



LÍMITES A LA TENTATIVA PUNIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*

Fabián Alberto Jacquin Stallocca**



Resumen: El autor analiza el tema de la tentativa inidónea, primero haciendo una exposición crítica de las diversas doctrinas que buscan delimitar el campo de la tentativa inidónea punible, y luego proponiendo un nuevo concepto de tentativa, construido tanto de elementos doctrinales como del ordenamiento jurídico chileno.

Palabras clave: tentativa, tentativa inidónea, tentativa inacabada, tentativa acabada, delito frustrado, tentativa punible.

Abstract: The author analyzes the attempt to commit a crime, first by making a critical put forward of the different theories that try to establish the boundaries of the inchoate liability, and then by proposing a new conceptualization of the attempt to commit a crime, taking elements from the specialized opinion and from the Chilean law system.

Keywords: Attempt, criminal attempt, inchoate liability, choate liability, punishable attempt.

SUMARIO: I Introducción II. Diferentes fundamentos de punibilidad de la tentativa III. Límites a la construcción de la norma de tentativa en nuestro ordenamiento IV. Conclusiones

I INTRODUCCIÓN.

1. La problemática de la tentativa no es un tema ampliamente discutido en la doctrina nacional¹. En cambio, en Alemania e Italia es objeto de intensos debates en los que las diversas concepciones de la tentativa y los límites a su punición gravitan en torno a las diversas concepciones del derecho penal y su función. De estos debates uno destaca por su capacidad de otorgar una visión panorámica de un ordenamiento jurídico: el de la punición a la tentativa inidónea. En las siguientes páginas, pues, nos avocaremos a determinar si acaso es punible la tentativa inidónea en nuestro ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, determinar la frontera de la tentativa punible. Tras realizar nuestra investigación² identificamos dos problemas básicos: analizar si los fundamentos de las distintas soluciones de punición son sostenibles a la luz de nuestro ordenamiento jurídico y determinar qué norma de tentativa es posible construir dentro del marco establecido por el artículo séptimo del Código Penal, es decir, qué tan subjetivada puede ser la norma de tentativa dentro de ese límite. Si bien, como destaca Cury³, pareciera no tener gran importancia práctica, pues los casos de tentativa inidónea que suceden son pocos⁴ consideramos, a diferencia del autor, que el tema no está sobre valorado. Las diferentes tomas de posición en la problemática importan, como ya adelantáramos, decisiones trascendentales en la dogmática penal

* El presente trabajo fue preparado originalmente como requisito para postular a la plaza de ayudante de cátedra de derecho penal. Para esta publicación hemos enmendado errores de redacción, ortografía y hemos decidido explicar con mayor detenimiento nuestras conclusiones, ya libres de las limitaciones de espacio impuestas por el concurso académico antes mencionado. Agradecemos profundamente las invalables observaciones que en su momento nos hiciera la profesora Magdalena Ossandón.

** Egresado y Ayudante de Derecho Penal, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ Como excepciones, y también a modo de referencia general, tres obras: “Algunas consideraciones acerca de la tentativa” de Novoa Monreal, Eduardo en “Revistas de ciencias penales, número 1, tomo 20, 1961; “Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación” de Garrido Montt, Mario, Editorial Jurídica de Chile, 1984; “Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración” de Politoff Lifschitz, Sergio, Editorial Jurídica de Chile, 1999 y “Tentativa y delito frustrado” de Cury Urzúa, Enrique, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

² Especialmente al consultar la obra de Fernando Molina Fernández “Antijuridicidad penal y sistema del delito”, páginas 827 y siguientes.

³ Enrique Cury Urzúa “Tentativa y delito frustrado”, páginas 147 y 148.

⁴ Pero no inexistentes. Por ejemplo, en nuestra jurisprudencia: el caso de quien intenta faltar a la verdad en un instrumento público sin tener obligación de decir verdad, Corte de Apelaciones de Chillán, 4 de agosto de 1938; del individuo que trata de suplantar en la elección presidencial a otro cuya inscripción está cancelada, Corte de Apelaciones de Chillán 20 de enero de 1943 o el caso de quien intenta cometer un homicidio con un arma desperfecta, Corte de Apelaciones de Talca 28 de agosto de 1924. La escasez de los fallos nos impide hacer referencia a jurisprudencia más reciente. Los mismos ejemplos pueden apreciarse en Politoff, Sergio “Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración”, páginas 137 y 138.

2. Nuestra intención es demostrar la veracidad de la afirmación que hiciera Carrara: “hallar la tentativa en la mera intención, aunque firmemente resuelta, a causar un daño, sin la realidad del peligro de este daño inherente a la posibilidad del acto realizado, *es lo mismo que castigar la simple intención*, tomando únicamente el principio moral como fundamento de la imputabilidad política”⁵.
3. La determinación de cuándo una tentativa es idónea no es el objeto central de esta investigación. Por su íntima relación con el tema atraviesa las dos grandes problemáticas antes planteadas, pero no constituye un apartado. Por tanto la metodología será la siguiente: en lo referente a los distintos fundamentos del castigo a la tentativa, primero exponer una síntesis de sus planteamientos; segundo, las críticas con que tradicionalmente se impugnan y finalmente analizar su sustentabilidad en nuestro ordenamiento. En lo referente a la construcción de la norma, que deriva de lo anterior, analizar el marco establecido por el artículo séptimo, concluyendo la veracidad de nuestra hipótesis y replanteando el concepto de tentativa⁶. Para lo anterior, tomaremos un concepto amplio de tentativa, comprensivo de la tentativa y el delito frustrado, pues en la doctrina y el derecho comparado la evolución ha apuntado a entender al último como una modalidad de la primera⁷.

II. DIFERENTES FUNDAMENTOS DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

En general, las grandes corrientes en orden cronológico de aparición son: la Teoría Objetiva, la Teoría Subjetiva (y en ocasiones se menciona dentro de ésta el criterio Sintomático), la Teoría de la Impresión y las diversas doctrinas Mixtas (entre ellas, por ejemplo, la Teoría del Mangel am Tatbestand). Los autores tratan fundamentalmente tres temas interconectados, que son: el fundamento del castigo de la tentativa (en general), un concepto de idoneidad de tentativa y el tratamiento jurídico de éste.

