inicio de la tentativa se encuentra estrechamente vinculado a la consumación del delito respectivo, se les ha criticado en cuanto supondrían una restricción a la facultad de la policía de prevenir ciertas conductas delictuales de manera anticipada, puesto que no habiendo tentativa, la policía no podría intervenir en la represión del acto. Sin embargo, la vinculación entre el inicio de la tentativa y las facultades policiales para intervenir en etapas anteriores a la consumación, supone un error categorial, toda vez que se trata de normas por completo diferentes: la determinación del inicio de la tentativa está determinado por las normas de comportamiento dispuestas en la parte general, mientras que las facultades preventivas de la policía se encuentran establecidas en las normas de comportamiento que autorizan u ordenan la ejecución de conductas orientadas a la prevención de

sucesos lesivos.¹¹¹ En consecuencia, las limitaciones a las facultades preventivas de la policía al ámbito de la tentativa consisten en una relación puramente contingente.

Con todo, la evolución de ambas corrientes ha demostrado el valor fundamental de los ejemplos concretos para la construcción del umbral. Pues si bien se trata de un problema propio de la Parte General, su delimitación requiere un ir y venir constante hacia los tipos de la Parte Especial, que hagan operativa una fórmula en la solución coherente de casos.

¹¹¹ Mañalich (2006) p.674.

3. EL INICIO DE LA TENTATIVA EN LA DISCUSIÓN DOCTRINAL CHILENA

Si bien el problema sobre la demarcación del inicio de la tentativa es uno que se encuentra fuertemente ligado a las comprensiones particulares sobre los fundamentos de la punibilidad de la tentativa y en general sobre el fin de la pena, como se señalaba al principio, en la discusión nacional el problema también ha estado fuertemente marcado por la interpretación del texto del artículo 7° del CP, en particular sobre qué se ha de entender por *principio de ejecución* y por *hechos directos*. En verdad, si se pretende ser fiel con el principio de legalidad, la determinación del inicio de la tentativa debe estar referida necesariamente a la regulación legal pertinente. Sin embargo, de la escueta y antigua regulación del artículo 7 del CP, resulta complejo construir una teoría basándose únicamente en el texto legal. Por ello es que la construcción del umbral del inicio de la tentativa estará influenciada fuertemente por consideraciones de otra índole, tales como los fines de la pena o incluso de política-criminal.¹¹²

La generalidad de la doctrina está de acuerdo en que la tentativa requiere siempre un acto, no siendo punible los meros pensamientos o resoluciones a excepción de los casos expresamente contemplados en la ley.¹¹³ Esto se deduce ya del mismo texto de la ley, como de la necesidad de resguardar ciertas esferas de autonomía del sujeto. Las divergencias por tanto, comienzan en la identificación de las marcas características del acto que da inicio a la tentativa, u ocupando la terminología tradicional, las características de los actos ejecutivos frente a los actos preparatorios.

3.1. Gustavo Labatut

Para **Labatut**, la demarcación entre actos preparatorios, a saber *“aquellos actos preliminares que únicamente en la siquis del hechor se vinculan a la comisión de un delito, por cuanto se relacionan con*

¹¹² Así por ejemplo, Etcheverry quien admite que la línea divisoria entre actos ejecutivos y preparatorios es un problema de política criminal, de equilibrio entre las necesidades sociales, por una parte y el principio moral de impunidad de las solas intenciones por otra. Para Cury la delimitación está fuertemente marcada por su inclinación finalista. Véase para todos en Politoff (1999) pp. 190 y 191.

¹¹³ Véase nota n° 3

él solo de forma mediata e indirecta”¹¹⁴ y actos ejecutivos, encuentra su mejor demarcación en las formulas dadas por la teoría objetivo-formal. En este sentido, la determinación del principio de la tentativa se encuentra dada por el comienzo de la realización del verbo rector descrito en el tipo respectivo. A juicio del autor el principio de ejecución de un delito debe resolverse con criterio objetivo, teniendo como referencia en cada caso concreto a la actividad a que alude el verbo rector del tipo principal.¹¹⁵ Con todo, no prescinde absolutamente de los aspectos subjetivos de la tentativa, al reconocer al dolo una función indiciaria del fin perseguido.¹¹⁶

Ahora, según Labatut no basta con lo anterior sino que se requiere que la actividad sea adecuada al fin delictivo. Aquello se derivaría de la ley misma, que requiere hechos directamente encaminados a la obtención del propósito perseguido. La tarea entonces consiste en determinar si la acción poseía aptitud causal para alcanzar el propósito deseado.

Esto último es más bien un criterio sobre la delimitación entre la tentativa inidónea y la tentativa idónea, cuestión que debiese ser una problematización por completo independiente respecto a la cuestión sobre el inicio de la tentativa, pues sea la tentativa idónea o inidónea, necesitará en todo caso de un criterio de delimitación para demarcar su inicio. Con todo respecto de la posición adoptada por Labatut, es suficiente remitirse a las críticas ya formuladas a las teorías objetivo-formales. A pesar de ello, jurisprudencia reciente aun hace referencia a este autor para justificar sus decisiones.¹¹⁷

3.2. Eduardo Novoa

Para **Novoa**, la tentativa, en tanto dispositivo amplificador del tipo, requiere una exteriorización del propósito delictivo en conjunto con la realización de actos encaminados a su perpetración que sean aptos para la consumación del fin propuesto. La posición de Novoa, por tanto, toma en cuenta dos aspectos: por un lado se requiere la exteriorización del propósito delictivo, el que debe adoptar la forma de una determinada acción, y por otro lado esta acción debe estar dirigida a realizar el fin y debe ser

¹¹⁴ Labatut (1963) p. 180.

¹¹⁵ Labatut (1963) p. 185.

¹¹⁶ Labatut (1963) p. 185.

¹¹⁷ Véase por ejemplo en STC de C.A. de la Serena, 17 de noviembre de 2006, Rol 321-2006, (c°3); STC de C.A de Arica, 29 de diciembre de 2003, Rol 150-2003, (c°4°); STC de C.A de Valparaíso, 17 de mayo de 2011, Rol 408-2011, (c°4).

apta. La aptitud de la acción estará dada por su capacidad para la plena realización del hecho típico,¹¹⁸ lo que no es otra cosa sino la exclusión de la punibilidad de la tentativa inidónea, en tanto de ella no es posible extraer una desobediencia a las normas ni se pone en peligro el bien jurídico protegido por la ley.¹¹⁹

Además de los requisitos recién señalados (propósito delictivo exteriorizado y una actividad apta para la realización del tipo), se requiere para estar en presencia de una tentativa, una actividad material que sea divisible, es decir que pueda ser cumplida en distintos momentos; la no consumación del tipo delictivo; y la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo.¹²⁰

En verdad, se trata de una fórmula que resulta bastante imprecisa para fijar un umbral, puesto que no entrega criterio alguno para determinar que cuenta como “actos encaminados” a realizar el fin delictivo, de forma que actos sumamente alejados de la realización del tipo pueden ser considerado actos de tentativa. Tal obstáculo pretende ser superado mediante el requisito de que los actos deben ser aptos por sí mismos para la realización del tipo, cuestión que no es de gran ayuda puesto desde el punto de vista de la estructura de la tentativa, todas las tentativas son precisamente inaptas para alcanzar el tipo, de ahí su carácter de comportamientos imperfectos o parasitarios respecto del delito consumado.

Con todo, no se debe desechar por completo la formulación de Novoa, pues contiene un punto que resulta de máxima importancia en el contexto de la tentativa inacabada, esto es, la necesidad de resolución o la presencia de un propósito delictivo. Lo interesante en la formulación de Novoa es que diferencia expresamente la resolución al hecho, por un lado, del dolo, por otro:

[P]or consiguiente, la resolución o propósito delictivo- más bien, de realizar un hecho típico- necesaria para la tentativa no puede ser confundida con el dolo; ese elemento subjetivo no es otra cosa que uno de aquellos que la doctrina conoce como elementos subjetivos del tipo.¹²¹

¹¹⁸ Novoa (2005) p. 119.

¹¹⁹ Novoa (1963) p. 39.

¹²⁰ Novoa (1963) p. 39 y 40.

¹²¹ Novoa (1963) p. 33.

Sin embargo, no queda del todo claro si la resolución debe ser entendida como una intensificación del dolo en la forma en que sería necesario un dolo de propósito en toda tentativa o se está refiriendo a una especie elemento interno trascendente.

Respecto de la faz subjetiva de la tentativa, Novoa no tiene mayores problemas en afirmar la posibilidad de la tentativa con dolo eventual.¹²²

3.3. Sergio Politoff

Politoff considera que ninguna de las fórmulas tomadas en su forma pura acierta con precisión en la determinación del umbral de inicio de la tentativa. Con todo, cualquier elección de criterio debe ser necesariamente coherente con el fundamento de la punibilidad de la tentativa. En este sentido, siendo para Politoff el fundamento de la punibilidad de la tentativa la puesta en peligro de bienes jurídicos, el criterio principal debe ser uno objetivo. Sin embargo, siendo consciente de la serie de deficiencias de la tradicional fórmula objetivo-formal, es de la idea de que el criterio de delimitación debe estar dado por la combinación de dos factores: a) una necesaria unidad natural de los actos realizados con la acción descrita en el tipo legal y; b) una peligrosidad objetiva para el bien jurídico tutelado.¹²³

De todas formas, no puede prescindirse de la perspectiva del autor, pues es ella la que permitirá en definitiva distinguir si en el caso concreto se trata de un acto preparatorio o ejecutivo, toda vez que la adecuación causal de los actos sólo podrá conjeturarse si se toma en cuenta la dirección en que apuntaban los actos. Sin embargo, la perspectiva del autor no estará dada por el agente en cuestión, sino que debe ser construida a partir del punto de vista de un observador objetivo. De lo anterior Politoff construye el siguiente criterio:

[S]e requiere una vinculación natural y necesaria de los actos con la acción descrita en el tipo legal; idoneidad causal; univocidad objetiva y peligro inminente para el bien

¹²² Novoa (2005) pp. 126 y 127.

¹²³ Politoff (1999) p. 197.

jurídico, todo ello juzgado por un tercero observador objetivo que, debidamente informado acerca de los hechos, pueda situarse ex ante con arreglo a la experiencia.¹²⁴

En casi iguales términos se pronuncia **Matus** para quien la regulación de la tentativa en el CP recoge una fórmula objetivo-material, por lo que el inicio de la tentativa se corresponderá con “*la realización del plan del autor representa, para un tercero imparcial, un peligro para un bien jurídico concreto, ejecutado mediante hechos directos, esto es objetivamente idóneos para causar el resultado típico*”.¹²⁵

Los problemas de una fórmula como la de Politoff, Ramírez y Matus, al menos bajo las razones más arriba esbozadas, es que, si se entiende que la punibilidad de la tentativa se justifica por ser una infracción performativamente imperfecta de un deber de comportamiento, ésta requiere ser evaluada siempre desde la perspectiva del autor. Pues es su representación la que configura la oportunidad en que la norma debe fungir como razón para la acción. Por otro lado, el excesivo subjetivismo de una noción que soporta todo el peso de la tentativa en la representación del autor, es compensado si se entiende que el dolo es probado mediante juicios objetivos de atribución de conocimiento, tal como se señaló más arriba. Lo anterior implica que las referencias a un tercero objetivo o la necesidad de que se trate de hechos objetivamente idóneos, son en realidad problemas acerca del dolo.

3.4. Alfredo Etcheberry

Para Etcheberry, la fórmula contemplada en el CP se refiere a la materialidad del delito intentado, más que a la exteriorización inequívoca de una voluntad delictiva.¹²⁶ Sin embargo, no es posible construir una distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos atendiendo a algún aspecto esencial de cada uno de ellos, esto pues, a juicio del autor el momento en que debe detenerse la protección penal es un problema práctico, de política criminal, que debe equilibrar e las necesidades sociales, por una

¹²⁴ Politoff (1999) p. 199.

¹²⁵ Matus, Politoff y Ramírez (2003) p. 379.

