

LA TENTATIVA Y EL DESISTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES*

Juan Pablo Mañalich Raffo*

INTRODUCCIÓN; PRIMERA PARTE: CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN: 1. La punición de la tentativa como adelantamiento de la punibilidad; 2. La fundamentación de la punibilidad de la tentativa: a) Teorías objetivas; b) Teorías subjetivas; c) La teoría de la impresión; d) La teoría de la expresión; 3. La peligrosidad ex ante como criterio de determinación de la punibilidad de la tentativa. El problema de la punibilidad de la tentativa inidónea; 4. Excurso: los delitos de peligro abstracto como forma adelantamiento de la punibilidad; SEGUNDA PARTE: EL ITER CRIMINIS Y LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA TENTATIVA: 1. El iter criminis. Preparación y principio de ejecución; 2. El iter criminis. Ejecución completa o incompleta de la conducta típica. Tentativa inacabada y acabada. Tentativa y delito frustrado; 3. Excurso: ¿Agotamiento más allá de la consumación?; 4. El tipo subjetivo de la tentativa; TERCERA PARTE: EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA: 1. El fundamento de la impunidad por desistimiento: a) Teorías jurídicas; b) La teoría político-criminal; c) Teorías de la insignificancia de la culpabilidad o del resarcimiento de la culpabilidad; d) La teoría del fin de la pena; 2. La posición sistemática del desistimiento; 3. La exigencia de voluntariedad del desistimiento; 4. La posibilidad de consumación como presupuesto del desistimiento; 5. ¿Imputación del desistimiento activo?; 6. Excurso: el desistimiento fracasado.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no constituye un artículo de tesis. Esto quiere decir que su pretensión no consiste en formular consideraciones que sirvan de base para la construcción de una solución de uno o más problemas dogmáticos. Su pretensión consiste en formular algunas consideraciones dirigidas a la identificación de las estructuras conceptuales básicas que subyacen a las principales categorías utilizadas en la reconstrucción dogmática de la regulación de la tentativa y el desistimiento. En este sentido, se persigue establecer una conexión mínima entre el discurso desarrollado a este respecto en Alemania y España, por una parte, y el discurso desarrollado hasta ahora en Chile, por otra. La expectativa, entonces, se concentra en la insinuación de la conveniencia de hacerse cargo del primer discurso en la continuación de la elaboración del segundo.

PRIMERA PARTE: CUESTIONES DE LEGITIMACIÓN

1. *La punición de la tentativa como adelantamiento de la punibilidad*

* El presente trabajo constituye una versión corregida de la cédula correspondiente al examen de licenciatura rendido el 30 de julio de 2003.

* Licenciado en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Colaborador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal expresan, fundamentalmente, normas punitivas. Se trata de reglas de imputación estructuradas como reglas condicionales: la aplicación de la consecuencia (esto es, la pena) por parte del adjudicador requiere que el destinatario de la norma de comportamiento subyacente a la norma punitiva haya realizado el supuesto de hecho de la misma (esto es, el tipo); y, ciertamente, que no resulten aplicables otras reglas que excluyan la aplicabilidad de dicha consecuencia, por ejemplo, reglas permisivas (que operen como causas de justificación) o reglas de exculpación.

Bajo la sola consideración de las reglas expresadas en las disposiciones de la Parte Especial, para que el adjudicador pueda aplicar la consecuencia establecida en la norma punitiva, la realización del supuesto de hecho de la norma punitiva por parte del destinatario de la norma de comportamiento subyacente a la norma punitiva debe ser completa: en términos de dogmática penal, la realización del tipo debe alcanzar la consumación. Sin embargo, existen en la Parte General del Código Penal disposiciones que expresan reglas que extienden la posibilidad de aplicar, ya sea total o parcialmente, la consecuencia establecida en la norma punitiva a casos en que el destinatario de la norma de comportamiento no realiza completamente el supuesto de hecho de la norma punitiva. Tal es el caso de las reglas de la tentativa, que precisamente posibilitan que el adjudicador imponga la pena conminada en la norma punitiva en casos en que la realización del tipo es, no obstante, incompleta¹.

Lo anterior conduce a la comprensión de las reglas de la tentativa como reglas a las cuales corresponden tipos, esto es, supuestos de hecho, subordinados a los tipos expresados en la Parte Especial. El tipo de la tentativa es, entonces, al menos desde una perspectiva formal, un tipo dependiente. Esto suele ser expresado recurriendo al siguiente juego de palabras: sería punible la *tentativa* de delito, no el *delito* de tentativa.

Desde un punto de vista material, el adelantamiento de la punibilidad a estadios anteriores a la consumación suele justificarse, en términos muy generales, sobre la base de la siguiente consideración estándar: si el Estado emprende la persecución del delito porque éste amenaza la seguridad pública, “¿no sería más lógico intervenir y prevenir el daño antes de que ocurra? ¿Por qué no detener y castigar al delincuente cuando está a punto de cometer el delito? Aquí es donde surge el concepto de tentativa”².

La cuestión de la legitimación del adelantamiento de la punibilidad supone una referencia a criterios y categorías materiales. Sin embargo, tanto el concepto de consumación como el concepto de tentativa son conceptos formales³. La consumación de un determinado tipo, esto es, la realización completa del supuesto de hecho de una norma

¹ Que tal sea el caso también tratándose de las reglas de autoría y de participación, constituye una pregunta sumamente compleja. Específicamente en el ámbito de la autoría, la cuestión depende en buena medida de que se recurra a una teoría formal o a una teoría material para su reconstrucción dogmática. Bajo la teoría del dominio del hecho en tanto teoría material, por ejemplo, se suele sostener que las distintas modalidades de autoría (tanto la autoría directa como la autoría mediata y la coautoría) serían directamente subsumibles como formas de ejecución en los tipos de la Parte Especial, sin que a su respecto las reglas correspondientes de la Parte General desempeñen una función propiamente constitutiva.

² Fletcher, *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 249.

³ Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de la 2ª edición alemana, Marcial Pons, Madrid, 1997, Apartado 25, núm. 1g., pág. 855; Del mismo autor, “Consumación material en los delitos de lesión contra la persona”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [RECPC], 04-13 (2002), págs. 2 y 3, <http://criminet.ugr.es>, consultado el 8 de julio 2004.

punitiva, no prejuzga en modo alguno cuál sea la relación entre esa realización completa y el grado de afectación del objeto de protección de la norma. En otros términos, no existe una vinculación necesaria entre consumación y lesión de un bien jurídico: en este sentido, por ejemplo, los delitos de peligro también se consuman con la completa realización del tipo.

El concepto de lesión de un bien jurídico, en cambio, sí es un concepto material que puede servir de referencia para la comprensión del problema de legitimación a que se enfrenta el adelantamiento de la punibilidad. Es sumamente discutible, sin embargo, que el principio de protección de bienes jurídicos constituya un criterio adecuado para la evaluación de la satisfacción de los estándares de legitimación a que debe sujetarse tal adelantamiento.

Tradicionalmente se entiende que el límite a que se enfrenta todo adelantamiento de la punibilidad (no sólo la tentativa, sino también los delitos de peligro, la punibilidad de actos preparatorios —en sentido material— como delitos autónomos, etc.) está constituido por el denominado “principio del hecho”: *cogitationis poenam nemo patitur*, principio que se corresponde con la tesis de que “[e]n el Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos”⁴. Lo que se debe poner de manifiesto, sin embargo, es que no puede asumirse sin más la existencia de una relación de optimización conjunta entre el principio del hecho y el principio de protección de bienes jurídicos.

En esta dirección destacan las observaciones formuladas por el profesor Günther Jakobs⁵. Según Jakobs, en efecto, la referencia a la protección de bienes jurídicos sería uno de los principales factores en la explicación de la generalizada disposición a aceptar las diversas manifestaciones de la tendencia actual a la anticipación de la punibilidad. Esto porque el principio de la protección de bienes jurídicos “induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico”, lo cual, como único punto de partida, “conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva de la esfera jurídica del autor”⁶. En tal medida, el autor pasa a ser definido (sólo) como fuente de eventual peligro para el bien jurídico, esto es, como enemigo del bien jurídico, sin que se le reconozca una esfera privada en la cual se garantice la no-relevancia social (y jurídico-penal) de su conducta.

Según Jakobs, a la definición del autor como enemigo del bien jurídico debe contraponerse una definición del autor como ciudadano, pues “del status de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad”⁷. Esto supone una definición normativista y no naturalista del sujeto. Al ciudadano se debe atribuir un ámbito privado, una “esfera civil interna” en cuyo contexto su propia organización como sujeto ha de ser declarada no susceptible de constituir una perturbación social. De esto se deriva que “así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada, en la medida en que la esfera privada no

⁴ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Autor/es, 5ª edición, Barcelona, 1998, Lección 13, núm. 4.

⁵ Jakobs, *Criminalización en un estadio previo la lesión de un bien jurídico*, en, del mismo, “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 y ss.

⁶ *Ídem*, pág. 295.

⁷ *Ídem*, *loc. cit.*

concurra con la de otra persona y deje entonces de ser privada”⁸. La intromisión estatal vía ejercicio del *ius puniendi* en la esfera civil interna del sujeto da lugar, según Jakobs, a un Derecho penal de enemigos, “que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”⁹.

La observancia de un Derecho penal de ciudadanos conduce a una determinada comprensión de la relación entre la fase interna y externa del comportamiento delictivo. Para Jakobs, “[L]a pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores”¹⁰. Esta tesis presenta especial relevancia para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, especialmente la de la tentativa inidónea.