1. Teoría Objetiva: Su pilar fundamental es el peligro al bien jurídico que crea la acción, haciendo por tanto énfasis en el desvalor de resultado⁸. Esta idea de peligro está basada en la potencial relación causal entre la conducta y el resultado. Se dice también que en esta teoría el peligro corrido es al delito tentado lo que el resultado es al delito consumado. Esta construcción parte del presupuesto que el derecho penal protege bienes jurídicos; por tanto, la punición de una conducta debe encontrar su fundamento

⁵ Francesco Carrara “Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito”, página 68. El destacado es nuestro.

⁶ Más bien, determinando el alcance de las expresiones contenidas en el artículo séptimo del Código Penal.

⁷ Politoff, Sergio, op. cit., página 105.

⁸ Aclaramos que la expresión “resultado” en este contexto se refiere al daño causado a un bien jurídico, y no a un cambio en el mundo externo.

en una afectación a uno de estos bienes⁹. Se distingue en esta doctrina entre tentativa absolutamente inidónea y la relativamente inidónea. Las tentativas absolutamente inidóneas consisten en conductas que nunca llevan a la producción del resultado típico, mientras que las relativas, si bien siendo posible su producción, no llevan al resultado por circunstancias particulares del caso concreto. Estas faltas de idoneidad pueden recaer tanto en los medios empleados (entonces se habla de tentativa inidónea por ineficacia en los medios) como en el objeto (y allí corresponderá hablar de tentativa inidónea por falta de objeto)¹⁰. El objeto de esta distinción es declarar impune la tentativa inidónea absoluta y castigar la relativa. Cury¹¹ critica esta teoría por ignorar el desvalor de acción y por tanto “el espíritu del derecho en vigor”. Ahora bien, considerando que nuestro ordenamiento jurídico no castiga, por regla general, la tentativa de las faltas¹² y que establece diferencias entre el delito frustrado y la tentativa con una penalidad mayor para el primero, cabe preguntarse si es cierto que el hacer énfasis en el desvalor de acción es realmente el espíritu de nuestro derecho en vigor, donde debemos inclinarnos por una respuesta negativa. También se suma a la crítica de Cury la imposibilidad de distinguir entre las dos clases de tentativa (absoluta y relativamente inidóneas) de un modo absoluto¹³. Si bien no es nuestra intención salvar del todo esta crítica, creemos que se relativiza en cuanto se agrega una concepción global de las circunstancias a los conocimientos de quien realiza el juicio acerca de la idoneidad del curso causal elegido por el agente (ya sea *ex ante* o *ex post*) y no se dejan fuera, como hace Cury¹⁴. Es decir, debemos preguntarnos “¿puede matar un vaso de agua azucarada a un diabético?” en lugar de “¿puede un vaso de agua azucarada matar?”. Dicho de otro modo, se analiza la relación de idoneidad del medio junto a la del objeto.¹⁵ Otra crítica que se realiza a la teoría objetiva es que deja impunes ciertas situaciones que “razones de política criminal”¹⁶ obligan a incriminar. Así, por ejemplo, cuando la teoría objetiva dice que debe quedar impune el sujeto que emplea un arma descompuesta en un intento de dar muerte a otro, quienes hacen esta crítica dicen que ciertas razones (que nunca se explicitan) nos llevan a concluir que esa conducta debería estar incriminada¹⁷. Si bien siempre puede aludirse al difuso criterio de la necesidad y

⁹ Entendiendo afectación de bienes jurídicos como forma de referirse genéricamente a su efectiva lesión o su puesta en peligro.

¹⁰ Como cronológicamente esta doctrina es anterior a las otras los términos acuñados forman parte del instrumental empleado en las posteriores, aunque sea para rebatirlos.

¹¹ Op. cit., páginas 156 a 158.

¹² Con la desagradable excepción del artículo 494 bis del Código Penal.

¹³ Vid. Eduardo Novoa Monreal “El proceso de generación del delito”, páginas 55 y siguientes.

¹⁴ Ídem, aunque esto es común en la doctrina y no exclusivo del destacado autor.

¹⁵ En realidad la crítica sigue siendo válida, pues los sostenedores de la doctrina objetiva, en general, en lugar de recurrir a este criterio, acuden a los conocimientos concretos del autor, traicionando así la objetividad de su propuesta.

¹⁶ O más bien “la falta de”

¹⁷ A modo de ejemplo véase Pessoa, Nelson, “Fundamentos de la punición de la tentativa (...)", página 395, líneas 26 y siguientes. El autor afirma que no deberían quedar impunes porque desde el punto de vista político-criminal no es razonable. (!)

merecimiento de pena, estimamos necesario ante todo fundamentar la necesidad de punición de una conducta, entendiendo siempre a la proscripción bajo amenaza penal como una limitación a la esfera de actuación del individuo y, con ello, como una alteración al estado normal de las cosas, que si bien posible, necesitado de expresa justificación.