¹²⁶ Etcheberry (1999) p. 60

parte, y el principio moral de impunidad de las solas intenciones por otra.¹²⁷ Con todo, el autor plantea una serie de consideraciones a tener en cuenta para trazar la línea entre unos y otros:¹²⁸

- a) En primer lugar, la voluntad finalista que dirige los actos permitirá distinguir hacia donde se encontraban dirigidos los actos realizados.
- b) En segundo lugar, han de tenerse a la vista las exigencias de la figura legal principal, es decir el delito tipificado en la ley, y respecto del cual la tentativa es dependiente, puesto que la demarcación entre actos preparatorios variará dependiendo por ejemplo de si se trata de un delito formal o uno material.
- c) En tercer lugar la virtud causal de los actos, la cual ha de apreciarse según la previsibilidad objetiva del resultado desde una perspectiva ex ante.
- d) Por último los hechos deben ser idóneos para la obtención del resultado, lo cual ha de evaluarse de igual modo que la consideración anterior, a saber, de acuerdo a la previsibilidad objetiva del resultado a partir del momento y circunstancias en que el acto se realiza.

El problema de la propuesta del autor, es que por un lado mezcla conceptos que deben ser diferenciados. Mientras que a) y b) se refieren al dolo requerido y a la exigencia de una conducta que se corresponda con el tipo específico; c) y d) son consideraciones propias de la problematización de la tentativa inidónea.

Ahora, si bien las consideraciones planteadas por el autor son solo directrices, son excesivamente amplias para trazar un límite claro para el inicio de la tentativa. Vale decir además, que de acuerdo a el marco teórico esbozado al inicio, la virtud causal de los actos relevante es únicamente aquella que el sujeto se haya representado, siendo indiferente la previsibilidad objetiva desde un perspectiva ex ante.

Respecto del **elemento subjetivo**, Etcheverry considera que se requiere que el sujeto se represente el resultado, con cualquier grado de probabilidad. Pero además se requiere propósito dirigido a la obtención y motivación normal. Es decir, la tentativa punible requiere siempre de dolo directo. Esto en cuanto el texto legal exige hechos directo, lo que ha de entenderse como dirigidos hacia el resultado.¹²⁹

¹²⁷ Etcheberry (1999) p. 61.

¹²⁸ Etcheberry (1999) pp. 61-63.

¹²⁹ Etcheberry (1999) p. 64.

Más allá de una razón de texto, Etcheberry excluye la posibilidad de tentativa con dolo eventual, dado que ésta se caracteriza por estar dirigida a un determinado objetivo, lo que es incompatible con el dolo eventual en su formulación como “*mera aceptación de la posibilidad*”.¹³⁰

3.5. Jorge Mera

Jorge Mera, en su comentario al artículo 7º del Código Penal, luego de hacer un pequeño recorrido por las posiciones adoptadas por los principales autores nacionales, es del parecer que la fórmula contemplada en el Código debe ser interpretada desde una perspectiva objetivo-formal, es decir, que sólo existe un principio de ejecución desde que se da inicio a la acción típica:

Creemos que la fórmula del Código chileno tocante al principio de ejecución dice relación con la acción típica, por lo que el respeto del principio de legalidad impide, a nuestro juicio, que se consideren como actos ejecutivos de tentativa, acciones que, aunque idóneas y encaminadas claramente a la consumación del delito, no constituyen propiamente un principio de ejecución.¹³¹

Más allá de las críticas ya reseñadas a las teorías objetivo-formales, la fórmula asumida por Mera como criterio de delimitación resulta por varias razones deficiente. Por un lado la doble significación del fragmento “hechos directos” no sólo como actos idóneos sino que también como actos directamente encaminados a la concreción del delito, hace de la utilización de un argumento de interpretación gramatical del artículo 7º defectuoso, precisamente por dar dos significados distintos a una misma frase. Pero por sobre todo, la interpretación dada por Mera falla en que confunde la necesidad de un principio de ejecución con que esa ejecución sea respecto de la acción descrita en el tipo. Y el punto pareciera ser que de ser así (de sólo existir principio de ejecución cuando se da inicio a la acción típica), la cuestión se vuelve aún más confusa. Por ejemplo, cómo delimitar la tentativa del delito consumado de homicidio: Bajo esta fórmula se está en presencia de una tentativa de homicidio cuando se ha dado comienzo a la acción “matar a otro”, lo que deja una serie de interrogantes, pues qué cuenta como comienzo del verbo rector es sumamente obscuro.

¹³⁰ Etcheberry (1999) p. 64.

¹³¹ Mera (2011) p. 145.

Si bien Mera reseña cuáles han sido las posturas más relevantes respecto del tipo de dolo necesario en la tentativa, no toma partido por ninguna de ellas, ni desarrolla una postura personal al respecto.

Por último, queda una cuestión bastante interesante, -y no porque lo trate correctamente-, que es necesario resaltar. El autor señala que quien se representa equivocadamente que ha realizado todos los hechos necesarios para la consumación del delito comete tentativa, mas no delito frustrado, toda vez que dicha representación es errónea, en la forma de un error de tipo al revés, es impune en nuestro sistema. Lo interesante, más allá de su comprensión sobre el límite entre tentativa y delito frustrado, es la mención tangencial al error de tipo al revés. Pues lo que precisamente justifica la punición de la tentativa, como ya se mencionó al inicio, es la determinación de llevar adelante un curso de acción a pesar de que, bajo la representación del autor, ésta debiese ser omitida si es que el autor actuase fielmente a derecho. Es decir, es este error de tipo al revés el que en el caso de la tentativa fundamenta el injusto, a diferencia de un error de tipo “al derecho”, en cuanto errónea representación de las circunstancias del hecho que excluye el dolo, y en definitiva excluye el injusto.

Sólo para obtener mayor claridad, supongamos el caso en que un sujeto se representa equivocadamente que lo que tiene a *en la mira* es su más profundo enemigo, cuando en realidad se trata de un espantapájaros. El caso supone un error de tipo al revés, porque bajo la representación del autor, este se supone estar instanciando las circunstancias que de ser llevadas a cabo configurarían un acto subsumible bajo el tipo de homicidio.

Tradicionalmente, esta particular estructura, la del error de tipo al revés, ha sido utilizada para dar cuenta de la forma de la tentativa inidónea, que en general, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, ha sido considerada impune. En lo fundamental, puesto que una problematización de la tentativa inidónea escapa a las pretensiones de este trabajo, es necesario señalar que precisamente la estructura recién señalada, es la que caracteriza a toda tentativa. Esto resulta de la mayor importancia, pues da cuenta que es el déficit de conocimiento sobre las circunstancias fácticas el que da origen y justifica al mismo tiempo la punibilidad de la tentativa.

3.6. Mario Garrido

Garrido, como la mayoría de los autores, sostiene que en la tentativa es posible identificar dos elementos, una parte objetiva y una parte subjetiva.¹³² Respecto de la faz objetiva, Garrido discute la utilidad de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues entiende que son una distorsión de la forma en que actúa el reproche penal:

[I]ntentar no es realizar actos de naturaleza ejecutiva; se puede comenzar a delinquir con comportamientos que, aunque no de índole ejecutiva, van dirigidos directa y específicamente a alcanzar la mete delictiva propuesta; se puede entonces, iniciar la comisión de un delito con actos calificados de preparatorios.¹³³

Para agregar más adelante:

[N]o se trata de establecer entonces que actos son preparatorios en verdad sino de un sistema que permite diferenciar aquello que constituye tentativa de aquello que no lo es, pues la circunstancia que revele el propósito delictivo y tenga aptitud para alcanzar ese propósito, es algo más amplio que la de acto preparatorio.¹³⁴

En verdad, para Garrido, el elemento objetivo de la tentativa debe determinarse según las expresiones que emplea el artículo 7 del CP, el cual a su juicio recoge una noción subjetiva del inicio de la tentativa, puesto que esta comienza desde que el autor realiza una actividad inmediatamente vinculada a la consumación del tipo penal de acuerdo con el plan del autor.¹³⁵

En tanto la determinación del inicio de la tentativa, señala el autor, debe estar referida a la regulación legal correspondiente, la tarea se encuentra en la interpretación de los términos del artículo 7 del CP. Así, por *principiar a ejecutar el delito* ha de entenderse un hecho, lo que excluye por tanto los meros pensamientos, procesos volitivos o resoluciones. Por *hechos directos* por su parte, debe entenderse que son aquellos que clara e inequívocamente, conforme con la visión de la

¹³² Garrido (1984) p. 106 y ss.

¹³³ Garrido (1984) p. 89.

¹³⁴ Garrido (1984) p. 115.

¹³⁵ Antolisei en Garrido (1984) p. 113.

autor y a las circunstancias objetivas en que se llevaron a cabo, aparezcan dirigidas a la obtención del resultado injusto.¹³⁶

A su vez, los hechos directos deben reunir dos características:

- a) Inequivocos: los hechos deben ser tales que conforme a la visión y proyecto del autor aparezcan dirigidos a la consumación del delito, teniendo en cuenta también las demás circunstancias objetivas concurrentes. El acto debe ser revelador del propósito delictivo.¹³⁷
- b) Idóneos: los hechos a imputar deben ser potencialmente adecuados para el delito desde una perspectiva ex ante. Es decir, desde la posición del autor del delito antes del desencadenamiento del curso casual, los hechos deben parecer adecuados respecto del resultado al que se dirigían. Sin embargo, la posición ex ante que ha de adoptarse es la del hombre medio, a la cual ha de añadirse los conocimientos especiales que el autor hubiese tenido.¹³⁸

Lo interesante de la propuesta de Garrido es que toma en cuenta el plan del autor para la determinación del inicio de la tentativa, integrando elementos subjetivos a la fórmula. Sin embargo, atenúa la referencia a la representación del autor, al requerir que los actos sean idóneos de acuerdo a la posición ex ante de un hombre medio.

Respecto del **elemento subjetivo**, Garrido señala que es el mismo que el requerido en el delito consumado, tanto cuantitativa como cualitativamente. Sobre la polémica cuestión de la posibilidad de dolo eventual en la tentativa, Garrido es de la idea de que no hay problemas para que se dé tentativa con dolo eventual. Para el derecho penal, según el autor, lo relevante es que el sujeto haya previsto las consecuencias, de modo tal que se puede intentar todo aquello que se quiera materializar, aun como posibilidad. De la mayor parte de los actos realizados por el agente, solamente la meta se aspira.¹³⁹

¹³⁶ En STC de CA de Concepción, 10 de junio de 2016, Rol 398-2016, (e°16) se recoge la propuesta de Garrido: “advirtiendo que para el legislador el plan del autor es de relevancia para la determinación del inicio de la ejecución del delito, lo cual queda de manifiesto en el artículo 7° del Código Penal, con las expresiones ‘cuando el culpable da principio...’ y ‘cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario...’”

¹³⁷ Garrido (1984) p. 120.

¹³⁸ Garrido (1984) pp. 120-123.

¹³⁹ Garrido (1984) p. 134.

3.7. Enrique Cury

Por último, para Cury, el problema del inicio de la tentativa es uno que ha de ser resuelto en referencia a la parte especial. Esto pues el autor considera, que la tentativa es un tipo subordinado al tipo consumado especificado en la parte especial, ya que sólo adquiere sentido en la medida que es conectada con la figura consumada.¹⁴⁰ Sin embargo, esto no significa que la tentativa consagre una mera extensión de punibilidad, pues si bien se vale formalmente de la descripción del delito consumado, la tentativa “goza de autonomía sustancial porque, sirviéndose de este mecanismo, traza la descripción de una conducta diferente, con contenido de injusto propio y límites precisos”.¹⁴¹ Se trata por tanto, de una subordinación meramente formal, siendo la tentativa un delito distinto del consumado, aunque su tipicidad se determine a través de un reenvío al mismo.