2. *La fundamentación de la punibilidad de la tentativa*

Más allá de los problemas generales de legitimación a que se ve enfrentada la punibilidad de la tentativa en tanto forma anticipada de criminalización, la articulación de la explicación de su punibilidad da lugar a muchas y muy diversas construcciones dogmáticas. Sin que resulte en modo alguno posible emprender un examen exhaustivo de todas esas construcciones, en lo que sigue se efectuará una referencia a aquellas que resultan más significativas, sobretodo en función de su vinculación con construcciones generales acerca de la estructura del sistema de la teoría del delito.

a) *Teorías objetivas*

Por teorías objetivas se entiende el conjunto de aquellas concepciones que fundamentan la punibilidad de la tentativa en función de su peligrosidad. De ahí que se sostenga que su denominación más adecuada sería la de “teorías de la peligrosidad”. Una fundamentación tal de la punibilidad de la tentativa se encuentra ya en Feuerbach¹¹, a partir de cuya propuesta una importante corriente doctrinaria postularía la formulación de un juicio de peligrosidad *ex post* como criterio de demarcación de la punibilidad y la impunidad de la tentativa¹². La exigencia de la verificación de una puesta en peligro *ex post* se formula para desempeñar la función político-criminal de excluir la punibilidad de la tentativa inidónea, y en cierta medida conduce a la equiparación de la estructura típica de la tentativa a la de los delitos de peligro concreto. Sobre esto se volverá a propósito del análisis del problema de la punibilidad de la tentativa inidónea. En todo caso, cabe señalar que esta teoría objetiva ha perdido mucho peso específico en el contexto de la discusión dogmática.

Mucho más importante en la actualidad es la teoría que, postulada en primer término por von Liszt y desarrollada principalmente por von Hippel, exige una peligrosidad *ex ante* para la afirmación de una tentativa punible. Su importancia se debe al

⁸ *Ídem*, págs. 297 y 298.

⁹ *Ídem*, pág. 298.

¹⁰ *Ídem*, pág. 302.

¹¹ Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, traducción de la 14ª edición alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, § 42.

¹² Vid. Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pág. 132-136.

hecho de que bajo esta teoría el problema de la punibilidad de la tentativa puede ser vinculado a la hoy ampliamente dominante teoría de la imputación objetiva¹³. Para los efectos de esta exposición, por imputación objetiva se entenderá el juicio en virtud del cual un determinado resultado es imputado a un cierto comportamiento, el cual a su vez es imputado a un determinado tipo de delito. De esto resulta que el juicio de imputación objetiva se estructura en dos niveles o escalones distintos: en un primer nivel de imputación, se trata de examinar si el comportamiento ha creado un riesgo jurídico-penalmente relevante (imputación del comportamiento); en un segundo nivel de imputación, se trata de determinar si ese riesgo -creado por el comportamiento- se ha realizado en el resultado (imputación del resultado)¹⁴.

La distinción entre los dos niveles que integran el juicio de imputación objetiva es de suma importancia. Primero, porque la perspectiva bajo la cual se verifica uno y otro juicio de imputación objetiva es distinta: la creación del riesgo se evalúa *ex ante*, en el sentido de una *prognosis objetivo-posterior*, esto es, desde el punto de vista de un observador inteligente situado en la posición del autor y dotado de los conocimientos especiales de éste, en tanto que la realización del riesgo en el resultado se evalúa *ex post*¹⁵. Y segundo, porque la exclusión de la imputación (ya) en el primer nivel conduce, *prima facie* al menos, a la irrelevancia típica del comportamiento, mientras que la exclusión de la imputación (sólo) en el segundo nivel no impide la punición por tentativa. En efecto, lo que caracteriza a los supuestos en que se imputa responsabilidad por tentativa y no por consumación es precisamente, tratándose de delitos de resultado, la no-producción del resultado, por lo cual a su respecto debe excluirse desde ya la imputación en el segundo nivel. Sin embargo, lo anterior no obsta a que el juicio de imputación objetiva sí sea practicable en el primer nivel de imputación. Así, la conducta será punible a título de tentativa cuando la misma sea enjuiciable como una conducta creadora de un riesgo típicamente relevante desde una perspectiva *ex ante*.

La nueva teoría de la peligrosidad en clave de imputación objetiva debería conducir a una solución diferenciada para el problema de la punibilidad de la tentativa inidónea, dado que tradicionalmente la calificación de la idoneidad o la inidoneidad de la tentativa ha sido vinculada a un juicio *ex post*, en circunstancias que para esta teoría lo decisivo para la punibilidad de la tentativa es el juicio de peligrosidad *ex ante*. Sobre esto se tratará más adelante.

b) Teorías subjetivas

Una primera variante de una teoría subjetiva para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa es aquella que tradicionalmente se ha atribuido a la jurisprudencia alemana, tanto al antiguo Tribunal del Reich como al actual Tribunal

¹³ Así, Roxin, “Acerca del fundamento penal de la tentativa”, en *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pág. 267; Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 21], pág. 197.

¹⁴ Esto más allá de la cuestión terminológica relativa a si se denomina “imputación objetiva” a ambos niveles de imputación o sólo a la imputación del resultado en sentido estricto. La segunda posición es defendida por Frisch, quien sostiene que debe reservarse la expresión “imputación objetiva” para el problema de la imputación del resultado a la conducta, puesto que en la determinación de la creación del peligro desaprobado de lo que se trata no es de la imputación sino de la configuración de la conducta como prohibida, esto es, de la corrección de la conducta (*vid.* Frisch, “La Imputación Objetiva: Estado de la Cuestión”, en Roxin-Jakobs-Schünemann-Frisch-Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 59 y ss).

¹⁵ *Vid.* Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la segunda edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, § 11, núm. 32, 46 y 77.

Supremo¹⁶. Construida a partir de una inversión de la teoría de la *condicio sine qua non*, en el sentido de que si tras la realización de la acción en cuestión no se ha producido el resultado, entonces esa acción, en esas circunstancias, no ha podido ser condición y, por ende, causa de ese resultado, esta teoría niega la posibilidad de distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas. Luego, si no es plausible el recurso al criterio de la peligrosidad, la punibilidad de la tentativa habría de ser explicada en función de la puesta en acción de una voluntad hostil al derecho, esto es, de la voluntad criminal.

La objeción fundamental a que se enfrenta la teoría subjetiva clásica apunta a que ésta desconoce la exigencia de objetivación que deriva del principio del hecho como estándar de legitimación. Si la pregunta por la subjetividad sólo debe ser consecuencia de la constatación de una perturbación exteriorizada, la referencia a una voluntad hostil al derecho como explicación de la punición de la tentativa no alcanza a justificar que la punibilidad no retroceda a estadios anteriores al principio de ejecución.

Más desafiante, en virtud de su consistencia, parece la teoría subjetiva que resulta de la concepción del injusto vinculada al denominado finalismo radical. Se trata aquella corriente que, teniendo como fundador a Armin Kaufmann y como máximos exponentes al profesor Diethart Zielinski y al profesor Marcelo Sancinetti, postula una concepción puramente subjetiva del injusto, en función de una determinada aproximación a la teoría de las normas.

La premisa de la cual parte esta concepción del injusto está constituida por una tesis normológica, según la cual el objeto de la norma de determinación es idéntico al objeto del juicio de valor (de tercer grado) que le corresponde¹⁷. Esta tesis, a su vez, presupone la necesidad de formular una distinción de valoraciones escalonadas en la fundamentación de la norma de determinación. Según Armin Kaufmann, la primera valoración sería siempre positiva, en el sentido en que tendría como objeto al bien jurídico. En un nivel de mayor concreción, se formularía una valoración negativa de aquellos acontecimientos que afectan la situación valorada positivamente, esto es, que lesionan el bien jurídico. Sin embargo, sólo en un tercer nivel surgiría la valoración referida al comportamiento humano, valoración cuyo carácter negativo o positivo dependerá de la relación entre la acción y el bien jurídico (esto es, tratándose de delitos de comisión activa, en que la conducta prohibida es disvalorada, o de delitos de omisión, en que la conducta ordenada o prescrita es valorada positivamente). Lo fundamental radica, empero, en la idea de que sólo en este tercer nivel a la valoración puede corresponder una prescripción, pues en las normas (esto es, normas de determinación) se trataría siempre de un “deber hacer” o de un “no deber hacer” de “sujetos volentes”, y no de un “deber ser ideal”, y precisamente son estos juicios de tercer grado los que tienen como objeto de referencia el “hacer o no hacer posibles de los sujetos”¹⁸.

De las premisas anteriores resultaría, entonces, que sólo puede ser objeto de un deber aquello que puede ser cumplido por el destinatario del deber: “*el contenido de la prohibición es, por tanto, siempre una acción (final)*”, pues si se tratara de prohibir un resultado, la norma tendría que poder garantizar no sólo la dirección de la voluntad sino también la

¹⁶ Roxin, “Acerca del fundamento...”, op. cit., págs. 268-269.

¹⁷ Armin Kaufmann, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 98.

¹⁸ *Idem*, págs. 90-98.

realización de esa voluntad, lo cual no es posible en la medida en que la norma “no puede prohibir más de lo que es posible a una acción final”¹⁹.

En lo que aquí interesa, Zielinski desarrolla las tesis anteriores en sus consecuencias para la cuestión de si existe una diferencia de injusto entre la tentativa y la consumación. Dado que del último enunciado referido se sigue que el disvalor de acción constituye y agota el ilícito (= injusto), según Zielinski “no tiene sentido una distinción entre el delito consumado y el solamente tentado; todo acto final, que alcanza totalmente su ejecución, es contrario al deber e infringe la norma; para el juicio de valor (secundario) acerca del acto es irrelevante que el acto alcance su meta o no”²⁰. Sí tendría sentido, en cambio, la distinción entre tentativa acabada e inacabada: “Sólo el acto acabado es el ilícito (de acción) completamente realizado; la tentativa inacabada contiene, necesariamente y siempre, un disvalor de acción no realizado completamente. Una línea de distinción cualitativa en el plano del ilícito no corre, por tanto, entre el delito tentado y el consumado, sino entre la tentativa inacabada y la acabada”²¹.