2. Teoría Subjetiva: El énfasis de esta doctrina es el opuesto, es decir, el desvalor de acción. Su origen se encuentra en la doctrina de Burí, ampliamente acogida por la jurisprudencia alemana. Tomando como base la teoría de la equivalencia de las condiciones, postula la incorrección de la distinción entre tentativas inidóneas y relativas. Dice que el delito tentado en realidad nunca lesiona un bien jurídico protegido, porque de ser así el hecho punible estaría consumado. Es decir, si el acto hubiese sido idóneo se habría consumado¹⁸. Excluye, por tanto, toda referencia a la relación causal entre la acción y el resultado.¹⁹ Lo que fundamenta el castigo de la tentativa es, según esta doctrina, la voluntad contraria a derecho manifestada por el autor²⁰. En esta doctrina no se prescinde de modo absoluto del plano objetivo, pero es indiferente su manifestación, es decir, poco importa que el individuo manifieste su voluntad de cometer un delito a través de actos idóneos o inidóneos; lo que importa es la manifestación de esa voluntad. Una de las grandes críticas que se hace a esta doctrina es que debería entonces castigarse la tentativa supersticiosa, pues no existe diferencia alguna entre quien quiere matar a otro con un muñeco de Vudú o quien quiere hacerlo con una dosis irrisoria de veneno; en ambas hay una manifestación de voluntad delictiva. Sin embargo, incluso quienes sostienen esta teoría son incapaces de llevarla hasta estas consecuencias, declarando casi en forma unánime la impunidad de esta tentativa²¹, viéndose obligados a retroceder frente a la aplicación de su propio criterio²². Encontramos criticable lo siguiente²³: Como bien indica Molina Fernández²⁴, la relación entre la norma de tentativa y la norma del delito consumado es de especialidad. En la segunda se agrega un elemento a la primera que describe la conducta con mayor detalle, el resultado, siendo común en ambas el tipo subjetivo. Entonces, eso quiere decir que cada vez que se cometa un delito consumado por necesidad se tiene que haber

¹⁸ Cfr. Jesús María Silva Sánchez, “Los límites de la tentativa punible (...)” página 164 y en especial nota a pie de página 40.

¹⁹ Apud, Ruperto Núñez Barbero “el delito imposible” páginas 58 y siguientes; Enrique Cury, “Tentativa y delito frustrado” páginas 158 y siguientes y Luigi Scarano “La tentativa” páginas 232 y siguientes.

²⁰ Este elemento será lo que caracterice a las doctrinas subjetivas.

²¹ Lo que demuestran al corregir de este modo su teoría es que, en realidad, no es posible explicar la tentativa a través de un criterio únicamente subjetivo sin llegar a consecuencias, en términos de Cury, “repugnantes”. Enrique Cury op.cit. página 160.

²² Aunque Cury dice que no debe por esas razones rechazar ese resultado, sino que debe rebatirse con razonamientos dogmáticos y político criminales. Cury, Loc. cit.

²³ Debemos decir que es un punto en que, al parecer, no ha reparado la doctrina.

²⁴ Op. cit., páginas 831 y siguientes

cometido también en su momento el delito tentado²⁵. Por tanto, se reafirma que en realidad la diferencia entre tentativa y delito consumado no se basa necesariamente en un error, sino que es una división de los momentos del delito²⁶. Por tanto, la afirmación de Buri que dice que toda tentativa es inidónea es falsa. Otro punto criticable a esta teoría es que se pierde el objetivo de protección de bienes jurídicos del derecho penal, pasando de un derecho penal del hecho (orientado hacia la protección de bienes jurídicos) a un derecho penal de autor (que apunta a sancionar rebeldías al ordenamiento jurídico)²⁷. Se ha dicho que lo que se asegura a través de la tentativa es la obediencia jurídica. En términos simples, la problemática es la siguiente: ¿el derecho penal busca asegurar la obediencia de los ciudadanos a normas de conducta, cual sea su contenido? Y si es así, ¿cómo justificamos sus consecuencias tan importantes en la esfera de los derechos del individuo?²⁸. Esto pareciera ser insostenible en un derecho penal liberal, y es por ello que se asocia a regímenes autoritarios, donde priman los intereses estatales de policía y control por sobre las necesidades de protección del individuo. Otra crítica a la que no escapa esta doctrina es la diferente penalidad para los delitos tentados, los frustrados y los consumados. Ésta no se explica si el fundamento de la tentativa es la voluntad contraria a derecho, pues ésta se encuentra idéntica en todos esos grados de desarrollo del delito²⁹, existiendo diferencias únicamente en el plano objetivo. Lo mismo podemos afirmar respecto a la impunidad de los actos preparatorios. Una crítica formulada por Núñez Barbero³⁰ es que si el tipo objetivo es indivisible, como dice Buri³¹, lo mismo podría afirmarse del tipo subjetivo y el camino a recorrer de ahí a un derecho penal de la mera causalidad es peligrosamente breve. Finalmente, de las palabras de Mezger³² podemos desprender otra crítica: se deriva el

²⁵ Aunque en el momento de darse el resultado la solución del concurso impida castigar a título de la norma de tentativa, porque se ha entrado en el imperio de una norma más especial.

²⁶ También sirve tener presente la situación de quien ha dado comienzo a la ejecución de un delito y abandona para continuar en un momento posterior. Aquí el individuo interrumpe la ejecución de un hecho que, imaginemos, es absolutamente idóneo para producir el resultado. Y es más, una decisión suya y no la intervención de un factor externo ha llevado a la no producción del resultado. ¿Se equivocó en la apreciación de los hechos? ¿podemos afirmar que acá no había tentativa idónea?

²⁷ Críticamente frente a esta doctrina semanifiesta Politoff en “Los actos preparatorios (...)” páginas 145 y 146 especialmente, pero también al tratar las doctrinas subjetivas, páginas 110 a 123.

²⁸ Todas las penas importan de un modo u otro la limitación o privación de un derecho fundamental. Por eso la noción de bien jurídico se alza como necesaria. Ha de existir una compensación a la pena y la disminución de la libertad general, a través de una protección a algo valorado como equivalente. Y en nuestro país con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, y específicamente con la regulación introducida en el artículo 351 con ocasión de la reiteración de delitos de la misma especie, en su inciso final, no puede construirse una norma penal que prescinda de la noción de bien jurídico.

²⁹ Y fundamentar el castigo únicamente en una voluntad contraria a derecho atenta contra lo que se concibe como un estado de derecho democrático, en el cual se sobreentiende la existencia de voluntades disidentes. Esto atenta contra el artículo 4 de la Constitución Política, entre otros.

³⁰ Op. cit. página 63

³¹Y, por tanto, según él, se dan todos sus elementos o no se dan del todo.