El problema sin embargo, según Cury, es que la delimitación de la tentativa no puede ser fijada únicamente en referencia al tipo consumado, tal como lo hace la fórmula de la teoría objetivo-formal, puesto que la actividad ejecutiva puede asumir múltiples variantes que dependerán de la forma en que el sujeto se haya propuesto consumir. Y este es precisamente el aporte de una teoría subjetivo-limitada,¹⁴² la cual se “hace cargo de esos factores que modelan el proceso fáctico en que consiste el delito y que se encuentra implícito en el esquema normativo proporcionado por el tipo”.¹⁴³ Estos factores son, en el contexto de una teoría subjetivo-limitada, el conjunto de maniobras tenidas a la vista por el autor con el objetivo de lograr consumir el delito, en otras palabras, el *plan del autor* diseñado para alcanzar la consumación. Es este plan del autor, el que juicio de Cury, resulta fundamental, ya que permite precisar cuál ha de ser el delito consumado respecto del cual se ha de comparar la acción realizada por el autor, o si incluso ha de venir delito alguno en consideración. Supóngase el siguiente ejemplo: A da una pequeña dosis de veneno a B, que sólo en caso de que sea reiterada en cinco dosis más puede llegar a ser mortal. Según una teoría subjetivo-limitada, sólo en la medida en que se tenga a la vista el plan del autor, podrá determinarse si la acción de A cuenta como un acto ejecutivo. Así, si A sólo tenía por objeto comprobar el efecto de tan solo una dosis en el cuerpo de B, lo realizado por A en

¹⁴⁰ Cury (1977) p. 26.

¹⁴¹ Cury (1977) p. 27.

¹⁴² Como ya se mencionaba más arriba una teoría subjetiva limitada o también conocida como objetivo-individual, utiliza el plan del autor como criterio determinante para fijar el umbral del inicio de la tentativa, a la vez que introduce elementos objetivos tales como la inmediatez con la realización del tipo delictivo. Así, la fórmula propuesta por Welzel “la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo”.

¹⁴³ Cury (1977) p. 64.

caso alguno configuraría una tentativa de homicidio. En cambio, si bajo el plan de A, la dosis dada a B era la primera de cinco dosis a dar en ocasiones consecutivas, la acción de A cuenta claramente como una tentativa de homicidio. Si se prescindiese del plan del autor, no podría identificarse cuál sería el específico delito consumado que el autor quería alcanzar, toda vez que la tentativa, en tanto acción incompleta, no sería capaz de demostrar el tipo de la parte especial con el cual es necesario completar la tentativa.

Con todo, a juicio de Cury, si bien la tentativa está determinada por el plan de realización elaborado por el agente, se requiere en todo caso que se haya iniciado objetivamente la forma de ejecución de la acción descrita por el tipo del delito consumado que corresponde al modo de realización planeado por él.¹⁴⁴

En apoyo de lo sostenido por Cury en STC de CS, 29 de noviembre de 1999, Rol 3425-1999, la Corte condicionó la existencia de la tentativa, a la presencia de un plan del autor que permita descifrar la dirección de los actos realizados por el agente. Los hechos son los siguientes, (cº9):

[Q]ue, en consecuencia, la pregunta central que debe formularse se refiere a si la conducta antes mencionada, consistente en la frotación del pene sobre la vagina de la menor, causándole erosiones menores en la vulva y congestión en el introito, sin penetración, habiendo eyaculado el sujeto, corresponde a una hipótesis de violación consumada, frustrada o tentada o, incluso, a un delito contra la libertad sexual diverso, como el abuso sexual;

La Corte de hecho, crítica la posibilidad de identificar la existencia de una tentativa a partir de una fórmula objetivo-formal:

[E]n consecuencia, la actividad física relacionada con el verbo rector no sólo es lógicamente inconcebible -comenzar a matar, comenzar a lesionar o comenzar a abortar-, sino que poco o nada tiene que ver con el principio de ejecución. Este se refiere a un conjunto de conductas directamente encaminadas a consumir el delito, esto es, a matar o, en este caso, a acceder carnalmente, pero que en puridad no consisten en matar o en acceder carnalmente. Es por ello que el desvestir a una mujer puede

¹⁴⁴ Con esto Cury (1977) p. 67., rechaza las teorías subjetivas-limitadas que fijan el inicio de la tentativa de acuerdo a la “representación del autor de encontrarse o no en una situación de amenaza directa del bien jurídico, o en el punto inicial de una cadena causal, devanada conforme al plan”

constituir un delito de violación en grado de tentativa, aunque físicamente no se haya iniciado el acceso carnal.

Las dificultades de las formulas objetivo-formales, a juicio de la Corte, en correspondencia con lo señalado por Cury, se ven superadas si se recurre a elementos subjetivos presentes en el caso:

[D]e esta forma, es sólo el plano subjetivo el que permitirá establecer si la conducta de desvestir a una mujer contra su voluntad es únicamente un caso de abuso sexual o el inicio de un camino dirigido al acceso carnal contemplado en el artículo 361 del Código Penal. Las propias tocaciones forzadas con las manos en la zona genital de una mujer pueden considerarse como un delito de abuso sexual consumado o como un delito tentado o frustrado de violación. Se tratará, por ejemplo, del primer caso si exámenes psicológicos demuestran que el sujeto padece de una extraña enfermedad mental que se manifiesta en una sostenida y constante aversión al acto de la penetración; se tratará del segundo si investigaciones efectuadas en relación a otras víctimas que sí fueron víctimas de una violación consumada, demuestran un patrón de conducta en la que tales tocaciones son empleadas por el sujeto como un "ritual" inmediatamente previo a un acceso carnal violento. Así, la mera conducta externa puede coincidir con un principio de ejecución de un ilícito mayor -una violación- o constituir derechamente la consumación de un ilícito menor -el abuso sexual-;

Lo anterior no es sino el reconocimiento de la CS de que para la determinación del delito específico es necesario tomar en consideración el plan del autor. A continuación, la CS reconoce que dicho plan sólo puede determinarse a partir de antecedentes externos objetivos:

[C]onforme a lo que se viene exponiendo, resulta fundamental la determinación de la actitud subjetiva del sujeto que se juzga, en términos de establecer si las tocaciones que se encontraba efectuando eran "todo lo que quería hacer" o eran "un paso previo" a conductas de agresión sexual más graves. Tal determinación sólo puede descansar en antecedentes externos objetivos que permitan inferir, a través de presunciones que cumplan con los requisitos del artículo 488 del Código Penal, la existencia de un dolo de violación;

Respecto de la faz subjetiva de la tentativa, Cury rechaza la posibilidad de ejecutar una tentativa con dolo eventual. Si bien el dolo de la tentativa y dolo del delito consumado es uno y el mismo, lo característico de la tentativa es su actitud final, es decir, orientada hacia un objetivo, cuestión que contradice los postulados del dolo eventual que puede ser definido como la mera aceptación de un resultado.¹⁴⁵

Si bien Cury identifica correctamente las deficiencias de la teoría objetivo-formal, en particular su incapacidad para distinguir el delito específico que ha de venir en consideración, la solución dada por él tampoco resulta satisfactoria. El punto es que para identificar el tipo de delito consumado que ha de venir en consideración -dado el carácter subordinado de la tentativa a los tipos de la parte especial- basta con recurrir al dolo del sujeto, esto es, a la representación que haya tenido el autor sobre las circunstancias fácticas y sus proyecciones, en cuanto presupuestos necesarios para una acción que tenga como razón la norma de comportamiento pertinente, siendo irrelevante tal cosa como el plan del autor.

Pues, si bien el dolo es un elemento subjetivo, como ya se señaló más arriba, su determinación se realiza de manera objetiva. En este sentido, las consideraciones personales acerca de las particularidades de la ejecución del delito son por completo irrelevantes, para la realización del juicio de imputación. Sin embargo, esto no es lo más problemático, pues según Cury, para el inicio de la tentativa, se requerirá en todo caso que se dé inicio objetivamente a la acción descrita en el tipo de acuerdo al plan del autor. Por ejemplo, se dará inicio a la tentativa de homicidio cuando el sujeto comience a matar a otro mediante un dispositivo automático que dispara un revolver cuando lo pisa la víctima.

Lo anterior no hace sino que volver sobre los mismos problemas de las formulas objetivas esto pues, como ya se señaló más arriba, la tentativa se caracteriza por ser un caso de injusto sin antinormatividad, es decir, representándose el sujeto las circunstancias fácticas y sus proyecciones de manera tal que la norma de comportamiento debió actuar como razón para omitir o ejecutar una determinada acción, el sujeto infringe la norma no omitiendo lo prohibido o no ejecutando lo mandado. Sin embargo, dado que su representación o sus proyecciones eran equivocadas, la realización del tipo fracasa. Es el dolo entonces lo que marca el contexto factico -la *oportunidad*- en donde la norma debe fungir como razón para la acción. Desde este punto de vista el inicio de la

¹⁴⁵ Cury (2005) p. 562.

tentativa dependerá exclusivamente del dolo del sujeto, y no como señala Cury, de la realización objetiva del injusto.

CAPÍTULO 3

4. CONSIDERACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA FÓRMULA

Como se pudo ver en el capítulo anterior, ninguna de las propuestas de los autores nacionales resulta del todo satisfactoria. Y es que bajo el modelo de la teoría de las normas aquí favorecido, la delimitación del inicio de la tentativa requiere siempre una acción que pueda ser interpretada como una infracción del deber impuesto por la norma de comportamiento. Una re-caracterización de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos debe estar referida precisamente a que mientras los primeros sólo implican un proveerse de los medios para una acción, los segundos son, según el estándar fijado en la norma de comportamiento, una infracción directa del deber impuesto por la norma en cuestión.¹⁴⁶

Las acciones prohibidas o mandatadas por una norma de comportamiento sólo cobran relevancia en cuanto razones para la acción, en la medida en que el agente se encuentre en las circunstancias fácticas en que cuente con la *oportunidad* para la acción, es decir, en las circunstancias fácticas en que situacionalmente –en tanto momento espacio temporal definido- la acción es posible. La determinación de las condiciones que posibilitan la *oportunidad* para la acción dependerá, por su parte, únicamente de la representación de las circunstancias con que cuente el agente. Así, si X se representa que lo que está a punto de verter en la bebida de Y es una alta dosis de cianuro, cuando en realidad se trata tan solo de una dosis de azúcar, lo relevante para la configuración de la oportunidad es únicamente la representación de X. Sin embargo, como ya se ha señalado, no toda representación debe ser tomada en cuenta, sino solamente aquellas comunicativamente relevantes de acuerdo a las propiedades descritas en la norma de comportamiento.¹⁴⁷

Así, si se entiende que la marca de la tentativa es el ser un comportamiento fracasado respecto del delito consumado, debido a la presencia de una representación deficitaria de las circunstancias fácticas

¹⁴⁶ Mañalich (2016) p. 19.

¹⁴⁷ Debe hacerse notar que el sujeto puede ser responsable por tentativa, aun si se representa correctamente que lo que vierte en la bebida de Y es una alta dosis de azúcar, si es que a su vez se representa que Y sufre, por ejemplo, de una diabetes aguda, que convertiría la dosis de azúcar en una dosis mortal. Lo anterior no hace sino ratificar el rol fundamental del dolo en la tentativa.

y sus proyecciones pero que dado el tipo de representación, es posible sostener que el comportamiento realizado puede ser entendido como una infracción de deber, el inicio de la tentativa dependerá del momento en que el sujeto se representa encontrarse en la oportunidad relevante para seguir la norma, pero que en los hechos decide no hacerlo. De allí la distinción lógica entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, pues solamente cuando el sujeto se encuentre en la oportunidad para infringir la norma, podrá dar inicio a la tentativa.

El problema de esto último es que presenta un déficit de objetividad, pues a diferencia del delito frustrado, en la tentativa el agente aun no objetiva toda su intencionalidad, de modo tal que no es del todo claro si efectivamente el agente no está asumiendo la norma como una razón para la acción, o bien se encuentra en cualquier otra situación que no puede ser interpretada como una infracción de la norma. La pregunta que surge entonces es, cómo compensar tal déficit de objetivación, de modo que el actuar incompleto del sujeto pueda ser interpretado como un no seguimiento de la norma. Como se verá a continuación, este déficit puede ser compensado con la constatación de que el agente se encuentra *resuelto* al hecho.