La asunción radical de las consecuencias que derivan de esta tesis se encuentra formulada en la siguiente proposición de Sancinetti: “La consecuencia que inmediatamente aparece como necesaria de cuanto se ha dicho aquí consiste en convertir a la *tentativa acabada* en el centro de la teoría de la imputación, y desvestirla para siempre de su ropaje de mera forma de “ampliación” de la tipicidad respecto del delito consumado”²². Paradójicamente, lo que así se obtiene es una inversión de los presupuestos del punto de partida en la pregunta por la punibilidad de la tentativa: una estructura de imputación que aparecía como dependiente y necesitada de especial justificación resulta ser, en definitiva, la estructura paradigmática de imputación, y respecto de la cual lo que debe ser justificado es la mayor penalidad de la consumación, que sólo podría explicarse por el no superado “mito del resultado”²³.

Más allá de las objeciones que tradicionalmente se dirige a esta concepción subjetivo-monista del injusto en función de su supuesta vinculación con un modelo de Derecho penal de la actitud interna, cabe hacer referencia a una objeción que se centra en un defecto metodológico que afectaría a esta concepción del injusto. Este defecto metodológico consistiría en el desconocimiento de que la realización de la acción por el agente, que constituye el objeto de la norma de determinación (norma de comportamiento), no es sino uno de los presupuestos de la aplicación de la consecuencia establecida en la norma de sanción (norma de imputación)²⁴. En otros términos, la

¹⁹ *Ídem*, pág. 141.

²⁰ Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 163. El juicio de valoración secundario a que se refiere Zielinski corresponde al juicio de valor de tercer grado de Kaufmann: *vid.* pág. 136, nota 150. Acerca de la traducción de *Unrecht* como “ilícito” y no como “injusto”, *vid.* la explicación del traductor en su prefacio, pág. XVII.

²¹ Zielinski, *op. cit.* [nota 20], *loc. cit.*

²² Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991 (reimpresión: 2001), pág. 136.

²³ *Vid.* Sancinetti, *op. cit.* [nota 22], págs. 77-134; del mismo autor, *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, págs. 25-27.

²⁴ Así, Haffke, “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en varios autores, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 134-135. En sentido análogo, Schünemann sostiene que “no cabe ignorar que, a partir de una norma de valoración, pueden desarrollarse muy diversas normas de determinación, de modo que ni el sistema del Derecho penal ni, con mayor motivo, las cuestiones materiales pueden verse prejuzgados por la adhesión a una norma de determinación que se deriva de modo no necesario, sino

infracción de la norma de determinación sería condición *necesaria*, pero no *suficiente*, de la imputación jurídico-penal²⁵.

De ahí que, por ejemplo, el resultado pueda constituir una condición de la punibilidad, pese a que el mismo no puede formar parte del objeto de referencia de la norma de comportamiento en tanto norma de determinación. Esto, más allá de que el resultado puede ser postulado como una condición de la plena afirmación del injusto (y no sólo de la punibilidad), en la medida en que el injusto se configura en función del alcance de la norma de comportamiento, la cual no constituye sólo una directiva de conducta (norma de determinación) que opera en sentido prospectivo, sino también un criterio de valoración que opera en sentido retrospectivo²⁶. Esto implica que la norma de comportamiento en su función retrospectiva de criterio de evaluación puede referirse a circunstancias que exceden el ámbito de referencia de la norma de comportamiento en su función prospectiva de directiva de conducta, como lo es, de modo paradigmático, el resultado.

Debe señalarse, además, que la virtualidad explicativa de esta teoría decae sobremanera en la medida en que ella se enfrenta a regulaciones que, como la chilena, disponen una atenuación obligatoria y no facultativa para la tentativa respecto de la consumación²⁷.

c) La teoría de la impresión

Esta teoría pretende explicar la punibilidad de la tentativa a partir de la consideración del efecto de conmoción social que produce el comportamiento enjuiciado: la tentativa sería punible, según Maurach, “porque la actuación de la voluntad contraria al derecho es idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico”²⁸. En sentido análogo, Jescheck sostiene que “el verdadero fundamento de la punición de la tentativa es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero sólo se afirma el merecimiento de pena de la exteriorización de la voluntad dirigida al hecho cuando con ello pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad

contingente” (Schünemann, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en, del mismo (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 75 y 76.

²⁵ Esta proposición puede justificarse en función de una determinada articulación de la relación entre la teoría de las normas y la función del Derecho penal. En este sentido, Silva Sánchez sostiene que las normas primarias (de comportamiento) y las normas secundarias (de sanción o de imputación) expresarían las dos decisiones político-criminales básicas: “la formulación de la norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del Derecho penal”, en tanto que la norma secundaria expresa la decisión “que lleva no ya a limitar la esfera individual de la libertad de acción a través de la amenaza de pena, sino incluso a decidir directamente, en términos, limitadores, sobre los derechos fundamentales mediante el castigo” (Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 377 y 378. De ahí que Silva Sánchez concluya que “el delito ha de contener dos aspectos fundamentales: por un lado, ha de mostrarse como hecho infractor de la norma primaria penal, y por otro lado, como hecho que contiene los presupuestos de aplicación de la norma secundaria penal” (Silva Sánchez, *op. cit.*, pág. 378).

²⁶ Sobre esto, Hruschka, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *ADPCCP*, tomo XLVII, fascículo III, 1994, págs. 344-346.

²⁷ El § 23 (2) del StGB (Código Penal alemán), en cambio, establece una atenuación facultativa.

²⁸ Maurach-Gössel-Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, volumen 2, traducción de la 7ª edición alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995, § 40, núm. 40.

jurídica, y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica²⁹. Como se puede observar, el punto de partida corresponde al de la teoría subjetiva tradicional, respecto del cual, empero, se formula, como correctivo, la exigencia de que la conducta en cuestión produzca una “impresión”, esto es, una perturbación en la confianza colectiva en relación con el respeto de la(s) norma(s).

La teoría de la impresión es considerada actualmente dominante en el contexto de la doctrina alemana, fundamentalmente por su supuesto rendimiento explicativo de la regulación vigente según el StGB. En efecto, conforme a la redacción del § 22, que define el concepto de tentativa, “[c]omete tentativa de un hecho punible el que conforme a su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo”³⁰. En la formulación de la representación del autor como criterio de imputación se encontraría la comprobación de la corrección del punto de partida subjetivo. Y precisamente el disponerse inmediatamente a la realización del tipo, desde la propia representación del autor, aun cuando esta representación sea errada, constituiría el hecho valorado como capaz de conmocionar la confianza colectiva en la observancia del derecho. Esta última consideración es particularmente importante en el contexto de la discusión acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea, como se verá más adelante.

d) La teoría de la expresión

Sobre la base de una evaluación crítica de la teoría de la impresión, en el sentido de que el centro del problema que presenta la punibilidad de la tentativa no sería “la <<conmoción >> <<psicológico-social>> de <<generalidad>> alguna, sino la legitimidad de la intervención [punitiva] anterior a la realización del tipo”³¹, el profesor Günther Jakobs emprende la explicación del injusto de la tentativa equiparándolo al de la consumación: “[d]ado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma”³². Es la expresión de la infracción de la norma que implica la tentativa lo que fundamenta su punibilidad. La expresión del quebrantamiento de la norma, según Jakobs, se produce de manera distinta según se trata de casos de “tentativa en sentido material” o de casos de “tentativa en sentido formal”. En la tentativa en sentido material, lo que caracteriza al comportamiento sería un abandono del dominio de cursos causales lesivos para otros originados en el propio ámbito de organización. En la tentativa en sentido formal, en cambio, el abandono no se refiere a un curso lesivo sino a la realización potencial de un tipo de delito. La diferencia radica en si se trata o no de tentativas de delitos cuya consumación implique la lesión de un bien jurídico.

Es importante precisar dos puntos en el contexto de la propuesta de Jakobs. Primero, que, como el propio Jakobs lo expone, “[e]l autor debe poner de manifiesto la infracción de una norma verdaderamente existente, no sólo de una que únicamente existe en su imaginación”³³, lo que se concreta en la exigencia de que la representación del autor

²⁹ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4ª edición alemana, Comares, Granada, 1993, pág. 465.

³⁰ Traducción del profesor Antonio Bascañán Rodríguez.

³¹ Jakobs, *Derecho Penal...*, op. cit., [nota 3], apartado 25, núm. 20, pág. 863.

³² *Ídem*, , apartado 25, núm. 21, pág.863.

³³ *Ídem*, apartado 25, núm. 22, pág. 864.

en el sentido del § 22 del StGB sea comunicativamente relevante³⁴. Y segundo, que no obstante el fundamento de la punibilidad de la tentativa y de la consumación sea el mismo, a saber, la ejecución de un comportamiento que importa una expresión de quebrantamiento de la norma, ello no obsta a que la objetivación de esa expresión de quebrantamiento sea más intensa en el segundo caso. Luego, existe una diferencia entre el injusto de la tentativa y el de la consumación, aunque esta diferencia sea sólo cuantitativa y no cualitativa³⁵.