³² Apud Ruperto Núñez Barbero, op. Cit. ,Página 65 nota a pie de página 26 Esta teoría, dice “no considera que la vida práctica cuenta y debe contar en todo momento con la probabilidad y con los peligros (...) aun

deber ser del ser. Tan sólo constatando la no producción del resultado, que se debe a una contradicción entre el ánimo delictivo del sujeto y las concretas posibilidades de concreción, se valoran esos actos estableciendo que de ningún modo pudo darse ese resultado, lo que significa que, como en el ser el resultado no existió, ha de desaparecer el deber ser también, esto es su posibilidad de acaecimiento y con ello la eventualidad diferencia de valoración entre el peligro y la afectación³³.

3. Teoría de la impresión: Concebida por algunos como una moderación de la doctrina subjetiva³⁴, afirma que “el delito tentado causa una pérdida de la confianza en la seguridad jurídica, una especie de conmoción (impresión) y ello hace que haya que punir al mismo, para mantener tal confianza”³⁵. También haremos, por la similitud de su planteamiento, referencia a la teoría de Welzel³⁶, del “desvalor de acción”: según este autor, el injusto de los delitos atenta contra un sistema de valores elementales cuya subsistencia condiciona a su vez la subsistencia de la comunidad. A ambas consideramos pueden hacérsele, en principio, similares críticas. Primero, implican una instrumentalización del individuo, que se transforma en objeto de una pena para conseguir un objetivo social. Son, por tanto, atribuibles las críticas provenientes de un derecho penal liberal y de la idea de dignidad de la persona humana consagrada en nuestra Constitución, que coloca el valor del individuo como preferente a cualquier otro. Además, si el derecho penal se encarga de conseguir objetivos colectivos de satisfacción de un sentimiento jurídico, en realidad no hay motivo alguno para concebir al derecho penal en su visión garantista. Es más, si lo que se protege es la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico, tampoco hay necesidad alguna de recurrir al principio de legalidad. Bastaría, de algún modo, constatar la existencia de dicho quebrantamiento para la aplicación de una sanción. Sobre este punto se ha dicho que es extraño concebir que los delitos son una suerte de pruebas puestas por el legislador al individuo para probar su fidelidad al derecho, sin ninguna necesidad de referente material. Y tampoco explica que sólo se castiguen los delitos de este modo: el mismo criterio sirve para aplicar la reacción penal contra incumplimientos jurídicos de cualquier clase, pues siempre en ellos el sujeto podrá mostrar rebeldía frente al sistema jurídico. A la doctrina de Welzel se le pueden hacer en este punto las críticas que caben respecto a toda su teoría: La pérdida inevitable de la separación entre Moral y Derecho,

cuando con arreglo a puntos de vista causales, toda acción de tentativa, sin distinción, no sea causal para el resultado, ello no excluye el que desde otros puntos de vista pueda distinguirse (...”).

³³ Ilustrativa es al respecto el sarcástico ejemplo de Von Hippel, citado por Politoff op. cit., página 113: “Es tan inútil negar que en el primer caso hubo un peligro para el bien jurídico, que faltó en el segundo, como hacer equivalentes, por ejemplo, la situación del que volvió ileso de la guerra con la del que nunca se enroló para ir a combatir. (...) Según Von Buri y el Reichsgericht ninguno de nuestros soldados estuvo expuesto a peligro. Ellos creían que sí y la patria pensaba lo mismo. ¡Pero ese era un error subjetivo de toda Alemania! En peligro estuvieron sólo los caídos. Puesto que el curso causal es objetivamente necesario, el que quedó con vida no corrió peligro”.

³⁴ Politoff, Sergio op. cit., página 119.

³⁵ Extractado de Nelson Pessoa “Fundamentos de la punición de la tentativa(...) página 394.

³⁶ Cfr. Hans Welzel “Derecho penal alemán”. Vid. Cury, op.cit. páginas 170 y siguientes.

pues si lo que se busca asegurar son determinados valores sociales en definitiva la meta última es que los individuos acepten esas valoraciones como suyas. Esto es una injerencia injustificable en la esfera personal, al obligar al individuo a internalizar valoraciones estatales, todo bajo amenaza de sanción corporal. También asegurar que la incriminación de conductas obedece a la protección de “valores fundamentales” nos parece altamente dudoso. Primero, porque las normas, si bien son producto de una valoración, no se identifican con este proceso y pueden existir como tales con independencia de un cambio en esa valoración³⁷. Y también porque no consideramos que todas las normas puedan ser re conducidas a valoraciones fundamentales³⁸. Tampoco creemos que supere estas críticas la formulación que hace Cury diciendo que “debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado”³⁹. En este sentido, si por ejemplo, un conocido ladrón habitual cometiese un hurto o un robo consumado (y no sólo tentativa), no habría motivos para castigarle, pues la sociedad no debería esperar de él un comportamiento distinto, no deberían por tanto defraudarse sus expectativas⁴⁰.

4. Teoría del *Malgel am tatbestand*⁴¹: Intentan solucionar el problema de la extensión de la punición de la tentativa echando mano a los elementos del tipo, de modo que la falta de los elementos del tipo que excluyen el delito consumado también lo excluyen en su forma tentada. Es decir, nos hallaremos en presencia de tentativa cuando falte el resultado final de la norma. Por tanto, quien intenta matar a un individuo que ya había fallecido jamás podrá cometer tentativa pues faltan elementos de la descripción típica, el que se atente contra una persona viva. Entonces todo aquello que no es tentativa será delito imposible, pues faltan hechos. En la tentativa así concebida falta la tipicidad de la conducta. Y así se llega a la impunidad de conductas que han sido concebidas como “tentativas inidóneas punibles”. Así ,según esta postura, no es siquiera típica la acción de quien realiza prácticas abortivas sobre una mujer que no está embarazada. Si bien existen numerosas diferencias dentro de esta teoría, que también se ha calificado

³⁷ Obsérvese, por ejemplo, el artículo 448 quinques del código penal referido al hurto de crines, pelos, plumas, etc. Es dudoso a mi parecer afirmar que esa norma se corresponde con un valoración fundamental y actual.