4.1. La resolución al hecho

Supóngase el siguiente: Z, quien se encuentra apuntando con una pistola cargada a X, es neutralizado justamente en ese momento por la policía. Al momento en que Z es neutralizado, éste no expresa necesariamente que no ha asumido la norma de comportamiento que prohíbe dar muerte a otro, como razón para la acción, sino en la medida en que sea posible sostener que se encontraba decidido a realizar la acción típica. En este sentido, observa Cahill:

[F]or example, with murder, the key question is not (only) whether the actor desires the death of the victim, but whether he is committed to a course of conduct that would, if completed, bring about the death of the victim. Inchoate offenses demand not only proof of the purpose or intent that the offense's requirements should come to pass, but also proof of the actor's resolve—his dedication to ensuring that the offense will come to pass, by his hand or with his active support. It is this particular form of culpability, demonstrating both the actor's dangerousness and his ill-desert, that justifies punishing conduct that does not itself generate the harm, wrong, or risk demanded for substantive

liability. On this account, the category of inchoate crimes is defined by two features: (1) incomplete conduct toward some ultimate offense (this is what makes the crime inchoate, rather than consummate); and (2) the actor's firm commitment to the performance of the as-yet-unperformed conduct that would complete that offense (this is what makes the conduct worthy of punishment at all, rather than "mere thoughts" or "mere preparation").¹⁴⁸

La necesidad de resolución consiste entonces, en el compromiso de llevar adelante la acción, de modo que la falta de certeza implicada en el déficit de objetividad se ve compensada con una actitud decidida a ejecutar el hecho.¹⁴⁹ Es necesario mencionar que resolución y dolo son por completo diferentes, de tal modo que la necesidad de resolución no puede entenderse como una forma calificada de dolo, en tanto dolo de propósito.¹⁵⁰ Mientras que el dolo consiste -al menos en su dimensión básica como dolo eventual- en la representación de las circunstancias fácticas; la resolución consiste en una determinada actitud hacia la realización de una acción, independiente de los propósitos o conocimiento que tenga el agente.

La resolución del agente permite afirmar que aun cuando no se ha realizado ninguna acción que de ser realizada instanciaría las propiedades descritas en tipo, el agente no ha asumido la norma como razón para la acción precisamente porque ya se ha comprometido con la realización de la acción que bajo su representación satisfaría la descripción típica.

La pregunta acerca de la resolución se complejiza en ciertos casos en que se pueda ver condicionada. Así, es posible señalar que quien cuenta con una inclinación al hecho típico, pero no está resuelto con certeza a realizar la acción típica, no se encuentra resuelto al hecho, por lo que su actuar aún permanece en el ámbito de lo no punible. A modo de ejemplo, quien apunta con una pistola solo

¹⁴⁸ Así Cahil (2011) p. 755., en similar sentido Jakobs (1997) p. 869., quien señala que "el autor debe estar decidido al hecho, es decir, a la ejecución de la acción con sus consecuencias pretendidas"

¹⁴⁹ Mañalich (2010) p. 20.

¹⁵⁰ Mañalich (2010) p. 20. Para Roxin (2004) p. 453., en cambio, la decisión a actuar contiene tanto al dolo como los restantes elementos del tipo subjetivo. Así, quien está decidido a cometer un hurto no solo debe contar con el dolo de apoderamiento sino también con la intención de apropiación. Algo similar pueda hallarse en Novoa, (1963) pp. 37,38., para quien la resolución o propósito delictivo debe ser distinguido del dolo, consistiendo más bien en un elemento subjetivo del tipo, carente de valoración, que permite determinar hacia dónde va orientada la voluntad del agente. Al respecto véase *supra* p.43 y ss. Quizás la conceptualización más cercana sobre la resolución se encuentre en Garrido (1984) p. 87., para quien la resolución, que presupone el dolo, permite determinar hacia dónde va dirigida la subjetividad del agente.

para amenazar, aunque también cuente con la posibilidad de usar el arma, no se encuentra resuelto a realizar un homicidio.¹⁵¹

En cambio, en casos donde el actuar del sujeto está condicionado a las así llamadas *fácticas conscientemente inseguras* o la *decisión con reserva de desistimiento*, el sujeto si se decidido a actuar.¹⁵²

La decisión sobre una base fáctica de cuya incertidumbre se es consciente, consiste en aquella resolución al hecho en donde el “*autor hace depender su decisión de la presencia o ausencia de determinadas circunstancias objetivas es decir independientes de sí mismo*”.¹⁵³ Un buen ejemplo se halla en STC de CA de Temuco, 16 abril 2002, Rol 145-2002, quien conociendo recurso de nulidad, señaló (c°6):

6°- El sólo hecho del registro de una cartera o mochila, no conlleva necesariamente el ánimo de apropiación ni representa más que un acto exploratorio o preparatorio, para poder tomar una decisión, si es que el resultado es positivo y resulta la existencia de una cosa susceptible de apropiación. Es una situación semejante a la del delincuente que observa un domicilio o un sector, para ver si existe allí la posibilidad de robar. Este solo hecho, preparatorio de un delito, no es punible, no conduce a un principio de ejecución y, por tanto es ajeno al ámbito penal. Menos puede serlo, cuando del resultado de exploración o registro se determina que no existe.¹⁵⁴

El actuar del sujeto puede ser subsumido bajo las formas de comportamientos resueltos al hecho, pero *condicionados a que se verifiquen determinadas circunstancias objetivas*. En el caso presente, condición la consiste en que al interior de la mochila se halle una cosa susceptible de ser robada. En contra de lo fallado por el tribunal, el hecho de que el actuar se encuentre condicionado no es impedimento para que se inicie la tentativa. Por consiguiente, si se considera que el acto de registro configura un principio de ejecución, la condición no impide el inicio de la tentativa.

¹⁵¹ Roxin (2004) p. 460.

¹⁵² Roxin (2004) p. 459.

¹⁵³ Jakobs (1997) p. 870.

¹⁵⁴ Fallo fue anulado posteriormente por STC de CS, 10 de julio de 2002, Rol 1386-02, conociendo sobre recurso de queja presentado por el Ministerio Público.

Vale mencionar que el hecho de que finalmente nada se haya encontrado no impide constatar la existencia de una tentativa, puesto que lo relevante es la representación del sujeto. Así, representándose el sujeto que al interior de la mochila puede hallarse una especie susceptible de ser apropiada, aun cuando en los hechos nada se hallaba en su interior, debió evitar la realización de una acción que de ser correcta su representación, instanciaría la acción genérica prohibida en la norma de comportamiento.

La *decisión con reserva de desistimiento*, por su parte, se da en aquellos casos en que el sujeto se forma una intención de actuar pero aun así se representa la posibilidad de desistirse voluntariamente.¹⁵⁵ Supóngase el caso de una mujer que duda matar a su marido dormido en la habitación contigua, en donde se halla una llave de gas. Finalmente, va hacia la habitación contigua y abre la llave de gas, marchándose de la habitación por varias horas. Sin embargo se reserva la posibilidad de concurrir a la habitación nuevamente y cerrar la llave.¹⁵⁶

Es interesante notar que la resolución delictiva se deja ver a través de indicios que aparecen no sólo en los actos ejecutivos de tentativa, como quien comienza a intimidar a otro con un arma de fuego para que le entregue sus pertenencias, sino que también en los actos preparatorios, como quien compra en su armería más cercana el arma de fuego necesaria para la intimidación.¹⁵⁷ Caso distinto es el del dolo, que como ya se ha señalado, su prueba depende de la presencia de los llamados indicadores de dolo.

A modo de explicación, supóngase el siguiente caso: X se representa encontrarse en una situación en que si jala el gatillo de su arma de fuego instanciará una acción individual que satisface las propiedades del acto genérico consistente en dar muerte a otro. En seguida, X se dispone resueltamente a jalar del gatillo

La situación descrita representa un principio de ejecución del delito de homicidio ya que dada la representación de X, este debió abstenerse de jalar el gatillo si es que hubiese asumido la norma que prohíbe dar muerte a otro como razón para la acción, siendo ésta situacionalmente requerida. El problema es que X efectivamente aun no jala el gatillo, cuestión que impediría sostener que efectivamente no ha asumido la norma como razón para la acción. Sin embargo tal déficit de objetivación se ve compensado, puesto que X se ha decidido resueltamente a jalar el gatillo.

¹⁵⁵ Roxin (2004) p. 460.

¹⁵⁶ El caso es de la jurisprudencia alemana, véase en Roxin (2004) p. 460.

¹⁵⁷ Roxin (2004) pp. 462 y 463.

4.2. Una opción por la teoría del acto intermedio

Lo anterior, sin embargo, aún no es suficiente para zanjar la cuestión acerca de la fórmula óptima para delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos. De lo expuesto, se puede concluir que una fórmula sobre la delimitación del ámbito de la tentativa debe contar indispensablemente con dos presupuestos: a) un acto da inicio a la tentativa sólo si es que puede ser interpretado como un desobedecimiento de la norma de comportamiento, por lo que la relación con la acción típica debe ser inmediata; y b) es la representación –comunicativamente relevante- del sujeto la que determina el momento y las circunstancias que deben ser consideradas para identificar si un acto ha traspasado el umbral de inicio de la tentativa.

Del análisis realizado sobre las diversas teorías y las posturas nacionales, la teoría del acto intermedio presenta particular precisión para dar rendimiento a los presupuestos recién señalados. Esto pues, precisamente identifica el momento de inicio de la tentativa con aquel instante, situacionalmente emplazado, en que el sujeto es desafiado por la norma en pos de ser subjetivada como razón para la acción, pero que finalmente su aplicación es excluida por el sujeto. Esta exclusión de la norma como razón preferente para la acción, queda expresada en la actitud resuelta del sujeto de no evitar la realización de la acción prohibida por la norma de comportamiento.

Debe añadirse además, que la fórmula del acto intermedio presenta una particular ventaja, a saber la de ser considerablemente más precisa que varias de sus contendoras, puesto que ubica el inicio de la tentativa en un momento exacto, tiempo espacialmente localizado.

5. LA OPERATIVIDAD DE LA TEORÍA DEL ACTO INTERMEDIO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

A modo de dar rendimiento a la opción aquí favorecida, a continuación se analizarán algunos casos de la jurisprudencia chilena que ayuden clarificar la teoría del acto intermedio, al mismo tiempo que permitan dar cuenta de las fórmulas (o su falta) utilizadas por los tribunales nacionales.

Caso I. Femicidio

(STC de C.A de Concepción, 10 de Junio de 2016, Rol 398-2016)

Hechos

El imputado concurrió al domicilio de la víctima, para amenazarla de muerte con un arma blanca que extrajo desde sus vestimentas, ante lo cual la víctima, por temor de verse expuesta a un daño, se subió a un automóvil, huyendo del lugar. El imputado, subiendo él también a un vehículo, procedió a perseguirla logrando darle alcance y obligándola a detenerse al colocarse delante de ella. Una vez detenidos los vehículos el imputado descendió del suyo, portando un cuchillo para conminar a la víctima a que se bajara del suyo, amenazándola en todo momento con el cuchillo que portaba. La víctima, sin embargo, logra retomar la huida en su vehículo, ante lo cual el imputado reinicia su persecución. Producto de la persecución algunos kilómetros después, se produce una colisión entre ambos vehículos, el que tiene como resultado que el vehículo conducido por la víctima vuelque, quedando la víctima con diversas lesiones.¹⁵⁸

Decisión

¹⁵⁸ Los hechos fueron establecidos en STC de TOP de los Ángeles, 4 de mayo de 2016, Rit 34-2016.

La defensa argumentó, (c°13), en lo que aquí viene en consideración discutir, que los actos desarrollados por el imputado sólo alcanzaron la faz preparatoria del delito, puesto que estos no estarían inequívocamente destinados a la realización del tipo del homicidio, toda vez que las amenazas realizadas podrían conducir tanto a la realización del tipo del homicidio como a cualquier otra consecuencia jurídica indiferente.

La Corte sin embargo estuvo por considerar que de la prueba rendida era posible acreditar que la intención del imputado consistía precisamente en dar muerte a la víctima, cuestión que quedaba de manifiesto en las amenazas proferidas, en el hecho de portar un corta plumas y en la persecución a alta velocidad, (c°15):

[E]n consecuencia, no resulta difícil apreciar que el encartado, tanto por las palabras proferidas, el arma con la que se procuró lograr el resultado, así como la conducta temeraria desplegada, buscaba la muerte de la víctima como resultado, es decir, el encartado conociendo el hecho que integra el tipo penal de homicidio, lo quiso y buscó su realización, por lo que el objetivo por el perseguido era la realización del hecho típico, en este caso, el homicidio de la víctima, por lo que, sin duda, obró con dolo directo.