3. La peligrosidad ex ante como criterio de determinación de la punibilidad de la tentativa. El problema de la punibilidad de la tentativa inidónea

Si bien la controversia dogmática relativa a la fundamentación (correcta) de la punibilidad de la tentativa presenta una proyección general, es innegable que la referencia fundamental de todas las teorías que participan de dicha controversia corresponde al problema de la punibilidad de la tentativa inidónea. En otros términos, parecería que no obstante sus diferencias, todas las teorías precedentemente examinadas postulan como no problemática la afirmación de la punibilidad de los supuestos tradicionalmente considerados como tentativas idóneas. En cambio, sería en función de la punibilidad o impunidad de los supuestos tradicionalmente considerados como tentativas inidóneas que la discrepancia entre las distintas formas de fundamentación de la punibilidad de la tentativa adquiriría relevancia. Ciertamente, esta aseveración parecería suponer que existe acuerdo en torno a la calificación de una tentativa como idónea o como inidónea, o sea, acerca de los conceptos de tentativa idónea y tentativa inidónea, lo cual, empero, no es el caso. En efecto, a la confusión terminológica y, en esa medida también, categorial existente a este respecto debe atribuirse, en una medida no relevante, la falta de acuerdo en el discurso dogmático.

La base del problema se encuentra en una divergencia acerca de la perspectiva bajo la cual ha de determinarse la idoneidad o la inidoneidad de la tentativa, lo cual suscita la cuestión adicional de si puede o no afirmarse la existencia de una correspondencia entre tentativa idónea y tentativa inidónea, por una parte, y tentativa peligrosa y tentativa no peligrosa, por otra.

En términos generales, puede sostenerse que existen dos fórmulas alternativas para la determinación de la idoneidad o la inidoneidad de la tentativa³⁶. De acuerdo con la primera fórmula, la idoneidad o la inidoneidad de la tentativa debería evaluarse *ex post*, en términos tales que ha de considerarse tentativa inidónea aquella acción que, una vez conocidas todas las características específicas del hecho, necesariamente resultaba incapaz de producir la lesión, esto es, de alcanzar la consumación³⁷. Es importante precisar que esta fórmula no prejuzga la cuestión de la punibilidad de la tentativa. Así, por ejemplo, en la medida en que esta fórmula se combine con una teoría de la peligrosidad *ex post*,

³⁴ Vid. Jakobs, “Representación del autor e imputación objetiva”, en, del mismo, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, [nota 5], págs. 222 y ss.

³⁵ Vid. Jakobs, “El concepto jurídico-penal de acción”, en, del mismo, *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, [nota 5], págs. 101 y ss.; especialmente, págs. 117-120.

³⁶ Acerca de lo que sigue, aunque circunscrito al problema en el contexto de la doctrina española, Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 12], págs. 6-14.

³⁷ Esto da cuenta de que el análisis se centra, fundamentalmente, en el ámbito de la tentativa de delitos de resultado, y más específicamente, de delitos de resultado de lesión.

ciertamente deberá concluirse que *prima facie* existe identidad entre tentativa idónea y tentativa punible, esto es, tentativa peligrosa *ex post*. En cambio, si la misma fórmula se combina con una teoría que se satisface con la peligrosidad *ex ante* para la punibilidad de la tentativa, tendrá que afirmarse la posibilidad de una tentativa inidónea (*ex post*) punible, esto es, peligrosa (*ex ante*). Y ciertamente, si esta fórmula se combina con una teoría subjetiva, es decir, con una teoría que prescinde de la peligrosidad como criterio de determinación de la punibilidad de la tentativa, la inidoneidad de una tentativa será plenamente compatible con la afirmación de su punibilidad.

La segunda fórmula postula la calificación de la idoneidad o la inidoneidad de la tentativa desde una perspectiva *ex ante*. Bajo esta fórmula, sin embargo, si se vincula la cuestión de la (in)idoneidad de la tentativa con la cuestión de su peligrosidad, postulándose la corrección de la evaluación de la conducta bajo una perspectiva *ex ante* para la determinación de su idoneidad y, al mismo tiempo, de su peligrosidad. Es importante destacar que, no obstante lo anterior, esta última fórmula suele ser defendida desde posiciones cercanas a teorías subjetivas acerca de la punibilidad de la tentativa, con lo cual se da la circunstancia de que, sin perjuicio de la inidoneidad (*ex ante*) y la no-peligrosidad (también *ex ante*) de una tentativa, se afirme su punibilidad.

Esta breve explicación posibilita una comprensión más adecuada de algunas posiciones doctrinarias. En particular, me interesa referirme a la teoría propuesta por el profesor Claus Roxin en el contexto de la discusión acerca del fundamento de la punibilidad de la tentativa. Roxin defiende una teoría unificadora, según la cual la punibilidad de la tentativa ha de explicarse a partir de su comprensión como (a) una puesta en peligro cercana al tipo o como (b) una infracción de la norma cercana al tipo, que causa una conmoción jurídica³⁸. Esta explicación dualista del fundamento de la punición de la tentativa responde, precisamente, a la diferenciación entre tentativa idónea y tentativa inidónea. Así, la “puesta en peligro cercana al tipo” constituiría el fundamento de la punibilidad en los supuestos de tentativa idónea, mientras que la “infracción de la norma cercana al tipo”, el fundamento de la punibilidad en el ámbito de la tentativa inidónea.

Ahora bien, en relación con la determinación de la peligrosidad como presupuesto de la punibilidad respecto de la tentativa idónea, Roxin postula la corrección de la utilización de una perspectiva *ex ante*³⁹. Pero si el recurso a la peligrosidad *ex ante* sólo es aplicable en el ámbito de la tentativa idónea, entonces la tentativa inidónea, en la propuesta de Roxin, ha de ser comprendida como una tentativa *ex ante* no peligrosa. En este sentido, destaca la explicación formulada por el profesor Jürgen Wolter, según quien “[s]ólo pueden ser imputables como tentativa idónea y, por consiguiente punibles conductas que también desde la perspectiva *ex-ante* del autor aparezcan como objetivamente peligrosas”⁴⁰. En sentido análogo se pronuncia Rudolphi, quien afirma que “la peligrosidad antinormativa del comportamiento imputable al autor, esto es, el *desvalor de la peligrosidad objetiva* de dicho comportamiento, conforma un elemento esencial del *desvalor de la acción*”, de modo que “los elementos constitutivos del comportamiento antinormativo, esto es, de lo *injusto de la conducta*, son básicamente, el *desvalor de la peligrosidad objetiva* del comportamiento y el *desvalor de la intención* (dolosa o imprudente) como componente subjetivo de lo injusto”, agregando que “[u]na excepción a lo anterior viene

³⁸ Roxin, “Acerca del fundamento...”, op. cit., [nota 13], págs. 258 y 259.

³⁹ *Ídem*, págs. 266-268.

⁴⁰ Wolter, *La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal*, en varios autores, “Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 74.

dada únicamente por la *tentativa inidónea*, en la que al comportamiento del autor no le corresponde un desvalor de la peligrosidad objetiva y su antinormatividad, esto es, el desvalor de la conducta, está fundamentada tan sólo por el elemento subjetivo «*desvalor de la intención*»⁴¹. Luego, la tentativa inidónea es entendida, bajo esta concepción, como una tentativa que ni siquiera desde el punto de vista *ex ante* (que es el punto de vista bajo el cual se efectúa el juicio de imputación objetiva del comportamiento) es calificable como peligrosa.

Esto último se explica en función de una referencia a la regulación vigente en el derecho alemán. En efecto, el § 22 del StGB (reproducido *supra*) introduce la representación del autor como criterio de imputación en la tentativa, lo cual es considerado por Roxin como expresión de una decisión político-criminal del legislador alemán en el sentido de declarar punible la tentativa inidónea, aun cuando la misma no sea calificable como peligrosa *ex ante*. Luego, es la referencia legal a la representación del autor la que impone la necesidad de admitir una fundamentación alternativa a la peligrosidad de la acción para la explicación de la punición de la tentativa bajo la regulación del StGB. Así, una acción que desde la perspectiva de un sujeto inteligente situado en la posición del autor y dotado de los conocimientos especiales que eventualmente concurrieran en éste no es susceptible de ser considerada peligrosa para el objeto de protección, podría, no obstante, ser declarada punible a título de tentativa (inidónea), en la medida en que bajo la representación del autor -y no bajo la representación de un sujeto (medianamente) inteligente situado en su posición- dicha acción sí hubiera sido estimada como capaz de lesionar el objeto de la acción, y en esa medida, el objeto de protección. Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de atenuación o exclusión de la pena en tales casos, en función de lo establecido en el § 23 (3) del StGB respecto de los supuestos de tentativa “por burda insensatez”⁴².

Bajo la regulación del Código Penal chileno, la situación es diferente. Dado que no existe referencia legal alguna a la representación del autor como criterio relevante para la imputación de responsabilidad por tentativa, puede asumirse como no problemático el recurso a un enjuiciamiento objetivo, o mejor dicho, intersubjetivo⁴³, de la idoneidad de la acción para producir el resultado para la calificación de esa acción como tentativa punible. Esto, por cierto, bajo el supuesto de la postulación de una teoría objetiva, esto es, centrada en la peligrosidad de la acción, para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa.

⁴¹ Rudolphi, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, en, Schönemann (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, [nota 24], pág. 91.

⁴² La disposición referida expresa: “Si el autor, en un craso malentendido, ha desconocido que la tentativa no podía llevar a la consumación por la clase de objeto sobre el cual o de los medios con los que el hecho habría debido cometerse, puede el juez o prescindir de la pena o atenuarla conforme a su discreción” (traducción del profesor Antonio Bascañán Rodríguez).