³⁸ Piénsese en el artículo 374 del Código Penal. En caso de que hubiese un valor tras esa norma y éste fuese esencial, deberíamos concluir que no es vigente según nuestra Constitución.

³⁹ Enrique Cury, op. cit. Página 175.

⁴⁰ La diferencia con Gunther Jakobs es que este último afirma que la comunicación de la invalidez de la norma el sujeto ha de expresarla a través de procesos causales *relevantes desde el punto de vista comunicativo* (la cursiva es nuestra). Apud Nelson Pessoa, op. cit. página 395.

⁴¹ La que inexplicablemente Cury llama “malgel am tatbestand”. La traduce razonablemente como teoría del defecto del tipo ; Scarano, como “falta de elementos de la acción para coincidir con el tipo de delito” y Núñez Barbero, como “ausencia de tipo”, todos en sus respectivas obras citadas. Literalmente, quiere decir “falta de hechos”.

como una variante del paradigma objetivo⁴², baste con decir que en general resuelve muy bien los casos de tentativa absolutamente inidónea por falta de objeto. De aquí deriva su crítica, pues los casos de tentativa absolutamente inidónea por ineeficacia del medio serían punibles en todos los casos en que la ley no describiese exactamente la conducta⁴³.

5. Criterio del Error: Tal vez debimos referirnos antes a la relación entre delito putativo y delito imposible (tentativa inidónea absoluta), pero como están relacionados con el tema del error, preferimos tratar todo en su conjunto⁴⁴. Aquí se echa mano a dos clases de error para delimitar la tentativa punible: el error nomológico y el error ontológico. El primero implica una equivocación sobre las leyes que determinan los cursos causales, mientras que el segundo, un error sobre los actos ejecutados. Por ejemplo, error nomológico sería aquel en que incurre quien cree que al clavar alfileres sobre un muñeco de trapo causará mal a su enemigo, y un error ontológico, aquel en que incurre quien ignora que las balas disparadas contra su enemigo son de goma. Se busca evitar el castigo de las tentativas irreales y, en principio, un error nomológico no daría lugar a una tentativa, porque no se puede afirmar que el sujeto haya iniciado la ejecución de la acción típica. En cambio, el error ontológico sería punible. Como bien expone Molina Fernández⁴⁵, la diferencia entre ambos errores puede no ser tan clara (por ejemplo el caso de quien cree que mata a su enemigo al dar muerte a un ave, pues cree que es su actual forma). Además, la aplicación del mismo criterio a la inversa lleva a la punición de los errores de tipo que no sean sobre la causalidad, que es exactamente lo que ha sucedido en Alemania al amparo de las teorías subjetivas, castigando al error de tipo al revés (que corresponde a errores ontológicos) y dejando, sin razón aparente, impunes al error de prohibición al revés (que no se refieren a errores sobre cursos causales). Y también, como muy lúcidamente expone Silva Sánchez⁴⁶, la apreciación de un error nomológico es cultural. Aún más, como también dice Molina Fernández⁴⁷, no definimos los objetos en base a sus deslindes físicos, sino que en base a su capacidad funcional de intervenir en el mundo. Es decir, al pensar en una pistola no sólo la percibimos como objeto metálico en su forma, color y tamaño, sino que también (y principalmente) en su funcionalidad de instrumento de violencia. Por tanto, la distinción error nomológico-error ontológico pierde su razón de ser. Respecto a las relaciones entre delito putativo y delito imposible, tras estas explicaciones, es el momento adecuado de tratarlas. Cury analiza este tema afirmando que en el delito

⁴² Politoff, Sergio “Los actos preparatorios (...)” página 111, especialmente la nota al pie número 250 y el texto al que ésta acompaña.

⁴³ Es decir, la mayoría.

⁴⁴ Además, los autores en general presentan dos estructuras para tratar este tema: o bien antes de la exposición de las doctrinas o posterior a ellas. En general, no obstante entender la problemática general de la tentativa el no delimitar de inmediato la frontera entre estos dos conceptos.

⁴⁵ Op. cit. páginas 842 y siguientes.

⁴⁶ Op. cit. Loc. cit. Así, por ejemplo, hace 200 años todo el mundo entendía que las prácticas supersticiosas eran nomológicamente aptas para causar atentados serios contra la salud e incluso la vida.

⁴⁷ Op. cit. loc. cit.

putativo⁴⁸ habría un error de prohibición al revés, mientras que en la tentativa inidónea un error de tipo al revés. Es en esto último donde discrepamos firmemente. Aunque la distinción parece casi mínima, consideramos que se trata de un error de subsunción al revés. Así, quien cree estar cometiendo el delito del artículo 252 del código penal sin ser empleado público no es que crea erróneamente que concurre sobre él el elemento típico “funcionario público”, sino que erróneamente subsume su conducta ampliando la extensión del tipo penal⁴⁹. Fuera de esto, creemos haber dejado en claro que la tentativa no se trata fundamentalmente de un desarrollo imperfecto del delito, sino de un desarrollo incompleto⁵⁰. De todos modos, esta sutil diferencia acarrea importantes efectos prácticos, pues en la corriente subjetiva se entiende que los errores de tipo al revés son formas de tentativas inidóneas las que, por regla general, son punibles. Por tanto se castiga a la joven que, creyéndose embarazada, intenta causarse un aborto con un brebaje inocuo, el intento de dar muerte a un cadáver, tentativa de hurto ignorando el consentimiento del dueño, etcétera⁵¹. Incluso últimamente la doctrina mayoritaria en Alemania ha comenzado a afirmar que, en aquellos casos en que el tipo exige una cualidad especial que el sujeto no reviste, será de todos modos punible su conducta a título de tentativa inidónea, cambiando la tradicional postura de calificar esta situación como error de prohibición al revés, impune⁵².