Respecto a la necesidad de un principio de ejecución la Corte sostuvo que el imputado realizó actos que exteriorizaron su determinación hacia el delito y que estaban dirigidos hacia la concreción de su voluntad, lo que queda de manifiesto cuando el encartado concurrió hacia el domicilio de la víctima y, en dicho lugar, llevando consigo un cuchillo, se dirigió hacia ella, y la amenazó de muerte, logrando la víctima huir.

Por último la Corte, favoreciendo una fórmula objetivo-individual en su variante que considera relevante del plan del autor, sostiene que el sujeto da inicio a la tentativa de acuerdo a su plan (consistente en darle muerte a la víctima mediante el empleo de un arma cortante), al dirigirse hacia ella portando un arma amenazándola y realizando el resto de las acciones ya descritas en los hechos, (c°16):

Que, en cuanto al reproche del recurrente de una ausencia de un plan del autor para la perpetración del ilícito, los jueces del grado se refieren a ello en su conclusión del antes mencionado considerando, señalando que “advirtiendo que para el legislador el plan del autor es de relevancia para la determinación del inicio de la ejecución del

delito, lo cual queda de manifiesto en el artículo 7° del Código Penal, con las expresiones “cuando el culpable da principio...” y “cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario...” (así también lo sostiene Mario Garrido Montt, ídem, página 359), resulta prístino entonces, que, siendo el plan del autor, en este caso, el darle muerte a la víctima mediante el empleo de un arma cortante, al dirigirse hacia ella portando dicha arma, amenazarla de muerte, seguirla en un vehículo a alta velocidad, interceptarla, amenazarla nuevamente con un arma, procurando que baje del vehículo y continuar la persecución motorizada, el encartado comenzó a desarrollar su plan, que a su vez contenía la determinación de su voluntad homicida, dando con ello principio a la ejecución del delito de Femicidio, respecto de su ex conviviente.

Análisis

No queda claro si el fallo identifica el principio de ejecución con la llegada del sujeto al domicilio de la víctima o en cualquier otro momento de la actividad del imputado. Suponiendo que fuese lo primero, la cuestión requiere de mayor precisión, pues no se detalla cuáles son las circunstancias en que el sujeto, sosteniendo una cortaplumas, realiza las amenazas de dar muerte a la víctima. Bajo una teoría del acto intermedio es necesario que el sujeto se encuentre a un acto parcial de realizar la acción típica. Se daría inicio a la tentativa, entonces, si el sujeto, sosteniendo la cortaplumas, sólo le queda dirigirse hacia la víctima. Si, en cambio, todavía le queda vencer ciertos obstáculos, como traspasar una puerta cerrada, aún no se habrá dado inicio a la tentativa.

Caso II. Conducción con licencia falsa y sin licencia debida.

(STC de C.A de Santiago, 15 de abril de 2016, Rol 829-2016)

Hechos

Imputado se encuentra en el asiento de chofer de un camión, con un peso bruto vehicular de 8,500 kg con una licencia de conducir falsa, que correspondía a una reproducción fraudulenta de una original y sin contar con la licencia profesional requerida por ley, para la conducción de este tipo de vehículos.

Decisión

El Ministerio Público sostuvo que, aun cuando el tribunal no considerara que los hechos constituyen un delito consumado, debe en todo caso afirmarse que al menos se ha dado principio a la ejecución del delito, configurándose por tanto una tentativa, (c°1):

[E]s decir, asumiendo que al menos, el núcleo de la acción de conducir un vehículo motorizado supone la de echar a andar un vehículo y hacerlo circular, el acto de encontrarse en el asiento del conductor con el motor en marcha cabe ser encuadrado dentro de lo dispuesto por el artículo 7, inciso 3°.

La Corte, sin embargo, considero que de la prueba rendida no se configura ni siquiera una hipótesis de tentativa, (c°7):

[S]e pretende, sobre la base de presunciones, desvirtuar el principio de inocencia que ampara al imputado, lo que resulta inaceptable, no sólo porque se rindió prueba que confirma su inocencia, sino porque las presunciones del acusador no encuentran sustento en los elementos de convicción incorporados por su propia parte a la investigación y al juicio.

Análisis

El caso es interesante, puesto que objetivamente el sujeto se encuentra en el momento en que la norma de comportamiento se hace situacionalmente exigible – está en el asiento del piloto, con una licencia falsa y con el motor en marcha- de modo que se encuentra a un acto parcial de realizar la acción típica de conducir. El problema entonces, es otro y consiste en determinar hacia donde se dirigía la conducta del sujeto, es decir, el caso presenta un problema sobre cuál es la resolución al hecho del sujeto. Tal tarea, consistente en acreditar que el sujeto se encontraba decidido a conducir el vehículo, no logró superar el estándar de prueba requerido en el proceso penal.¹⁵⁹

Con todo, es necesario hacer notar que en el caso se trata de un déficit de resolución, mas no de dolo, toda vez que no hay mayores problemas para afirmar que el sujeto se representó al menos con un grado de probabilidad relevante, las circunstancias fácticas, a saber, que se encontraba en el

¹⁵⁹ La defensa sostuvo que el imputado se encontraba custodiando el camión. Quien lo condujo fue el jefe del imputado quien había descendido del mismo, dejando a cargo del vehículo al imputado, instante en que ocurrió la fiscalización (c°1).

asiento del piloto de un camión de un particular tonelaje, para el cual se requiere de una particular licencia para ser conducido, etc (c°6).

Caso III. Robo con intimidación

(STC de TOP de Rancagua, 26 de abril de 2010, Rit 267-2009, ratificada por STC de C.A Rancagua, 10 de junio de 2010, Rol 148-2010)

Hechos

Seis sujetos, concertados para la ejecución del delito de robo, vigilaron a la futura víctima, se proveyeron de armas de fuego intimidantes, visitaron previamente el lugar del atraco y se pusieron de acuerdo en las tareas que cada uno debía realizar. El día 5 de noviembre de 2008, se dirigieron en dos autos a un lugar cercano al sitio a asaltar, premunidos de dos pistolas, una escopeta, una pistola a fogeo y un pasamontañas, estacionándose a más de una cuadra de distancia del lugar del robo. . Cinco de ellos se bajaron de los autos, dirigiéndose a pie hacia la empresa que iban a robar sacando uno de ellos un pasamontañas desde la mochila mientras otro pasó bala a la pistola que llevaba, momento en que fueron sorprendidos por personal de la Policía de Investigaciones,(c°9).

Decisión

El tribunal, a partir de la prueba rendida, resuelve condenar a los imputados por el delito de robo con intimidación en grado de tentado. Basa su decisión en dos argumentos. Por un lado, los sujetos si dieron inicio a la tentativa y por otro, la irrelevancia de que los sujetos supeditaran la ejecución de su plan al cumplimiento de determinadas condiciones que finalmente no se cumplieron. Sobre el inicio de la tentativa el tribunal señaló, (c°11):

[D]dieron comienzo a la ejecución de la apropiación de cosa mueble ajena y con ánimo de lucro, por actos externos y directos, dirigiéndose al lugar del hecho, portando y extrayendo para ello armas de fuego intimidantes para lograr la entrega e impedir la resistencia de la víctima y sus eventuales acompañantes.

Si bien esta afirmación no es del todo precisa, más adelante el tribunal identifica como acciones inequívocas de ejecución del delito el hecho de sacar un gorro pasamontañas y pasar bala a un arma de fuego (c°11).

Una de las principales alegaciones de la defensa consistió en que la distancia a la cual interceptaron a los imputados no alcanzaba a significar un riesgo para el bien jurídico en cuestión, a saber, la propiedad y la integridad física. El tribunal sin embargo sostuvo que de acuerdo a las máximas de la experiencia, no cabe duda que los hechos realizados, independiente de la distancia específica, son un riesgo para el bien jurídico.

Respecto a las condiciones a las cuales se encontraba sujeto el plan de los imputados, a saber, que la víctima tuviera en su poder el dinero que ellos suponían retiraría del Banco y que en el lugar no se hallaran más de 4 o 5 personas, a modo de garantizar menor resistencia (c °15), el tribunal sostuvo que ellas eran irrelevantes, puesto que a pesar de que ninguna de ellas se verificó –la víctima no se encontraba en el lugar y se hallaban más de 4 o 5 personas- los imputados, aun cuando constataron que ambas condiciones estaban fallidas, dieron principio de ejecución al delito de robo por uno o más hechos directos, exteriorizándose por hechos objetivos, precisos e inequívocos la evidente decisión de perpetrar el ilícito (c °16).

Análisis

La sentencia no entrega mayores razones para sostener porque el sacar un gorro pasamontañas y pasar bala a un arma de fuego, cuenta ya como un principio de ejecución. Si bien se logran acreditar los hechos materia de la acusación, es deber del tribunal también fundar razonadamente si esos hechos cuentan como un principio de ejecución. A pesar de la falta de fundamentación la sentencia fija un momento preciso, cuestión que sin duda facilita su análisis.

Desde la perspectiva de la teoría del acto intermedio o parcial, el hecho de pasar bala a la pistola solo contará como principio de ejecución en la medida en que solo reste un acto para realizar la acción típica, la cual en el robo con intimidación puede consistir ya sea en la apropiación, ya sea en la intimidación. En este sentido, la distancia respecto de la cual se encuentren los sujetos del lugar en que se realizará el delito no es en ningún caso baladí. Esto no por las razones dadas por la defensa, en el sentido de que a una mayor distancia aún no se configura un peligro para el bien

jurídico,¹⁶⁰ sino porque las acciones de los sujetos deben estar inmediatamente conectadas con la acción típica de modo que la norma que prohíbe el robo con intimidación funja situacionalmente como como razón para la acción.¹⁶¹ Así, si a los sujetos luego de pasar bala sólo les restaba una acción para para realizar la acción típica, habrían dado inicio a la tentativa.¹⁶²

El caso además resulta interesante porque la defensa sostuvo que los sujetos se encontraban *condicionalmente resueltos* a la realización del delito, de modo que al no verificarse las condiciones, los agentes habrían abandonado su plan delictivo, manteniendo su actuar aún en fase preparatoria. Si bien, tales alegaciones fueron desechadas por el tribunal -quien considero que las condiciones no fueron tomadas en serio por los sujetos- este tipo de decisión condicional al hecho no impide que se dé inicio a la tentativa. Son los llamados casos de “*decisión sobre una base fáctica de cuya incertidumbre se es consciente*”,¹⁶³ en los que los sujetos ya se encuentran decididos a actuar, pero la ejecución de la decisión dependerá de la concurrencia de una condición independiente de ellos mismos, la cual en este caso consistiría en la presencia de la víctima y de que no existan más de 4 o 5 personas. Así las cosas, si los sujetos objetivan suficientemente su decisión de modo que dan inicio a la tentativa, tales condiciones no la impiden.

Caso IV. Robo con fuerza en las cosas en lugar no destinado a la habitación

(STC de CA de Rancagua, 9 de diciembre de 2004, Rol 161-2004)

Hechos

Un sujeto entró a un domicilio ajeno, aprovechando que el portón del antejardín se encontraba sin sus dispositivos de seguridad activados, sin candados ni llaves, e ingresó por una ventana sin vidrio, a una pieza para guardar herramientas, donde fue sorprendido por el dueño de casa.

¹⁶⁰ En este sentido, sobre las críticas a las teorías objetivas que toman como criterio relevante la puesta en peligro del bien jurídico protegido véase *supra* pp. 30 y 31.

¹⁶¹ En similar sentido funciona la directriz sobre la “irrupción del autor en la esfera de protección del atacado”. En este caso, según Jakobs (1997) p. 886., los sujetos aun no irrumpen en la esfera de protección de la afectada puesto que aún no dan inicio a la intimidación.

¹⁶² En el caso, el hecho de que la acción consista en una serie de pasos, el que cada uno puede ser definido como una única acción individual, no debe ser considerado un obstáculo. Más bien en este caso, se trata de una última *actividad* para la realización de la acción típica. Sobre la distinción entre acción y actividad véase Von Wrighth (1970) pp. 58 y 59

¹⁶³ Al respecto véase *supra* p.58 y ss.