⁴³ Como lo explica Alcácer Guirao, “[e]l uso del término «peligro» designa entonces una situación basada en un previo interés social, intersubjetivo. En la naturaleza no hay, en rigor, situaciones de peligro, sino que sólo existen cursos causales” (Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 12], pág. 206. Siguiendo a Searle en la distinción entre hechos brutos y hechos sociales (o institucionales), Alcácer afirma que “el «peligro» no es un hecho existente ontológicamente, independiente de la observación humana, sino que es un hecho social, basado en un *juicio* intersubjetivo que adscribe cierta cualidad negativamente valorada a determinadas situaciones naturalísticas y que por ello crea una realidad propiamente social, ubicada en un plano distinto de realidad” (Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 12], pág. 207).

Puede considerarse ampliamente dominante en el contexto de la doctrina chilena la adhesión a una teoría objetiva para la determinación de la punibilidad de la tentativa⁴⁴. La doctrina chilena, en este sentido, suele recurrir a la distinción entre idoneidad absoluta e idoneidad relativa para articular la solución, afirmando la punibilidad de la tentativa relativamente inidónea y, en cambio, la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible, lo cual, en todo caso, da cuenta de un punto de contacto con la antigua teoría de la falta o del defecto del tipo⁴⁵. Sólo marginalmente se constata defensas de una fundamentación subjetiva. El exponente paradigmático en esta última dirección es el profesor Enrique Cury, quien sostiene, en el marco de una propuesta que en lo fundamental coincide con la teoría de la impresión, que “[e]n principio, toda ejecución incompleta y dolosa del hecho típico es tentativa punible, porque constituye una infracción al sistema elemental de valores de conducta”, siempre que haya principio de ejecución y que la acción en cuestión sea “capaz de crear en el observador razonable, en el ciudadano común, la “impresión” de que su ejecución dañó o puso en peligro el sistema de valores fundamentales”, sin que se exija, en cambio, “su aptitud para poner en peligro (concreto) al bien jurídicamente protegido”⁴⁶.

La postulación de una fundamentación objetiva, o sea, vinculada a una exigencia de peligrosidad, para la punibilidad de la tentativa inidónea por parte de algunos autores que se inscriben en el sector dominante de la doctrina chilena, sin embargo, no se encuentra exenta de problemas. Me referiré a una de las más recientes defensas de una teoría objetiva en el contexto de la doctrina chilena, emprendida por el profesor Sergio Politoff.

Politoff se declara partidario de la solución propuesta por von Hippel, el principal defensor de la nueva teoría de la peligrosidad. En efecto, sostiene Politoff que

“[l]a existencia del *peligro objetivo* se determina sobre la base de la situación a la época de la realización del hecho, esto es, con arreglo a las circunstancias que existían entonces (*ex ante*) y no sobre la base de la situación a la época de la no producción del resultado (*ex post*). De ese modo, la *tentativa* se estima peligrosa (y, por ende, punible), si al momento de la ejecución del hecho la producción del resultado aparecía como posible, y por la inversa, como *no peligrosa* y no punible, cuando entonces podía ya excluirse, en concreto, la posibilidad del resultado”⁴⁷.

Sin embargo, Politoff deriva de la tesis anterior la consecuencia consistente en afirmar, sin ulteriores distinciones, la impunidad de la tentativa inidónea. Afirma Politoff:

⁴⁴ En este sentido, Politoff, *Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 133-139.

⁴⁵ Así, por ejemplo, Etcheberry sostiene que “[e]xiste verdadera imposibilidad cuando falta un elemento o circunstancia incluido en la descripción típica de la figura: se intenta dar muerte a un cadáver o hacer abortar a una mujer que no está embarazada”, de modo que estos casos han de ser calificados como casos de delito imposible, los cuales se distinguirían de aquellos en que, por ejemplo, “se intenta dar muerte a otro mediante veneno, pero no se emplea la dosis suficiente, o se intenta hurtar el dinero ajeno y se introduce la mano en un bolsillo vacío”, en los cuales “el delito no era **imposible**; era posible, pero faltaron factores causales o condiciones que transformaran la **posibilidad** en **realidad**”. Etcheberry, *Derecho Penal*, Parte General, tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 68.

⁴⁶ Cury, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 218.

⁴⁷ Politoff, *op. cit.* [nota 44], págs. 108-109.

“[p]or igual razón, no se debe castigar el *delito imposible* (*tentativa inidónea*). Se entiende, generalmente, por *delito imposible* aquella acción que, aunque realizada por el actor con el dolo de perpetrar un delito, la cual, en su representación, es idónea para ello, conceptualmente, bajo ninguna circunstancia hubiera podido conducir a la consumación, por inidoneidad absoluta de los *medios*, del *objeto* o del *sujeto*”⁴⁸.

El problema de la tesis de Politoff radica en su déficit de diferenciación. Pues lo que Politoff desconoce es que bajo un juicio de peligrosidad *ex ante* hay supuestos de tentativa (absolutamente) inidónea desde una perspectiva *ex post* que sí deben ser considerados peligrosos, y en esa medida, punibles. El caso de manual en que un sujeto dispara sobre una cama en que la víctima parece estar durmiendo, en circunstancias de que en realidad sólo había un bulto que simulaba su figura, no obstante constituir una tentativa absolutamente inidónea (*ex post*) por inidoneidad (inexistencia) del objeto de la acción, sí es una tentativa *ex ante* peligrosa, en la medida en que cualquier sujeto medianamente inteligente situado en la posición del autor habría juzgado la acción como adecuada respecto del resultado perseguido, y, por ende, bajo la nueva teoría de la peligrosidad en clave de imputación objetiva, una tentativa punible.

En relación con los casos de inidoneidad del medio de ejecución, la solución también ha de depender, bajo una teoría de la peligrosidad *ex ante*, de que un sujeto inteligente situado en la posición del autor al dar comienzo a la ejecución y con los conocimientos especiales que tuviera éste, considerase peligrosa la conducta. Ciertamente, los casos en que el autor pretende dar lugar al hecho mediante un curso causal considerado apto a partir de supersticiones o de creencias en procesos mágicos deben ser declarados impunes sin más, pero no sólo por su inidoneidad *ex post* sino ya porque *ex ante* tales acciones no serían juzgadas peligrosas por parte de un sujeto inteligente, cuya perspectiva es la que debe decidir la imputación. En términos más abstractos, esto puede explicarse por el hecho de que sólo puede ser comunicativamente relevante una representación mínimamente racional del mundo⁴⁹.

Una consideración distinta debe orientar la solución de los casos de inidoneidad del sujeto. La particularidad de los casos en que la inidoneidad de la acción se debe a la inidoneidad del sujeto radica en que en tales casos se trata de la supuesta realización de tipos de delitos que exigen una cualificación del autor, esto es, de delitos respecto de los cuales sólo determinados sujetos, que reúnen ciertas cualidades, pueden ser autores idóneos. Se trata, por ende, de delitos de infracción de deber, particularmente, de delitos especiales propios. La cuestión crucial radica en que en estos delitos lo que fundamenta la imputación (a título de autor, por lo menos) no es la organización de un determinado curso de acción peligroso o lesivo sino la infracción de un deber especial. Por eso, en los casos de suposición errónea de la concurrencia de la calidad a la que se encuentra vinculado el deber debe excluirse la imputación por tentativa, dado que “[e]l elemento del tipo que caracteriza al autor limita el ámbito de destinatarios de la norma, ámbito que un <<ejecutor>> no puede ampliar mediante su error”⁵⁰.

⁴⁸ Politoff, *op. cit.* [nota 44], pág. 109.

⁴⁹ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], apartado 25, núm. 23, pág. 865; el mismo, “Representación del autor e imputación objetiva” [nota 34], pág. 235.

⁵⁰ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], apartado 25, núm. 43, pág. 876.

Que tales casos deban ser designados con el rótulo “delito putativo” o, en cambio, con el rótulo “tentativa inidónea no punible” no ha de revertir la corrección de la conclusión, esto es, la impunidad. En los supuestos en que el error recae sobre un presupuesto del deber y no sobre el deber mismo, a mi juicio debería afirmarse tentativa inidónea, en todo caso, no punible. Esto porque tal suposición errónea del presupuesto del deber se corresponde mejor con la noción de error de tipo al revés que con la noción de error de prohibición al revés. Y según el principio de inversión, un error de tipo al revés constituye una tentativa inidónea, mientras que un error de prohibición al revés, un delito putativo. En todo caso, el recurso al principio de inversión, que es un criterio formal, no puede implicar un prejuzgamiento de la punibilidad o impunidad de un determinado supuesto, pues esto sólo puede determinarse mediante la utilización de un criterio material⁵¹.

Es importante precisar que lo sostenido precedentemente no excluye la posibilidad de restringir la punibilidad de la tentativa a los casos de tentativa idónea desde una perspectiva *ex post*. Esto sería posible en la medida en que se defendiera una fundamentación de la punibilidad de la tentativa que exigiera una puesta en peligro *ex post*, en sentido análogo a la tesis mantenida por la antigua teoría de la peligrosidad. Una propuesta en esta dirección ha sido defendida recientemente en el contexto de la dogmática española por el profesor José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández. La formulación de la tesis de Serrano-Piedecabras es la siguiente: “Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que por sí misma sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto”⁵². En la concreción de esta tesis, Serrano-Piedecabras afirma que la punibilidad de la tentativa debe satisfacer dos juicios sucesivos: el primero, un juicio de “peligrosidad” *ex ante* y el segundo, un juicio de “peligro” *ex post*. La función del juicio de peligrosidad (*ex ante*) sería la de excluir la punibilidad de las tentativas irreales o supersticiosas. La función del juicio de peligro (*ex post*) sería la de excluir la punibilidad de las tentativas inidóneas⁵³.