6. Toma de posición respecto al problema: Llegados a este punto, quien haya leído nuestro tratamiento sobre la problemática de la tentativa inidónea habrá notado dos cosas. Una es nuestra notoria animadversión hacia las teorías que hacen énfasis en el aspecto subjetivo. La segunda, que hay ciertas problemáticas que hemos evitado agotar en los apartados anteriores. Esperamos que al concluir este punto queden satisfechas ambas inquietudes. En nuestra opinión, la construcción de una explicación satisfactoria a los límites de la punibilidad de la tentativa no debe construirse con la metodología utilizada por los autores. El establecimiento de la diversas posturas ha llegado a dejar ciertos casos o dentro de la punición o fuera del campo de ésta y, en lugar de asumir estos resultados, han aplicado correctivos a las diversas teorías con un resultado más bien curioso: fuera de posturas extremas, la mayoría de los casos encuentra una solución similar (por eso también nos preocupamos de mostrar las formas originales de las teorías, pues tras la aplicación de los correctivos sería poco fructífero exponer una a

⁴⁸“Delito putativo consiste en la ejecución de un conducta que el autor cree, erróneamente, típica, pero en realidad no lo es” Enrique Cury, “Tentativa y delito frustrado”, página 148.

⁴⁹ En realidad, las consecuencias no son tan mínimas. Lo anteriormente dicho, aplicado a la problemática de la tentativa de sujeto inidóneo, evitaría la punición de dichas conductas.

⁵⁰ Vid. supra, II apartado 2. Puesto que todo delito consumado conlleva previamente la comisión de una tentativa, no punible en razón del principio de especialidad, es de toda lógica que es una fase y no una falla del delito.

⁵¹ Todos casos reales de condenas en Alemania siguiendo esta postura. Véase Politoff, Sergio op. cit. Páginas 113 y siguientes.

⁵² Entonces se sancionaría al sujeto que, creyendo estar investido legalmente en el cargo de funcionario público, acepta dádivas por el ejercicio de su cargo, aun cuando el especial deber que fundamenta la sanción de la conducta estaría del todo inexistente.

una sus soluciones). Es de nuestro parecer que lo más fiel a la rigurosidad científica es establecer un criterio basado en la teoría general de las normas, en las funciones y fines del derecho penal dentro de los límites del ordenamiento jurídico positivo. Los casos que queden dentro o fuera deberán permanecer allí o cambiar del todo la teoría. En esto la doctrina ha demostrado trabajar sobre una excesiva casuística y haber malinterpretado el significado de “un derecho penal orientado a las consecuencias”⁵³. Según nuestro entender debemos partir con el cumplimiento de las normas jurídicas. En principio, el cumplimiento de ellas es externo, es decir, independientemente de la voluntad del individuo, pues siendo el derecho un mínimo ético, éste satisface los imperativos de conducta⁵⁴ con independencia de sus motivaciones internas. En cambio, la infracción de la norma penal es objetiva y a la vez subjetiva. Pero esto no por una necesidad del fenómeno normativo, sino por la evolución del derecho penal. En principio, el derecho penal podría volver a conformarse únicamente con una infracción externa. Perdería obviamente toda su fisonomía actual garantista, pero no su carácter de norma. Es más, incluso hoy ciertos sectores del ordenamiento se conforman con infracciones externas (en materia de responsabilidad por daños, por ejemplo). De lo anterior se desprende el orden en que debe hacerse el análisis de la infracción normativa. Para constatar el incumplimiento del sujeto se debe primero determinar la existencia de una contrariedad externa, que es lo que le da fisonomía a la orden jurídica. Por tanto, la apreciación de la infracción subjetiva no es necesaria y tampoco puede dar subsistencia a la norma⁵⁵. Es un absurdo constatar primero una voluntad de infracción de la norma o, peor aún, un intento de querer infringir la norma⁵⁶ cuando en lo objetivo aún no hay quebrantamiento alguno (o decir que es irrelevante). Entonces la norma primaria debe ser infringida en lo objetivo primero (obviamente es para nosotros, como ya hemos dicho, insostenible hoy una norma que se baste en lo externo⁵⁷ de su infracción). Pero ¿cómo determinamos la existencia de una infracción normativa? ¿y cómo se relaciona esto con el límite de la tentativa punible? Nuestra convicción es que el camino histórico correcto parte de la teoría objetiva, pasa por el *Mangel am Tatbestand* y debe concluir con la teoría de la imputación objetiva. Lo cierto es que la primera para nosotros es correcta, pero incompleta. ¿Cómo deberíamos construir el tipo de tentativa a partir de, por ejemplo el delito de homicidio? Debemos, de algún modo, establecer el principio de ejecución exigido por el artículo séptimo del Código Penal. Si nos quedamos con la sola exigencia de la existencia de “hechos”, dejamos la puerta abierta para las doctrinas subjetivas. Si bien en ellas no se afirma nunca directamente la suficiencia de la voluntad contraria a la norma, al restarle valor absoluto a los requisitos de la acción, se quedan en lo mismo. Los hechos ejecutados por el individuo no son relevantes para evidenciar una contradicción de voluntad con

⁵³ Por eso también tratamos de evitar caer en el error de tratar excesivamente los ejemplos.

⁵⁴ Decimos en principio, porque se podría construir una norma subjetivizada. Pero ese es el objeto del apartado posterior.

⁵⁵ De ahí el viejo principio de que no es castigable el pensamiento.

⁵⁶ Es lo que desprendemos de nuestra lectura de la página 846 de Molina Fernández, Op. cit.