Decisión

La Corte sostuvo que se dio principio a la ejecución del delito precisando la línea entre actos preparatorios y ejecutivos de acuerdo al momento en que se penetra en la esfera de custodia o resguardo del titular del delito. Así en el c°6, afirma:

[A]hora bien, en cuanto a cuándo se entiende perfecta la apropiación, ha de estarse a la teoría denominada *ablatio* (extracción de la cosa fuera de la esfera de custodia o resguardo del titular), misma que sirve, según el profesor Alfredo Etcheberry, para precisar la línea divisoria entre los actos preparatorios y la tentativa. Como la tentativa, según la fórmula legal, exige dar comienzo a la ejecución del delito por hechos directos, es necesario determinar cuándo se principia a ofender el derecho protegido. Pues bien, conforme a la teoría mencionada, de la cual participa la doctrina y la jurisprudencia nacional, habrá comienzo de ejecución toda vez que se penetre en la esfera de custodia o resguardo del titular de la cosa.

Así las cosas, a partir de los hechos acreditados, la Corte no tuvo mayores problemas en sostener que se está en presencia de una tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar no destinado a la habitación.

Análisis

En atención a los hechos expuestos, *prima facie* no hay mayores problemas para sostener que se dio inicio a la tentativa. Lo interesante del caso se halla en el específico criterio utilizado para determinar cuándo se ha dado comienzo a la tentativa. A juicio del Tribunal este consiste en el momento en que se principia a ofender el bien jurídico protegido, lo que en el caso del robo con fuerza en las cosas en lugar no destinado a la habitación sucederá cuando se penetre en la esfera de custodia o resguardo del titular de la cosa. El problema es que no queda claro que cuenta como *ofender*, ¿se trata de una noción objetiva de peligro o bien de una exteriorización de hostilidad hacia la norma? Con todo, la corte precisa en qué consistiría principiar la ofensa en el caso del robo en lugar habitado, de lo cual podría inferirse que se trata de una noción objetiva consistente en la penetración en la esfera de resguardo o custodia del titular.

Bajo la fórmula del acto intermedio, asumiendo que el hurto consiste en el quebrantamiento de custodia con constitución de una nueva,¹⁶⁴ la tentativa ya se encuentra iniciada, puesto que el sujeto ya ha dado comienzo al quebrantamiento de custodia de la cosa al penetrar en las defensas del lugar, pero sin vencerla por completo. Con todo, es interesante hacer notar que lo que cuenta como esfera de custodia es la relación fáctica de poder que tiene el titular sobre la cosa, la que estará determinada no solo por relaciones espaciales sino también, por reglas sociales y culturales.¹⁶⁵

Similares hechos se discuten en STC de la CS, 17 de enero de 2006, Rol 3077-2005, en donde un sujeto tras forzar un ventanal del segundo piso del departamento, ingresó al dormitorio de la víctima, quien se encontraba recostada en su cama. El sujeto al verla, de inmediato se dio a la fuga saltando por la misma ventana al exterior, lugar en que lo esperaban dos individuos más, logrando ser aprehendido el primero y uno de los segundos, premunidos de elementos aptos para robar.

El tribunal calificó los hechos como constitutivos de tentativa de robo, toda vez que el autor, al forzar el ventanal que se ubicaba en el segundo piso, realizó hechos directos efectuados para cometer el delito de robo en lugar habitado. Sin embargo, éste no llegó a la consumación, puesto que al ser descubierto por la víctima y posteriormente detenido, no alcanzó a producirse el desposeimiento respectivo ni la sustracción ni la apropiación por parte del imputado (cº9). La mayoría de la jurisprudencia está conteste en que el solo ingreso del sujeto al lugar por alguno de los medios contemplados en el artículo 440 del CP cuenta como principio de ejecución.¹⁶⁶

Si bien son casos que no presentan especial dificultad, demuestran que la realización de un acto parcial de ejecución, como es el escalamiento en el robo en lugar habitado o la intimidación en el robo con intimidación, sirve para dar inicio a la tentativa, aun cuando no se ha dado comienzo de ejecución al tipo principal. En todo caso, como resulta obvio, se requerirá el dolo correspondiente al tipo consumado y que el sujeto actué con la resolución de realizar el tipo consumado.

Caso V. Robo en lugar habitado

(STC de C.A de Valparaíso, 23 de mayo 2011, Rol 436-2011)

¹⁶⁴ Sobre las diferentes teorías en torno a la consumación del hurto véase Etcheberry (1999)p. 296 y ss.

¹⁶⁵ Como lo señala Oliver (2013) p.136., lo que cuenta como esfera de custodia, es la relación fáctica de poder que tiene el titular sobre la cosa, la que estará determinada no solo por relaciones espaciales sino también, por reglas sociales y culturales.

¹⁶⁶ Así también en STC de CA de Chillan , 17 de mayo de 2013, Rol 87-2013

Hechos

Dos sujetos proceden a forzar la chapa de la reja de un domicilio y a continuación, uno de ellos a propinarle una patada a la puerta de la misma, para luego abandonar el lugar, siendo detenidos por Carabineros en las inmediaciones del lugar.

Decisión

La Corte consideró que los actos realizados por los sujetos sólo alcanzan a constituir actos preparatorios, esto, pues se trata de actos equívocos, que pueden estar dirigidos a la consumación del delito de robo pero que también pueden estar dirigidos al delito de violación de domicilio o de daños en grado de consumado (c°6).

Respecto del elemento subjetivo del robo, a saber el ánimo de lucro, el fallo considera que no pudo ser acreditado. El intentar entrar en un domicilio no implica querer apoderarse de las especies que deben guarnecer dicho lugar (c°6).

En consecuencia, tratándose de hechos equívocos, no se han realizado actos de ejecución. Con todo la Corte, en la sentencia de reemplazo, sostiene que los hechos si alcanzan a constituir el delito de violación de morada en grado de tentado.

Análisis

La dificultad que plantea el caso es, que de los hechos acreditados no es posible determinar la dirección de los actos. De hecho, es justamente ésta la razón por la que el tribunal decide absolver a los sujetos. La decisión tomada por el tribunal, empero, dista de ser satisfactoria, puesto que recurre a la noción de equivocidad, la cual, como ya se ha señalado, es bastante imprecisa para fijar un límite entre actos preparatorios y ejecutivos.

El problema, en verdad consiste en uno de índole probatoria, en particular sobre la prueba del dolo y sobre la resolución al hecho. Respecto de la prueba del dolo la tarea radica en determinar cuáles fueron las representaciones de los sujetos acerca del curso de los eventos. Así, si el sujeto se representó que la casa era ajena y previó que ingresaría en ella para luego tomar objetos ajenos que se encontraban en su interior, para finalmente abandonar el lugar con el o los objetos, no cabe duda

que se está frente a un caso de robo y no de violación de morada.¹⁶⁷ Respecto de la resolución, es necesario acreditar que el sujeto estaba comprometido con un determinado curso de acción y no meramente acariciando ideas.

Vale decir entonces, que los actos efectivamente son equívocos, pero no por la naturaleza de los mismos, sino por la falta de prueba del dolo.

Ahora si se soluciona el problema sobre la prueba del dolo, bajo una teoría del acto intermedio, el acto de forzar la puerta constituye ya un inicio de la tentativa. Claro, aún quedan una serie de actos para el acto de apropiación, pero, tratándose el robo en lugar habitado de un delito calificado por las circunstancias de su comisión -expresivas de la vulneración de una voluntad de custodia intensificada-,¹⁶⁸ la forma de comisión constituye un acto típico necesario para la consumación. Así las cosas, disponerse a vulnerar la custodia, no mediando acto parcial alguno, da inicio a la tentativa.

Es preciso reiterar que la resolución no debe ser entendida como un componente del dolo, sino que consiste en una actitud del agente hacia la realización de un determinado curso de acciones, resultando perfectamente compatible la tentativa con dolo eventual.

Caso VI. Incendio

(STC de CA de Punta Arenas, 30 de noviembre de 2016, Rol 186-2016)

Sujetos trasladan un vehículo desde el domicilio de uno de ellos a un sitio eriazo. Una vez en el lugar, advierten la presencia de carabineros por lo que huyen, abandonando el vehículo. El vehículo se encontraba en malas condiciones con sus ventanas y focos quebradas, además contenía maderas, marcos, trastos y ropa mojada y otros desechos en su interior. Uno de los sujetos, no precisado del todo, portaba un bidón, el que dejaron en el lugar con un líquido en su interior. Uno de ellos portaba también un encendedor que le fue habido al ser detenido y otro encendedor fue recogido en el lugar de los hechos.

¹⁶⁷ Londoño (2015) p. 250., señala que la inclinación de la jurisprudencia por no admitir la tentativa con dolo eventual, proviene en parte, a que en este tipo de casos basta probar el dolo de propósito para tener resuelta la dirección hacia donde se encuentran encaminados los actos.

¹⁶⁸ Bascañan (2004), p. 301.

Decisión

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas ratificó la sentencia absolutoria del tribunal de instancia, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público quien argumentó que los hechos alcanzaban a constituir el delito de incendio al menos en grado de tentativa (c°5). La Corte fundó su decisión en que los hechos tenían aun el carácter de equívocos para la realización del tipo de incendio. Así en el c°5 y siguientes, citando los argumentos del fallo de instancia sostuvo la Corte que:¹⁶⁹

Quinto “En efecto, por una parte, la tentativa supone dar inicio a la ejecución del delito por hechos directos, calidad que el Tribunal entiende no poseen los hechos verificados en la causa.

“El que se trate de hechos directos, supone un cierto rigor en lo unívocos que deben ser tales hechos y, por ende, no ser equívocos en pro de la consumación del tipo respectivo. “De esta manera, empujar arrastrando un vehículo desarmado y dañado (focos y vidrios quebrados), en cuyo interior hay paños mojados y madera y ser llevado tal vehículo, además, hasta un sitio eriazo, si bien pueden ser hechos y circunstancias que impresionan como coherentes con la plausibilidad de querer incendiar el vehículo de que se trata, son hechos en sí equívocos con dicho resultado, pues bien puede tratarse de otro el afán, como v. gr., lo han planteado abiertamente los imputados y sus defensas, donde la teoría de su caso, es una alternativa también del todo coherente y que se condice con las probanzas rendidas.¹⁷⁰

Sexto: sin perjuicio de lo dicho, dar principio de ejecución al delito, supone el despliegue de acciones que conduzcan a la consumación del hecho y que tales acciones consistan en hechos directos. Así, en el delito de incendio, habría supuesto el encender fuego en el móvil, en comenzar a incendiarlo mediante acción o colocación de fuego Sin embargo, nada de ello aconteció. Habría supuesto también el rociar el vehículo con algún líquido combustible o inflamable que actuara de acelerante (...)

¹⁶⁹ La Corte rechaza también las alegaciones del Ministerio Público puesto que siendo el vehículo propiedad de unos de los imputados, se requiere, de acuerdo al artículo 482 del CP que el incendio produzca daño a la persona o a la propiedad de terceros, de lo que es necesario colegir que se debe encontrar consumado (c°6). Tal interpretación resulta cuestionable, puesto que si el sujeto se representó que incendiando su propiedad produciría causalmente el incendio de cosa ajena, no hay razón para impedir la punibilidad del mismo en sede de tentativa o delito frustrado.

¹⁷⁰ La defensa sostuvo, como teoría del caso, que los imputados solamente querían abandonar el vehículo en el terreno eriazo (c°5).

Análisis

Si bien la decisión a la cual arriba el tribunal de instancia y la Corte es correcta, parece cuestionable que el fundamento se base en la fórmula de la univocidad de los actos, fórmula que a estas alturas resulta bastante añeja. Y es que, en verdad, sostener que los actos sean equívocos para la consumación impide precisar si lo que ha faltado para que la tentativa se encuentre iniciada es si: no se ha podido verificar hacia donde irán dirigidos los actos, a saber un déficit de resolución al hecho; o bien si aún no se encuentra suficientemente objetivados, es decir un déficit en la faz objetiva de la tentativa.