Esta tesis supone equiparar el injusto de la tentativa con el de los delitos de peligro concreto. Esto resulta problemático, por lo menos en dos de sus consecuencias más inmediatas. Primero, si se afirma la impunidad de toda tentativa que no alcance a producir una puesta en peligro concreto en el sentido de un resultado de peligro, tendría que concluirse que difícilmente una tentativa inacabada (“tentativa” en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno, en oposición a “delito frustrado”) podría ser punible. Y segundo, en la medida en que se exija un resultado de puesta en peligro para la punibilidad de una conducta a título de tentativa, la tesis parecería incompatible con la posibilidad de imputación por una tentativa de delito de peligro concreto⁵⁴.

⁵¹ Acerca del rechazo actual del principio de inversión para la determinación de la punibilidad, *vid.* Puppe, “Error de hecho, error de derecho, error de subsunción”, en, Frisch-Puppe-Kindhäuser-Grünwald-Paeffgen, *El Error en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 87 y ss, especialmente, págs. 120-123; Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 12], pág. 24-27.

⁵² Serrano-Piedecabras Fernández, “Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP), tomo LI, 1998, pág. 126.

⁵³ Serrano-Piedecabras Fernández, *op. cit.* [nota 52], págs. 139 y 140.

⁵⁴ En este sentido, Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 12], págs. 185-192.

4. ***Excurso: los delitos de peligro abstracto como forma adelantamiento de la punibilidad***

Ciertamente, la punibilidad de la tentativa no constituye la única expresión de la tendencia cada vez más intensa a la “criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En general, los delitos de peligro representan la forma más paradigmática de realización de esta tendencia. No obstante, es la categoría de los delitos de peligro abstracto la que mayor controversia genera desde el punto de vista de su legitimación.

En términos generales, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro y dentro de éstos, entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, según el grado de afectación del objeto de protección (en su caso, por la vía de la afectación del objeto de la acción) que supone la consumación. A diferencia de los delitos de lesión, los delitos de peligro no requieren la constatación de la producción de un resultado de lesión para su consumación. La consumación de los delitos de peligro concreto exige, en todo caso, la producción de un resultado de puesta en peligro para el objeto de la acción. Para la consumación de los delitos de peligro abstracto, en cambio, basta la peligrosidad genérica o estadística de la acción emprendida, sin que sea necesario un resultado de puesta en peligro verificable *ex post*⁵⁵. Así, mientras los delitos de peligro concreto estarían estructurados como tipos de resultado, los delitos de peligro abstracto estarían estructurados como tipos de (mera) actividad⁵⁶.

En lo que aquí interesa, en el discurso penal chileno constituye un verdadero lugar común sostener la incompatibilidad que existiría entre la tipificación de delitos de peligro abstracto y las exigencias legitimatorias propias de un modelo liberal de justificación del Derecho penal. Según cierto sector doctrinal, lo que caracterizaría a los delitos de peligro abstracto sería una presunción de derecho acerca de su peligrosidad, lo cual implicaría una infracción tanto del principio de lesividad (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*) como de la prohibición constitucional de presunciones de derecho de responsabilidad penal (establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución chilena)⁵⁷.

Este rechazo, carente de toda diferenciación, del recurso legislativo a los delitos de peligro abstracto no puede ser aceptado sin más. Desde ya, partiendo por la supuesta infracción de la prohibición constitucional de presunciones de derecho de responsabilidad penal, el argumento supone como premisa que existiría un concepto suprallegal de responsabilidad penal en el cual estaría implicada una exigencia de lesión o de puesta en peligro (concreto) del objeto de protección. Esta premisa, sin embargo, se encuentra lejos de estar justificada. La referencia al denominado principio de lesividad (*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*) evidencia un compromiso con el criterio de protección de bienes jurídicos como estándar de legitimación del ejercicio del *ius puniendi*, criterio cuya invocación, como ya se indicó *supra*, no se halla exenta de objeciones. Particularmente importante en este contexto deviene la constatación de la vinculación existente entre la referencia a la protección de bienes jurídicos y una concepción naturalista del mundo, “según la cual el

⁵⁵ Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 10, núm. 122-123, § 11, núm. 114-128.

⁵⁶ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 9, núm. 63.

⁵⁷ Así, por ejemplo, Politoff, *Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997, pág. 235.

daño debe definirse como un resultado perjudicial para los intereses vitales de los afectados o de la colectividad”⁵⁸.

La cuestión central en la legitimación de los delitos de peligro abstracto, más allá de su estatus frente a la contraposición entre los delitos de tipo de resultado y los delitos de tipo de mera actividad, radica en la posibilidad de identificar un disvalor de resultado en su núcleo de injusto. Ésta ha sido la vía emprendida por el profesor Urs Kindhäuser, según quien en los delitos de peligro abstracto la noción de protección de un bien jurídico habría de referirse no al bien como tal, sino a la función que el bien desempeña para sus titulares⁵⁹. Esta tesis se justifica a partir de una comprensión de los bienes jurídicos como medios de participación en la vida social, lo cual implica que, además de la protección de los bienes en tanto tales, el Derecho penal debe asegurar la posibilidad de disposición respecto de dichos bienes. Así, lo que se perseguiría con la punición de la creación de un peligro abstracto es la seguridad de la relación entre el bien jurídico y su titular, pues “[s]in esta seguridad se reduce el valor del bien jurídico, eventualmente, hasta el límite de su inutilidad”⁶⁰. Esto resulta consistente, por lo demás, con una reformulación del juicio de lesividad como un juicio que “no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse”⁶¹.

Ciertamente, esta configuración del juicio de lesividad no puede tener sino un alcance limitado. Existen determinadas áreas donde la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto resulta legítima. Según Kindhäuser, se trata fundamentalmente de dos clases de ámbitos⁶². Primero, ámbitos en los cuales la seguridad no se puede conseguir con la remisión a deberes individuales de cuidado, ya sea por tratarse de actividades que *per se* implican grandes riesgos (por ejemplo, la conducción de automóviles) o bien por tratarse de contextos en los cuales es difícil obtener una visión más o menos adecuada acerca de la magnitud de la lesión generada por determinados comportamientos (por ejemplo, manejo de energía nuclear). Y segundo, ámbitos en los cuales no existe una relación entre seguridad y esfuerzos subjetivos orientados a la evitación de daños, ya sea porque la fluidez de la interacción exige la observancia de condiciones objetivas mínimas (por ejemplo, informaciones libres de error) o porque la garantía de disposición de los bienes exige una proyección en el tiempo (paradigmáticamente, protección ambiental)⁶³.

Es importante destacar que, en la propuesta de Kindhäuser, la postulación de la legitimación del recurso a la criminalización de la (sola) creación de un peligro abstracto produce un efecto restrictivo, esto es, de deslegitimación de tal recurso en ámbitos

⁵⁸ Kargl, *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*, en varios autores, “La insostenible situación del Derecho penal”, Comares, Granada, 2000, pág. 51.

⁵⁹ Kindhäuser, *La protección de los bienes jurídicos por medio de las prohibiciones de lesión y exposición al peligro*, en, del mismo, “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 80. Es interesante constatar que Kindhäuser pone en relación su concepción de los bienes jurídicos como presupuestos de la participación en la deliberación en el contexto del ejercicio de la autonomía pública con su concepción de la culpabilidad como déficit de lealtad comunicativa. Sobre esto, *vid.* Kindhäuser, *La culpa penal en un Estado democrático de Derecho*, en, del mismo, “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, págs. 54-56.

⁶⁰ Kindhäuser, *op. cit.* [nota 59], pág. 81.

⁶¹ Kargl, *op. cit.* [nota 58], pág. 54. Esto, sin perjuicio de que en definitiva el ámbito de ejercicio del *ius puniendi* que resulta legítimo sea mucho más reducido para Kargl que para Kindhäuser.

⁶² *Id.* Kindhäuser, *op. cit.* [nota 59], pág. 83-84.

⁶³ Sobre esto último, *vid.* Alcácer Guirao, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *RECPC*, 04-08 (2002); Hefendehl, “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros?”, en *RECPC*, 04-14 (2002).

distintos de aquellos en que son imprescindibles ciertas condiciones objetivas de seguridad. En estos otros ámbitos, en que predomina una subjetivización de la referencia a la lesión y, sobretudo, una criminalización de actos preparatorios en sentido material, el recurso a la tipificación de delitos de peligro abstracto excedería el marco de “protección racional de bienes jurídicos”⁶⁴, es decir, en términos de Jakobs, daría lugar a un Derecho penal de enemigos⁶⁵.

SEGUNDA PARTE: EL *ITER CRIMINIS* Y LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA TENTATIVA

1. *El iter criminis. Preparación y principio de ejecución*

Entre las exigencias legitimatorias que derivan del principio del hecho, una de las más importantes consiste en la restricción de la imputación a título de tentativa a aquellos casos en que es constatable un principio de ejecución. El principio de ejecución constituye el hito que posibilitaría la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos. De esta distinción se siguen consecuencias de suma importancia, que serán revisadas brevemente a continuación.

La consecuencia fundamental que tradicionalmente se vincula a la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos está constituida por la punibilidad de unos y otros. La tesis básica consiste en que mientras las conductas que alcanzan la fase de ejecución son punibles *prima facie* como tentativas, aquellas conductas que no alcanzan tal fase, esto es, que sólo corresponden a actos preparatorios, son declaradas impunes por el sistema. Desde la concepción del tipo de tentativa como un tipo dependiente, esto se explica en el sentido de que, no obstante las reglas de la tentativa posibilitan la imputación a pesar de que el tipo no haya sido ejecutado completamente, sí se requiere que el tipo haya sido ejecutado parcialmente, esto es, que pueda afirmarse un principio de ejecución.

⁶⁴ Vid. Kindhäuser, *op. cit.* [nota 59], pág. 86-89.