⁵⁷ Incluso en materias extrapenales.

la norma, sino que deben ser conectados de algún modo con la norma. Es decir, para fundamentar la punición del individuo que quiere matar a otro debemos conectar esos hechos a través de los cuales expresa su voluntad de delinquir con la norma de consumación (por tanto, la relación de la voluntad no es directa, como en la teoría subjetiva). Y ¿cómo los conectamos? Pensando, como dijéramos antes en un homicidio debemos fijarnos en la conducta que describe la norma. Y nos percataremos que el artículo 391 del Código Penal no describe la conducta en sí, sino un resultado⁵⁸. La conducta “matar” no está determinada, puede ser realizada de muchas maneras⁵⁹. Entonces podrá alguien afirmar que las conductas que causen ese resultado debieran quedar en el tipo de consumación y las que sean susceptibles de causarlo en el tipo de tentativa. Pero la doctrina ha pasado años mostrando la obsolescencia de la causalidad⁶⁰ como criterio autosuficiente. Entonces debe ser otro el criterio, a nuestro parecer la imputación objetiva, no en su concepción original como la imaginara Honig, sino en su actual concepción normativa nos permite delimitar las conductas punibles de tentativa. Anticipamos, eso sí, que los resultados son similares a la doctrina objetiva⁶¹. La constatación de existencia de una tentativa entonces será con la creación, imputable objetiva y subjetivamente al individuo, de un riesgo desaprobado jurídicamente por la norma y contrario al fin de protección de ésta. El peligro no es causal, sino normativo. El resultado no es material, sino jurídico. Así, quien mete la mano en el bolsillo derecho de la chaqueta de alguien con la intención de apropiarse de un objeto que en realidad estaba en el bolsillo izquierdo sí comete tentativa punible, pues ha atentado contra el fin de protección de la norma que pena el hurto, afectando en este caso la relación de disponibilidad del dueño sobre su patrimonio, no privándole de él, sino que inmiscuyéndose. Quien dispara un arma contra un individuo provisto de chaleco antibalas también crea un riesgo jurídicamente desaprobado, aunque el resultado muerte en este caso es de difícil producción⁶², pues la salud e integridad del sujeto han sido puestas en riesgo. Así también quien realiza prácticas abortivas sobre una mujer no embarazada con su consentimiento no comete tentativa alguna, pues no hay ningún riesgo desaprobado respecto de este delito mientras no exista feto, pero si realiza actos que de estar embarazada llevarían a un aborto violento sin consentimiento, comete tentativa punible, pues entendemos que en el delito de aborto sin consentimiento mediante violencia se protege, junto a la vida dependiente del feto, la salud e integridad corporal de la madre. Así, los casos de tentativa de sujeto inidóneo nunca serían punibles, pues la norma los excluye de quienes crean desaprobadamente

⁵⁸ Para simplificar nuestra explicación evitaremos referirnos al homicidio calificado en que la norma describe ciertas modalidades de ejecución.

⁵⁹ El ingenio humano ha mostrado ser particularmente prolífico en esto.

⁶⁰ No es esta tribuna para que nos explayemos sobre este punto, pero baste decir que el paradigma casual-naturalista que influyó el pensamiento dogmático ha sido dejado de lado hace ya medio siglo.

⁶¹ Y, en cierto modo más limitados.

⁶² Muchos juristas afirman livianamente que en este caso el bien jurídico no ha corrido peligro alguno. Estoy seguro que si alguno de ellos vistiera un chaleco antibalas y recibiera un disparo dejaría en el acto de pensar de tal modo.

ese riesgo (porque si para ellos la conducta no está prohibida para su modalidad comisiva, quiere decir que pueden realizar la conducta dañando un bien jurídico, pero ese daño no constituye un riesgo desaprobado o que a entender del legislador, por no revestir la calidad exigida en el tipo, su conducta será siempre inocua para el bien jurídico). Esta reformulación de la tentativa es perfectamente compatible con el concepto establecido por el legislador en el artículo séptimo del Código Penal, pues determina el *principio de ejecución por hechos directos* cuando haya hechos orientados por una resolución delictiva exteriorizados a través de la creación de un riesgo para el bien jurídico desaprobado por la norma.

III. LÍMITES A LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA DE TENTATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Ahora, expuesto lo anterior, es difícil para nosotros sostener como plausible la construcción de una norma subjetivizada de tentativa. La misma teoría de las normas jurídicas, a nuestro entender, obliga a separar aquellas que se cumplen sólo externamente (derecho) de aquellas normas cuyo cumplimiento es interno (moral). En adición a eso, nuestro ordenamiento jurídico penal realiza valoraciones distintas de los hechos, según el grado de afectación de los bienes jurídicos. La existencia de la distinción entre delito frustrado y tentativa es prueba de ello. Y la impunidad de actos preparatorios y la impunidad de la tentativa de la mayoría de las faltas también nos hace entrever que por más que exista un resolución firme de delinquir, por regla general no se castiga y, por tanto, éste no es el elemento relevante del castigo (hasta acá hemos repetido lo antes dicho). También la doctrina nacional hace uso de la locución “directos” del artículo séptimo del Código Penal. La RAE define “directo” en su tercera acepción como “que se encamina derechamente a una mira u objeto”. Es claro que este encaminamiento no puede hacerse prescindiendo del plan del autor, a través de su intención estableceremos el fin. Pero la relación entre la finalidad del autor y los hechos considero debe ser subsumida en la expresión “hechos directos”, según la perspectiva de un observador medio en una perspectiva *ex ante* y no *ex post*, es decir, el criterio llamado también de *prognosis póstuma*⁶³, donde el peligro al bien jurídico debe determinarse sobre la base de la situación a la época de la realización del hecho, considerando las circunstancias que pudieron estar en conocimiento del agente y no aquellas que efectivamente estuvieron, sean éstas inferiores o superiores en número a las primeras.⁶⁴ Cabe hacer, finalmente, referencia también a la ley 11.625 sobre estados antisociales. Su artículo 33 decía en su inciso tercero: “para el solo efecto de la declaración de habitualidad criminal el tribunal podrá considerar, además de las sentencias condenatorias, los hechos establecidos que, habiendo dado lugar a la formación de causa criminal, no hayan sido estimados bastantes para la aplicación de una pena (...) en razón de no

⁶³ Véase Politoff, Sergio “Los actos preparatorios (...)", páginas 108, 109 y 139.