La respuesta podría encontrarse en el c°6 transcrito, el cual identifica el principio de ejecución con la acción o colocación de fuego o con rociar el vehículo con algún líquido combustible o inflamable que actuara de acelerante. Ambas alternativas hablan a favor de que no se alcanzó la fase de tentativa puesto que faltaron actos objetivos, más que por un déficit de resolución.

Si bien esta aclaración, permite afirmar que los sujetos sólo realizaron actos preparatorios,¹⁷¹ mantiene vigente la duda sobre cuando se inicia la tentativa de incendio. La Corte precisa dos instantes en que se podría ver iniciada. El primero de ellos, la colocación de fuego, implicaría una reducción del ámbito de la tentativa inacabada de modo que la hace casi inexistente, pues al momento de prender fuego ya se han realizado todos los actos necesarios para la consumación del incendio.¹⁷² Precisamente este es uno de los problemas de la fórmula objetivo-formal, que identifica el inicio de la tentativa con la realización de la acción típica según el verbo rector descrito en el tipo.

El segundo instante, consistente en rociar el vehículo con algún líquido combustible o inflamable que actuara de acelerante, tampoco resulta satisfactoria, puesto que se trata de un caso ejemplar de un acto preparatorio. Si lo característico del incendio es que contempla un medio comisivo específico, a saber el fuego, la preparación de las circunstancias para que este ocurra, o se desenvuelva con mayor facilidad, como lo es el rociar de combustible un automóvil, es lógicamente una acción preparatoria en relación a la norma de prohibición del incendio.

¹⁷¹ De hecho la corte expresamente señala que se tratan tan solo de actos preparatorios, pero que tampoco pueden ser subsumidos bajo la prohibición del art 481 del CP

¹⁷² En este mismo sentido Garrido (2008) p. 412.

Bajo la fórmula del acto intermedio, el inicio de la tentativa se ubica precisamente entremedio de las posibilidades dadas por la Corte: cuando sólo queda un acto parcial para la realización de la acción típica y esto es, cuando solo falte el último acto consistente en prenderle fuego al automóvil.

Similares hechos se discutieron en STC de CA de Talca, 28 de enero de 2004 , Rol 107831-1993 (c°1) en donde un individuo en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol, portando un bidón con bencina, llegó hasta las oficinas de una empresa de buses procediendo a rociar un mostrador con el líquido inflamable y, enseguida, intentando prenderle fuego utilizando una caja de fósforos de la cual extrajo uno que se quebró al tratar de encenderlo, momento en que otras dos personas que ingresaron al recinto impidieron que consumara su propósito. En este caso, es justamente el acto de disponerse a prender fuego el que da inicio a la tentativa, con todo la Corte considero que rociar parafina contaba ya como principio de ejecución, (c°2).

Caso VII. Uso malicioso de instrumento privado mercantil falsificado¹⁷³

(STC de CA de Santiago, 20 de octubre de 2006 Rol 1821-2006)

Hechos

La acusada, se contactó con la vendedora de la tienda Falabella, señalándole su intención de comprar un computador con monitor y un equipo multifuncional, por lo que la vendedora la invitó a la caja a efectuar el correspondiente pago. En la caja, ante la pregunta de la vendedora de cómo iba a pagar, manifestó su intención de pagar con dos cheques, mostrando una cédula de identidad y sacando un talonario que correspondía a otra persona. Al ver la cédula de identidad la vendedora, de inmediato se dio cuenta que la compradora no correspondía con la persona de la foto del documento, pero pese a ello y como se lo exigía el procedimiento de la empresa, digitó igualmente los productos, imprimió los cheques y le solicitó a la acusada que los firmara. Una vez firmados los cheques por parte de la acusada, la vendedora se dirigió donde su supervisor informándole que una persona pretendía pagar

¹⁷³ El artículo 197 del CP dispone: El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.

Si tales falsedades se hubieren cometido en las letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias.

con cheques mostrando una cédula de identidad que no era de ella; el supervisor se dio cuenta de esto último y procedió a revisar la cuenta de crédito de la empresa en relación con la titular de la cédula, figurándole bloqueada en el sistema. Luego de ello, llamó a la Tesorería de la empresa y fue a conversar con la acusada (c°2).

Decisión

La Corte sostuvo que de los hechos acreditados no se configura tentativa, esto ya que al momento en que la tentativa se podría haber entendido iniciada, ya no existían los medios idóneos para que existiese tentativa alguna. Así, en el c°3 señala:

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

Análisis

La sentencia plantea dos problemas diversos respecto de la tentativa. Por un lado, está el problema sobre la tentativa inidónea, cuestión que no viene al caso discutir. Por otro lado, y en lo que aquí respecta, la Corte identifica el momento en que se daría inicio a la tentativa, si ella fuere idónea, con la acción de firmar los cheques. En este sentido es el acto de incorporar la firma a los cheques, el que daría inicio a la tentativa del delito de uso malicioso de instrumento privado mercantil falsificado.

Independiente de cual sea el momento en que se entienda consumada la falsificación de instrumento privado,¹⁷⁴ bajo la teoría del acto intermedio, se da inicio a la tentativa cuando quede un acto para realizar la acción típica. Siendo la acción típica en este caso, la de firmar el cheque, se da principio a la

¹⁷⁴ Vargas (2011) p. 186 y ss.

ejecución justamente en el momento anterior a la firma. La sentencia, si bien correctamente señala que los actos anteriores tales como cargar una cédula de identidad manifiestamente de otra persona y tener dos cheques de ella son actos aun preparatorios, falla al identificar el momento de inicio con la firma, puesto que esta representa precisamente la acción típica.

Ahora, como ya se señaló más arriba, es interesante ver que al, igual que en los casos de robo con intimidación -en los que la consumación del delito requiere de varias acciones- dar principio de ejecución a una de ellas da inicio a la tentativa. Así, si se optara por sostener que el delito se encuentra consumado sólo con el perjuicio patrimonial del tercero, basta aquí también, que se dé principio de ejecución a la falsificación del instrumento.

Caso VIII. Tráfico ilícito de estupefacientes

(STC de CA de Concepción de 4 de abril 2008, Rol 99-2008)

Hechos

Los imputados habiéndose concertado para una transacción de droga, no alcanzaron a hacer materialmente la entrega porque fueron detenidos simultáneamente cuando se acercaban al lugar en donde dicha entrega se realizaría (c°8).

Decisión

La sentencia resolvió que los hechos configuran una tentativa de delito toda vez que sobrepasó el ámbito de los actos preparatorios, faltando únicamente para concretar el delito la entrega y receptación de la droga. En este sentido, señaló la Corte, resulta una equivocación caracterizar los hechos como constitutivos de conspiración, ya que se dio principio de ejecución pero faltaron acciones para la consumación.

Análisis

La sentencia no se esfuerza mucho en justificar su decisión. El problema es que no es indiferente la distancia a la cual se encuentren, por ejemplo, o si han traspasado todos los obstáculos para el encuentro. Bajo una teoría del acto intermedio se dará inicio al ilícito de tráfico de estupefacientes cuando sólo reste un acto para la realización de la acción de tráfico.

Posición distinta se toma en STC de CS, 04 de enero de 2001, Rol 1654-2001, ya citada previamente, donde se utiliza como criterio delimitador la fórmula de Frank,¹⁷⁵ de modo que los hechos realizados a juicio del tribunal –el sujeto aun debía reunirse y entregar la droga al comprador, con quien ya se había contactado a solicitud de la policía (cº1)-, se encontrarían aún en fase preparatoria.

Ahora, como ya se ha señalado, si bien la fórmula de Frank, es más precisa que la noción de actos equívocos y más amplia que la formula objetivo-formal, aún es demasiado imprecisa en cuanto a su delimitación. De hecho no queda claro en el caso si no se dio inicio a la tentativa puesto que aún quedaba que el imputado se trasladase y se reuniese con el comprador, o bien si fue porque la compra de droga ya había sido detectada por la policía por lo que ella no podría llegar a configurarse.

Caso IX. Posesión de elementos incendiario

(STC 4º TOP de Santiago, 14 de diciembre de 2012, RIT 349 -2012 ratificada por STC de CA de Santiago, 10 de abril de 2013, Rol 3554-2012)

Hechos

Dos sujetos portaban en sus mochilas kerosene o parafina, tiras de ropa de algodón cortada de tal manera que sirvieran de mecha y botellas de vidrio preparadas para ser utilizadas como artefactos incendiarios, además de una botella que ya contenía parafina, cuya tapa estaba sellada con huincha aislante.

Decisión del tribunal

La Corte sostuvo que los hechos configuran el delito de porte de artefacto incendiario en grado de tentado, pero no entrega mayores razones para ello. Se limita a declarar que los delitos de mera actividad o peligro abstracto pueden encontrarse en fase de tentativa (cº7). El tribunal de instancia tampoco entregó más argumentos que la simple constatación de que los artefactos si bien no estaban completamente dispuestos, si estaban reunidos todos los elementos para su rápida elaboración.

¹⁷⁵ Como ya se vio *infra* pp. 36 y ss. la fórmula reza de la siguiente forma: son actos ejecutivos no sólo aquellos que realizan inmediatamente la conducta descrita por el tipo consumativo correspondiente sino, además, los que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen, para una concepción natural, como parte de ésta.

Análisis

Debido a la escasa justificación de sus decisiones, no queda mucho que analizar de las sentencias, más que recalcar la falta de del debido razonamiento por ambos tribunales.

Claramente, no hay mayores problemas en sostener que los delitos de mera actividad pueden encontrarse en fase de tentativa, en este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina nacional tal como la misma sentencia lo afirma.¹⁷⁶ La tarea consiste entonces en argumentar por que los hechos descritos constituyen un principio de ejecución. Desde la perspectiva de la teoría del acto intermedio, aquí favorecida, las dificultades que presenta el caso se hallan tanto en la faz objetiva como en la subjetiva, en particular sobre el requisito de resolución al hecho.

Respecto de la faz objetiva, se dará principio de ejecución cuando bajo la representación de los sujetos se encuentren inmediatamente dispuestos a portar artefactos incendiarios, esto es, cuando solo quede un acto parcial para la realización de la acción típica. Como la acción típica consiste en este caso en la tenencia o posesión de artefactos incendiarios, existirá inicio de la tentativa cuando los sujetos se encuentren a un acto de que los distintos elementos que tienen en sus mochilas pasen a constituir artefactos incendiarios. De modo tal que si a los sujetos les falta sólo introducir las mechas en botellas de vidrio que ya contienen parafina, se daría inicio a la tentativa; en cambio si además se requiere, por ejemplo, encontrar un lugar despejado para la “operación”, todavía se encontrarían en fase preparatoria.

Respecto de la necesidad de resolución, se requiere que los sujetos se encuentren decididos a la tenencia de artefactos incendiarios, cuestión que es puesta en duda por la teoría del caso presentada por la defensa, quien que sostuvo que los elementos tenían por objeto la realización de una performance circense. Por lo tanto, se requiere probar que los sujetos se hallaban resueltos a tener en posesión artefactos incendiarios.

Caso X. Violación

(STC de CS de 27 de noviembre de 2001, Rol 2163-2001)

¹⁷⁶ STC de C.A Santiago, 10 de abril de 2013, Rol-3554-2012, c°7.

Hechos

Un sujeto quedó con su sexo al aire intentar introducir su pene en la vagina de una mujer, lo que no logró únicamente puesto que aquella se defendió mordiéndole su oreja izquierda, lo que le hizo desistirse de mantener relaciones sexuales con ella.

Decisión

La sentencia sostuvo que de los hechos presentados se configura el delito de violación en grado de tentado, toda vez que el sujeto alcanzó a desarrollar parte de la actividad. Así queda de manifiesto en el c°6:

[Q]ue en el caso de autos, y dada la descripción del hecho investigado, resulta evidente que nos encontramos ante un caso de delito tentado, pues el autor si bien realizó algunos actos destinado a violar a la víctima, no alcanzó a hacer el intento de penetrarla, como ella declara, o sea, para completar el delito le faltó el elemento esencial de la violación, que consiste en la penetración vaginal (en este caso) del sexo invasor.