⁶⁵ Según Jakobs, en la cuestión de la legitimación del establecimiento de delitos de peligro abstracto, resulta imprescindible diferenciar tres clases de delitos de peligro abstracto. En primer lugar, estarían aquellos que suponen “un comportamiento *eo ipso* externo y perturbador”, en los cuales “sólo se determina mediante una generalización la realización de la tendencia a la producción de un daño”, como sería el caso tratándose, por ejemplo, de los delitos de falso testimonio, de perjurio o de incendio de edificios habitados (Jakobs, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico* [nota 5], pág. 308). Una segunda clase estaría constituida por aquellos en que “no sólo se determina mediante una generalización de una tendencia realmente existente a la producción del daño, sino que también ha de quedar recortada la cuestión de si concurre siquiera una perturbación externa”, lo cual se daría en aquellos casos en que “una conducta tipificada de un determinado modo es definida como perturbadora *per se*, porque es generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores”, como lo sería, por ejemplo, la conducción en estado de embriaguez o ebriedad (Jakobs, *op. cit.* [nota 5], pág. 308-309). Según Jakobs, a ambos grupos de delito de peligro abstracto no subyace un adelantamiento de la punibilidad que contravenga las reglas generales, dado que “esta anticipación no es mayor que en la tentativa acabada y es, por tanto, la más reducida posible (Jakobs, *op. cit.* [nota 5], pág. 309). Frente a estos dos grupos no problemáticos existiría, según Jakobs, un sector de delitos de peligro abstracto que sí constituiría una anticipación respecto de las reglas generales. En este sector se trata de la criminalización de “una conducta que no sería peligrosa en absoluto o sólo lo sería en una medida muy limitada sin un comportamiento sucesivo y a su vez de carácter delictivo”, por ejemplo, la producción no autorizada de armas de carga automática (Jakobs, *op. cit.* [nota 5], *loc. cit.*). Jakobs, sostiene, sin embargo, que es posible justificar la punibilidad en este ámbito, siempre que se observe la restricción que supone la configuración de la esfera interna: “sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que *sin consideración de los proyectos actuales* del autor no pueda ser ya tolerada” (Jakobs, *op. cit.* [nota 5], pág. 311).

La afirmación anterior, sin embargo, no es del todo exacta. En efecto, existen consideraciones institucionales que la modifican en ambos sentidos. Por un lado, no toda conducta que alcanza la fase de ejecución de un tipo de la Parte Especial es punible. Desde ya, ha de tratarse de conductas dolosas. Que esto se explique ontológica o deontológicamente, es un problema distinto, como se verá *infra*. Además, el Código Penal chileno restringe la punibilidad de la tentativa a los casos de tentativa de crimen o simple delito, de modo que la tentativa de falta resulta impune (en rigor, no existe un tipo dependiente de tentativa respecto de los tipos-falta de la Parte Especial). El inciso 1° del artículo 7° del Código Penal establece que “[s]on punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa”, en tanto que el artículo 9° dispone que “[l]as faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas”.

Y por otro lado, no es exacta la afirmación de la absoluta impunidad de los actos preparatorios, al menos en el contexto de la regulación chilena. El artículo 8° del Código Penal regula las figuras de “conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito”, que según Politoff constituyen “actos preparatorios de realización pluripersonal”, caracterizándose por consistir, más que en actos materiales de preparación, en actos de comunicación de la resolución delictiva⁶⁶. Esta última consideración parecería situar a estas hipótesis entre la dogmática del *iter criminis* y la de la participación.

La proposición puede ser conceptuada como una inducción fracasada o, en otros términos, como una tentativa de inducción: se trata de casos en que la inducción es punible aun cuando el hecho objeto de la inducción no alcance la fase de ejecución. Si estos casos se evaluaran en función del principio de accesoriedad (accesoriedad externa o cuantitativa), debería afirmarse su impunidad, pues en ellos no es constatable la realización de un hecho principal que alcance la fase de ejecución al cual la inducción, en tanto forma de participación, acceda. De acuerdo al inciso 1° del artículo 8° del Código Penal chileno, la proposición (sólo) es punible si una regla especial así lo establece. Según Politoff, el Código Penal sólo expresaría reglas de esa clase en el contexto de la tipificación de los delitos contra la seguridad exterior, a las cuales habría que agregar reglas semejantes establecidas en legislación especial relativa a los delitos contra la seguridad del estado y en legislación especial relativa a conductas terroristas⁶⁷.

La conspiración, por su parte, se configura por un concierto de voluntades del cual resultaría la resolución de cometer un crimen o simple delito. Su punibilidad también supone, según lo establecido en el inciso 1° del artículo 8° del Código Penal, una regla especial en tal sentido. En el ordenamiento jurídico chileno, se encontraría reglas de esa clase en la regulación de los delitos contra la seguridad del Estado y en la legislación relativa al tráfico de estupefacientes⁶⁸.

Una cuestión importante en relación con la regulación de la proposición y la conspiración se refiere a si su punibilidad ha de explicarse como la consecuencia de una tipificación de actos de preparación como delitos independientes o si ha de explicarse, en cambio, como un adelantamiento (excepcional) de la punibilidad a estadios previos a la fase de ejecución. De la opción por una u otra alternativa depende que la participación en la proposición o la tentativa de conspiración sean punibles o no. Una y otra alternativa

⁶⁶ Vid. Politoff, *Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración* [nota 44], pág. 51-53.

⁶⁷ Politoff, *op. cit.* [nota 44], pág. 60.

⁶⁸ Vid. Politoff, *op. cit.* [nota 44], pág. 76-79.

podrían también implicar soluciones distintas para el tratamiento de eventuales relaciones concursales que pudiesen generarse entre alguna de dichas figuras y los delitos cometidos (o la participación en ellos) a consecuencia de aquéllas. Politoff sostiene la preferencia de la segunda alternativa, pareciendo sugerir que, en relación con el último punto, ello debería implicar la fundamentación de un concurso aparente resuelto por subsidiariedad a favor del delito cometido como consecuencia de una proposición o de una conspiración, resultando preteridas éstas⁶⁹. Sin embargo, sería incorrecto concluir, como parece desprenderse de la tesis de Politoff, que la opción por la primera alternativa, esto es, por la comprensión de la proposición y la conspiración como delitos independientes implicaría necesariamente una afirmación de un concurso auténtico (ideal o material, según se afirme o no unidad de acción) entre estas figuras y los delitos cometidos a consecuencia de ellas, en los casos en que se planteara una eventual relación concursal. Aun si se entendiera que tal tesis excluiría la posible fundamentación de un concurso aparente por subsidiariedad, de todos modos cabría la posibilidad de fundamentar tal solución en virtud del principio de consunción. En todo caso, la solución habría de orientarse a la observancia del principio *ne bis in idem*, pues parecería que la categoría del concurso aparente desempeña, precisamente, la función de excluir dobles valoraciones o valoraciones repetidas en la fundamentación de la punibilidad de un mismo hecho⁷⁰.

Otro problema que suscita la regulación de la proposición y la conspiración en el Código Penal chileno se refiere a la regla especial establecida en el inciso final del artículo 8° respecto del desistimiento de la ejecución del delito objeto de la proposición o la conspiración. Para que este desistimiento sea eficaz, debe tener lugar, de acuerdo con la referida disposición, “antes de principiar a ponerlos por obra [los delitos] y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”. La pregunta que surge apunta a si esta regla excluye (por especialidad) la aplicabilidad de la regulación general del desistimiento, que no exige efectuar denuncia alguna. Politoff ha intentado responder negativamente esta pregunta, entendiendo que la regulación genérica del desistimiento sí resultaría aplicable en este ámbito, en la medida en que el sujeto que desiste pueda aún, “con su solo esfuerzo, evitar que el delito se lleve a cabo”, de modo que la aplicabilidad de la regla especial del inciso final del artículo 8° se restringiría a los casos en que esto último ya no resulte posible, esto es, los casos en que la eficacia de la evitación haya salido del ámbito de control del sujeto que intenta desistir⁷¹.

Esta última tesis, sin embargo, no parece consistente con la comprensión de la proposición y la conspiración como actos preparatorios punibles que no configuran delitos autónomos, que es la tesis que defiende Politoff. En otros términos, si respecto de la proposición y la conspiración no resultan aplicables las reglas generales en cuanto a la tentativa, no se entiende que sí lo sean, empero, las reglas generales en cuanto al desistimiento, pues de acuerdo a estas últimas reglas lo que se evalúa es el desistimiento de la tentativa configurada según las primeras reglas.

La objeción planteada podría encontrar apoyo en la solución defendida por una parte (al menos) de la doctrina alemana a propósito de la regulación de la denominada “tentativa de intervención”, a la cual también corresponde una regulación especial del

⁶⁹ Politoff, *op. cit.* [nota 44], pág. 72-73, 86-87.

⁷⁰ Vid. Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 31, núm. 12, pág. 1049; Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 27, núm. 63.

⁷¹ Politoff, *Los Actos Preparatorios Punibles...* [nota 44], pág. 92-93.

desistimiento. El § 30 del StGB contempla cuatro hipótesis de tentativa de intervención (o tentativa de participación), de las cuales la primera y la cuarta se corresponden, en términos generales, con la proposición y la conspiración en el sentido del Código Penal chileno, respectivamente. El § 31, por su parte, establece una regla especial para el desistimiento de esas cuatro hipótesis. Al respecto, algunos autores sostienen que la regulación del desistimiento de la tentativa no ha de aplicarse en este contexto, dado que “en la tentativa, que se caracteriza por la cercanía al tipo del comportamiento, basta ya abandonar la proximidad al tipo, mientras que a la tentativa de intervención, por falta de proximidad al tipo, no puede descartársela”⁷².