⁶⁴ En realidad, creemos que la única manera de ser respetuosos con el principio de legalidad es interpretar el máximo posible de elementos de la norma penal desde la perspectiva de un observador medio, en desmedro de las consideraciones al conocimiento particular del autor. Esto otorga una objetividad similar a los criterios que han sido delimitados por la ley.

ser constitutivos de delito por falta de idoneidad del medio empleado o inexistencia del objeto". Esta norma en la doctrina nacional es citada por Cury⁶⁵, Politoff⁶⁶ y por Novoa Monreal⁶⁷. El primero entiende en ella un reconocimiento de tentativas inidóneas punibles, mientras que los últimos afirman que establece la impunidad de los casos de tentativa inidónea⁶⁸. Entonces, los argumentos que debemos refutar son los del primero. Considerando que la norma atribuye efectos jurídicos a estos hechos no aptos para constituir delito, concluye que todas las tentativas, idóneas como inidóneas, son antijurídicas, basándose en que no se explica cómo puedan hacer efecto en base a la declaración de habitualidad del tribunal. Objetamos a este autor es la consecuencia que extrae de esta norma. Dice que, al referirse a hechos no estimados bastantes para la aplicación de una pena "en razón de no ser constitutivos de delito por falta de idoneidad del medio empleado o inexistencia del objeto", debe concluirse que existen hechos bastantes para la aplicación de una pena (y constituir delito) "aunque se los haya realizado empleando medios inidóneos o el ataque se haya dirigido contra un objeto inexistente"⁶⁹. Nosotros extraemos la conclusión exactamente contraria. A nuestro juicio la norma establece que los hechos inidóneos o la falta de objeto serán siempre casos no constitutivos de delito. Esta discusión hoy es estéril, pues la ley 19.313 modificó la ley 11.625 derogando el título primero, donde se encontraba el artículo 33. Todas estas consideraciones de *lege lata*, entendemos, cierran la posibilidad a una construcción subjetiva de la tentativa en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. CONCLUSIONES.

1. Los resultados de nuestra investigación creemos revelan de un modo claro la imposibilidad de fundamentar el castigo de una tentativa absolutamente no idónea en nuestro ordenamiento jurídico penal, si bien consideramos que la clasificación entre tentativas absolutamente y relativamente inidóneas es obsoleta, por su raigambre causal-naturalista y debe abandonarse a favor de criterios normativos.
2. Las doctrinas expuestas son excesivamente casuísticas y dispersas en el tema y ,por lo mismo, llegan al punto de crear confusión, además de plantear más inconsistencias que soluciones.
3. Los resultados finales de las doctrinas tienden en alto grado a la homogeneización, independientemente de sus planteamientos iniciales, lo que parece indicar la necesidad de encontrar criterios diversos que expliquen satisfactoriamente dichas conclusiones.

⁶⁵ Op. cit. página 160 y páginas 179 y siguientes.

⁶⁶ Op. Cit., página 137.

⁶⁷ Op. cit. páginas 62 y 63.

⁶⁸ La mayoría para Novoa Monreal. En cambio para Politoff establecería "la índole *no delictiva* reconocida en nuestro sistema jurídico al *delito imposible*" (cursivas en el original) op. cit., loc. cit.

⁶⁹ Op. cit. página 180.

4. Nuestro ordenamiento jurídico es suficiente en lo que se refiere a la determinación del campo punible de la tentativa, pues entrega un campo normativo orientado según criterios objetivos, excluyendo por tanto la construcción de tipos subjetivizados de tentativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Lecciones de derecho penal” volumen II. Editorial Trotta.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, “Recopilación de Leyes por orden numérico”, tomo 42.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, ”Recopilación de leyes y reglamentos”, tomo 106.
- CARRARA, Francesco, “Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito”. Ediciones Góngora, Madrid, 1926.
- CURY URZÚA, Enrique “Derecho penal” parte general tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992.
- CURY URZÚA, Enrique “Tentativa y delito frustrado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho penal” tomo segundo Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- GOMEZ MARTÍN, Víctor.”Los delitos especiales” tesis doctoral Universidad de Barcelona, 2003.
- GACETA DE LOS TRIBUNALES, Imprenta Balcells & Co., Santiago, 1925.
- GACETA DE LOS TRIBUNALES, Dirección General de Prisiones, Santiago, 1943.
- GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho penal” parte general tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- LARA SÁENZ, Leoncio “Procesos de investigación jurídica” , Universidad Autónoma de México, México DF 1991.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Antijuridicidad penal y sistema del delito”, Universidad Externado de Colombia, 2003.

MIR PUIG, Santiago “Significado y alcance d la imputación objetiva en el derecho penal” en “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, 2003.

NOVOA MONREAL, Eduardo. “Curso de derecho penal chileno” parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.

NOVOA MONREAL, Eduardo. “El proceso de generación del delito” en “revista de derecho y ciencias sociales”, número 124, Universidad de Concepción, 1963.

NÚÑEZ BARBERO, Ruperto “El delito imposible”, Salamanca 1963.

PESSOA, Nelson “Fundamentos de la punición de la tentativa. El acto de tentativa es expresión objetivada bajo forma de riesgo prohibido de una voluntad final prohibida”, en “Nuevas formulaciones en las ciencias penales”, libro homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001.

PROBLEMAS ACTUALES DE LAS CIENCIAS PENALES Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires 1970.

POLITOFF, Sergio “Los actos preparatorios del delito: tentativa y frustración”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

POLITOFF, Sergio con Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia “Lecciones de derecho penal chileno” parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003

REVISTA DE CIENCIAS PENALES, Dirección General de Prisiones, Santiago ,1938

SOBRE EL ESTADO DE LA TEORÍA DEL DELITO Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Editorial Civitas

SCARANO, Luigi. “La tentativa”, Editorial Temis, Bogotá, 1960

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Los límites de la tentativa punible. Una perspectiva epistemológica. Con especial referencia al código penal español de 1995” en “Revista de derecho” año 7, Universidad Católica del Norte, 2000

VELA TREVIÑO, Sergio “La antijuridicidad en la tentativa” en “Memoria del primer congreso mexicano de derecho penal”, Universidad Autónoma de México, México DF 1982.