Análisis

Si bien el caso parece no presentar mayores complejidades, ya que de los hechos no cabe duda que el sujeto ocupó la fuerza con el objeto de violar a la víctima, lo que constituye una de las formas descritas en el artículo 361 del CP -por lo que no habría mayores problemas para sostener que la tentativa se encuentra iniciada-,¹⁷⁷ el problema, o más bien lo interesante del caso, es que en ningún momento el sujeto se dispuso a realizar la acción típica principal de la violación, consistente en acceder carnalmente. En realidad si ya el tipo contempla la intimidación como forma de acción típica, la tentativa se inicia cuando al sujeto no le queda ningún otro acto para dar comienzo a la intimidación.

¹⁷⁷ En similar sentido STC CA San Miguel de 25 de septiembre de 2009, Rol 1137-2009, la cual en su c°8 sostuvo : “Que, estos sentenciadores estiman que el imputado dio principio de ejecución al ilícito de violación, así del estudio de la sentencia recurrida y especialmente de la prueba rendida en el juicio, se desprende que éste desplegó hechos directos para la comisión del delito, tales como llevar a la víctima a su pieza, lanzarla a la cama, bajarse los pantalones y calzoncillos, mostrarle sus genitales, lo que unido a su conducta reiterada de someterla a tocaciones en sus pechos y partes íntimas, muestra inequívocamente que se trata de actos encaminados a doblegar la voluntad de su hija-víctima, lo que llevó a ésta a defenderse disparándole con el revólver que había en la casa”

Caso XI. Aborto

(STC de CA San Miguel, 29 de Junio de 2007, Rol N° 759-2007)

Hechos

Mujer embarazada de ocho meses, concertada con un cirujano y una auxiliar de enfermería instalaron en el dormitorio del segundo piso de un inmueble, una camilla ginecológica y diversas especies destinadas a practicar un procedimiento que tenía como finalidad poner fin al embarazo de Jessica, con el consentimiento de la misma, mediando para ello el pago de la suma de \$200.000.-, más la entrega de un bolso Louis Vuitton. El referido procedimiento fue interrumpido por el accionar de personal de la Brigada de Investigación Criminal de la Policía de Investigaciones.

Decisión

El Ministerio Público argumentó que los hechos daban lugar a una tentativa, cuestión que queda manifestada en la realización de actos “tales como la concurrencia al lugar, instalación del material quirúrgico, instalación de la camilla quirúrgica, riñones esterilizados con Povidona Yodada ya preparada, paciente desnuda y con camisón”. La Corte en contra, sostuvo que no se había principiado la ejecución del delito, toda vez que no se había realizado ningún tipo de maniobra abortiva. La presencia de la mujer, la camilla ginecológica especies de uso médico y la presencia de otro tipo de elementos, sólo pueden ser calificados como actos preparatorios, que no alcanzan a integrar el núcleo del tipo penal de aborto, el que siguiendo a Etcheberry, consiste en la expulsión prematura del feto, ocasionando su muerte(c°6).

Análisis

Bajo una teoría del acto intermedio, la presencia de una mujer embarazada, de personal técnico e implementos quirúrgicos en una habitación, todo ello en razón del concierto previo de realizar un aborto a la mujer efectivamente constituyen actos preparatorios, debido a que ninguno de ellos puede ser interpretado como el desobedecimiento de la norma que prohíbe el aborto. La Corte, si bien concluye lo mismo, lo hace bajo el argumento de que ningún acto ha integrado aun el núcleo del tipo. El problema de esta comprensión es que se remite a las fórmulas objetivo-formales, según las cuales se requiere para iniciar la tentativa la realización de la acción típica. En verdad, y como ya se ha mencionado reiteradamente, el inicio de la tentativa se ubica en las fronteras de la acción típica, pero no en la acción típica misma.

Se podría decir que la tentativa de aborto se entiende iniciada cuando sólo queda un acto parcial para realizar la acción típica consistente en la expulsión prematura del feto, causando su muerte (según la definición de Etcheberry utilizada por la Corte). Es importante mencionar que la acción de “expulsar el feto” lo más probable es que consista en una serie de acciones parciales, distinguibles unas de otras. Empero, ello no implica que sólo se dé inicio a la tentativa cuando se haya realizado la penúltima acción de expulsión, sino que el conjunto de acciones debe ser considerada como parte de una misma acción compleja, consistente en expulsar un feto.

CONCLUSIONES

La determinación del inicio de la tentativa tiene indudable relevancia práctica, sin embargo, ni la doctrina más reciente ni la jurisprudencia nacional han realizado algún examen consistente al respecto. Si bien la literatura nacional tiene trabajos de un excepcional valor respecto de la tentativa, estos requieren ser actualizados, incorporando las posturas más modernas sobre el tema, en especial aquellas que han buscado compatibilizar criterios objetivos y subjetivos. Con todo, el valor de los trabajos es innegable y su vigencia perdura hasta el día de hoy.

La jurisprudencia, en cambio, se presenta añeja e inconsistente. Aun recurre a las formas más básicas de delimitación, tales como la equívocidad de Carrara o las teorías objetivo-formales. Empero, esto no es lo más preocupante. En verdad, el problema real se halla en la renuncia o la displicencia de la jurisprudencia por fundamentar sus decisiones. En general recurren a la mera intuición, repitiendo las palabras de la ley para afirmar que se ha dado inicio a la tentativa. Esta forma de resolver el problema es absolutamente insatisfactoria. La tarea de la jurisprudencia es precisamente construir criterios que hagan operativas las disposiciones de la ley cuando ellas se presentan confusas. Así lo ha hecho la jurisprudencia angloamericana por ejemplo, como también la alemana. No cabe duda que el desafío permanece abierto. De hecho, la predicción realizada hace ya décadas, que vaticinaba la imposibilidad de encontrar el criterio definitivo no deja de ensombrecer el panorama.

Con todo, la fórmula del acto intermedio se presenta como una buena solución para el problema, en particular si es que se fundamenta la tentativa en una infracción del deber impuesto en la norma de comportamiento, pero sin antinormatividad. Esto, dado que la tentativa siempre debe ser un acto interpretable como un desobedecimiento de la norma, cuestión que solo puede ser determinable con referencia directa al tipo específico, de tal forma, que actos que no estén inmediatamente conectados no pueden ser considerados un desobedecimiento de la norma en tanto razón para la acción. Empero, requiere ser adecuada a las necesidades de la regulación nacional sobre el inicio de la tentativa, así como también se requiere el diseño de criterios complementarios que permitan concretarla en aquellos delitos de mayor complejidad. En la discusión alemana, por ejemplo, en pos de concretar la teoría del acto intermedio, se han construido los criterios de conexión temporal y de incidencia sobre la esfera de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexander, Larry. "Duff on Attempts." En *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, editado por Rowan Cruft, Matthew H. Kramer, y Mark R. Reiff, 215-238. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Bascuñan, Antonio. "Delitos contra intereses patrimoniales." *Revista de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, n° 1° (2004): 292-345.
- Cahil, Michael. "Defining Inchoate Crime: An Incomplete Attempt." *Ohio State Journal of Criminal Law*, n°9 (2012): 751-759.
- Cury, Enrique. "La Teoría del Principio de Ejecución." *Revista de Ciencias Penales*, XXII, (1963): 167-195.
- Cury, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 8ª ed. Santiago: Universidad Católica, 2005.
- Duff, Anthony. *Criminal Attempts*. New York: Oxford University Press, 1996.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. 1999. Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Garrido, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- Garrido, Mario. *Nociones Fundamentales de la teoría del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992
- Garrido, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

- Garrido, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV, 3ª ed Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Hruschka, Joaquim. *Imputacion y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. 2ª ed. Montevideo, Buenos Aires: Bdef, 2009.
- 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): 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. *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. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales.” *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4 (2004): 137-175.
- Mañalich, Juan Pablo. “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12 (2010): 169-190.
- Mañalich, Juan Pablo. “Bases para una teoría comparativa del hecho punible”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, n°75 (2006): 561-695.
- Mañalich, Juan Pablo. “The Derivative Nature of Liability for Criminal Attempts. A Norm-theoretical Approach”, por publicar, (2016)
- Matus, Jean Pierre. *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

- Mera, Jorge. "Codigo Penal Comentado." En *Codigo Penal Comentado*, de Jaime Couso, Hector Hernandez y Jorge Mera, 141-165. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Barcelona: Autor-Editor, 1998.
- Novoa, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*, Tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Novoa, Eduardo. "El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible." *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* 31, n° 124 (1963): 19-71
- Oliver, Guillermo. *Delitos contra la Propiedad*. Santiago: Thompson, 2013.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte General*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Politoff, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y Frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Puppe, Ing. "Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de las sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica." *Revista para el Análisis del Derecho*, (2003): 1-19.
- Ragués, Ramón. "Consideraciones sobre la prueba del dolo." *Revista de Estudios de la Justicia*, (2004): 13-24.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. trad. Diego Luzón Peña, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2004.
- Struensee, Eberhard. *Dolo, Tentativa y Delito Putativo*, trad. por Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.
- Trepát, Ferrá. *La Tentativa de Delito. Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona: Librería Boch, 1986.
- Vargas, Tatiana. "Daño del engaño en documentos privados. Aproximación al perjuicio en la falsificación de instrumentos privados." *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 24, n° 2 (2011): 179-2004.

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

Yaffe, Gideon. "Criminal Attempts", *The Yale Law Journal* 124, nº1 (2014): 92-152.

Yaffe, Gideon. *Attempts in the Philosophy of Action and in the Criminal Law*, Oxford: Oxford University, 2010.

TABLA DE CASOS

1. De Corte Suprema

CS, 10 de julio de 2002, Rol 1386-02:	p. 60 (nota nº154).
CS, 17 de enero de 2006, Rol 3077-2005:	p. 71.
CS, 27 de noviembre de 2001, Rol 2163-2001:	p. 80.
CS, 29 de noviembre de 1999, Rol 3425-1999:	p. 53.
CS, 4 de enero de 2001, Rol 1654-2000:	pp. 29 y 79.

2. De Corte de Apelaciones

CA de Arica, 29 de diciembre del 2003, Rol 150-2003:	p. 43 (nota nº117).
CA de Chillan, 17 de mayo de 2013, Rol 87-2013:	p. 87 (nota nº166).
CA de Concepción, 4 de abril 2008, Rol 99-2008:	p. 78.
CA de Concepción, 10 de Junio de 2016, Rol 398-2016:	pp. 50 (nota nº 136) y 63.
CA de la Serena, 17 de noviembre de 2006, Rol 321-2006:	p. 43 (nota nº117).
CA de Punta Arenas, 30 de noviembre de 2016, Rol 186-2016:	p. 73.
CA de Rancagua, 10 de junio de 2010, Rol 148-2010:	p. 67.
CA de Rancagua, 9 de diciembre de 2004, Rol 161-2004:	p. 69.
CA de San Miguel, 25 de septiembre de 2009, Rol 1137-2009:	p. 81 (nota nº177).
CA de San Miguel, 29 de Junio de 2007, Rol N° 759-2007:	p. 82.
CA de Santiago, 10 de abril de 2013, Rol 3554-2012:	p. 79.
CA de Santiago, 15 de abril de 2016, Rol 829-2016:	p. 65.
CA de Santiago, 20 de octubre de 2006, Rol 1821-2006:	p. 76.
CA de Santiago, 28 octubre de 2005, Rol 399-2005:	p. 30.
CA de Valparaíso, 17 de mayo de 2011, Rol 408-2011:	pp. 27 (nota nº70) y 43 (nota nº 117).
CA de Valparaíso, 23 de mayo de 2011, Rol 436-2011:	pp. 26 y 71.
CA de Talca, 28 de enero de 2004, Rol 107831-1993:	p. 76
CA de Temuco, 16 abril 2002, Rol 145-2002:	p. 60.

3. De Tribunal Oral en lo Penal

TOP (4º) de Santiago, 14 de diciembre de 2012, Rit 349 -2012: p. 79.

TOP de los Ángeles, 4 de mayo de 2016, Rit 34-2016: p. 63 (nota nº 158).

TOP de Rancagua, 26 de abril de 2010, Rit 267-2009: p. 67.