El recurso a esta solución, sin embargo, no puede estimarse igualmente satisfactorio bajo la regulación chilena. Esto, porque el § 31 del StGB, si bien constituye una regulación especial, no vincula la eficacia del desistimiento de la tentativa de intervención a comportamientos distintos de la propia conducta dirigida (directamente) a la evitación, como sí lo hace la regla del inciso final del artículo 8° del Código Penal chileno, que supone la verificación de una denuncia.

Una segunda consecuencia que se vincula a la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se corresponde con una concreción del principio de la accesoriedad (limitada) de la participación, que, en términos generales, se traduce en la exigencia de un hecho principal al cual acceda la participación cuya punibilidad es examinada. La accesoriedad de la participación puede analizarse en dos sentidos diversos: uno cualitativo y otro cuantitativo⁷³. En sentido cualitativo, la participación debe acceder a la realización de un hecho respecto del cual puedan ser afirmadas su tipicidad y su antijuridicidad, al menos bajo la teoría de la accesoriedad limitada. En sentido cuantitativo, que es el que aquí interesa, la participación debe acceder a la realización de un hecho (típico y antijurídico) que alcance la fase de ejecución, esto es, que llegue a constituir a lo menos una tentativa. Luego, para que sea punible la participación, el hecho principal ha de traspasar el principio de ejecución. Esto último suele ser expresado en el sentido de que sería punible la *participación* en una tentativa, no así la *tentativa* de participación. Ello, ciertamente, a menos que se trate de supuestos en que la proposición (como inducción fracasada) sí sea punible en virtud de una regla especial⁷⁴.

Una tercera consecuencia vinculada a la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos se refiere a la posibilidad de aplicarla para la determinación de las características que debe revestir la agresión antijurídica como presupuesto de la justificación en el ámbito de la legítima defensa. La agresión, además de ser antijurídica, debe ser actual. A partir de la exigencia de actualidad de la agresión, existe una disputa doctrinaria en relación con la corrección o incorrección del recurso al principio de ejecución en el sentido de la dogmática de la tentativa para la concreción de dicha exigencia. Parecería predominar la segunda tesis, esto es, el rechazo del recurso a dicho criterio, fundamentalmente a partir de consideraciones teleológicas. En este sentido, destaca la formulación de Roxin, según quien en el concepto de agresión actual cabría incluir no sólo conductas constitutivas de tentativa sino también “la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa”⁷⁵.

⁷² Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 27, núm. 15, pág. 935.

⁷³ Maurach, *op. cit.* [nota 28], Volumen 2, § 53, núm. 1.

⁷⁴ Esto es distinto en el derecho alemán, que en el § 30 del StGB establece cuatro hipótesis de “tentativa de participación”.

⁷⁵ Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 15, núm. 23.

Resulta pertinente, sin embargo, hacer una referencia a la defensa, emprendida por el profesor Francisco Baldó Lavilla, de la “solución de la tentativa” para la determinación de la actualidad de la agresión en el marco del análisis de la legítima defensa. La tesis de Baldó parecería superar la objeción más obvia que puede formularse a dicha solución. En efecto, en la medida en que se pretende recurrir al momento del principio de ejecución para determinar la actualidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa, el problema que surge consiste en que tal criterio sólo parecería operativo cuando se trata de agresiones que no sólo son antijurídicas (“ilegítimas”, en el sentido del artículo 10 N° 4 del Código Penal chileno) sino que típicas y antijurídicas, precisamente porque el concepto de principio de ejecución se refiere a la ejecución de una conducta típica, esto es, subsumible en un tipo de delito. Pues bien, Baldó defiende la tesis de que sólo una “agresión penalmente antijurídica” debe considerarse presupuesto de la justificación por legítima defensa, lo cual conduce a que tratándose de agresiones antijurídicas que no sean, empero, típicamente relevantes, la evaluación de la justificación de la conducta ejecutada para resistirlas o repelerlas deba ser evaluada no según la regulación de la legítima defensa (prohibición de exceso: necesidad racional del medio empleado) sino que según la regulación (más estricta) del estado de necesidad defensivo (proporcionalidad *stricto sensu*)⁷⁶.

De modo consecuente, Baldó entiende que la exigencia de una agresión típica y antijurídica como presupuesto de la justificación por legítima defensa posibilita la aplicación directa de la solución de la tentativa para determinar el comienzo de la actualidad de la agresión, reservando, en todo caso, la posibilidad de desarrollar soluciones *praeter legem* para los casos en que se produzcan “<<lagunas de defensa>> sin <<antinomias político-criminales>>”⁷⁷. Ciertamente, la controversia que necesariamente ha de generar una tesis como la de Baldó se explica por su compromiso con la propuesta del profesor Hans-Ludwig Günther en el sentido de postular la construcción de una antijuridicidad específicamente penal en el contexto de la dogmática de la exclusión del injusto⁷⁸.

Por último, existen otros ámbitos en que la distinción entre preparación y (principio de) ejecución también es relevante. Sólo por vía ejemplar, puede mencionarse la solución de algunos problemas vinculados a la aplicación de la ley penal en el tiempo y a la determinación de la competencia relativa (en función del territorio como criterio de atribución de competencia) de los órganos jurisdiccionales.

Se ha formulado diversas teorías para la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, esto es, para la concreción del concepto de principio de ejecución. La solución depende en buena medida de cuál sea la teoría que se defienda en el ámbito de la fundamentación general de la punibilidad de la tentativa. En este sentido, compiten teorías objetivas y subjetivas.

Las teorías subjetivas vinculan la solución, en mayor o menor grado, a la configuración concreta del plan del autor. Paradigmática en este sentido es la tesis de

⁷⁶ Baldó Lavilla, *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 278-279.

⁷⁷ Baldó Lavilla, *op. cit.* [nota 76], pág. 286-287.

⁷⁸ Vid. Günther, *La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal*, en, Luzón Peña-Mir Puig (coordinadores), “Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal”, Aranzadi, 1995, pág. 45 y ss. Vid. también, en la misma compilación, Díez Ripollés, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, pág. 87 y ss.

Welzel, según la cual “[l]a 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”⁷⁹. Las objeciones tradicionalmente dirigidas a estas teorías enfatizan su relación de tensión con las exigencias derivadas de una observancia estricta del principio de legalidad.

Las teorías objetivas, en cambio, pretenden atender al comienzo de la *realización de la acción descrita en el tipo*, momento que no sería necesariamente equivalente a la *realización del tipo*⁸⁰. Se suele distinguir entre una teoría objetivo-formal y una teoría objetivo-material. La primera, que se entiende actualmente superada, sostendría que la tentativa comenzaría con el inicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto. El problema fundamental que subyace a esta solución radicaría en que la misma encerraría una tautología, pues precisamente de que lo se trata es de determinar cuándo se inicia la ejecución de la acción típica. Además, se sostiene que una aplicación estricta de esta teoría tendría que conducir a considerar conceptualmente imposible una tentativa tratándose de delitos de acción instantánea⁸¹. En relación con el último punto, no obstante, habría que precisar que dicha imposibilidad sólo se referiría a la tentativa inacabada (“tentativa” en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno).

La teoría objetivo-material posibilitaría la superación de dichas objeciones por la vía del recurso a ciertos criterios materiales para la determinación del principio de ejecución (de la acción típica). Tales criterios serían el de la inmediata puesta en peligro y el de la inmediatez temporal⁸², los cuales, en todo caso, no parecerían exhibir un rendimiento superior al de meras directrices necesitadas de ulterior concreción.

2. *El iter criminis. Ejecución completa o incompleta de la conducta típica. Tentativa inacabada y acabada. Tentativa y delito frustrado*

A propósito del problema de la determinación del principio de ejecución, se hizo alusión a que el objeto de referencia a tal respecto no debía ser (el inicio de) la realización del tipo sino que (el inicio de) la acción típica. En la medida en que el énfasis recae en la acción típica y se distingue ésta de la realización del tipo, puede constatarse que en el ámbito de la tentativa, si bien la realización (completa) del tipo necesariamente ha de faltar, pues de lo contrario habría delito consumado⁸³, la acción típica puede encontrarse

⁷⁹ Welzel, *Derecho Penal Alemán*, traducción de la 11ª edición alemana, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 224.

⁸⁰ Según Jakobs, [s]i la realización del tipo se entendiese incluyendo todas las consecuencias típicas, la fórmula del disponerse directamente a realizar carecería de sentido en estos casos, pues a un proceso que ya se ha encauzado ineluctablemente no se le puede dar comienzo. Por eso el punto de referencia es la *acción* típica en la medida en que con su conclusión, según la representación del autor, éste pierde la influencia sobre el suceso (Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 25, núm. 58), pág. 881.

⁸¹ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 52.

⁸² Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 57. La famosa fórmula de la “concepción natural” propuesta por Frank, según la cual serían actos ejecutivos aquellos “que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya” parecería no contar con mayor adhesión en la discusión actual (Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 54).

⁸³ Esto, más allá de la cuestión de si sería correcto o incorrecto sostener que cuando se imputa responsabilidad por consumación también (implícitamente) se afirma la realización de una tentativa, cuya imputación se excluye por concurso aparente resuelto (por subsidiariedad) en favor del delito consumado. Analíticamente al menos, es innegable que cada vez que se realiza completamente el tipo (consumación) también se ha realizado parcialmente (tentativa), lo cual, en todo caso, no implica desconocer el carácter dependiente del tipo de la

total o parcialmente ejecutada. Esta constatación da lugar, fundamentalmente en el contexto de la doctrina alemana, a la distinción entre tentativa acabada e inacabada y, bajo el Código Penal chileno, a la distinción entre delito frustrado y tentativa (en sentido estricto). Es incierto el grado de correspondencia que exista entre ambas distinciones.

Se suele sostener que para la diferenciación de la tentativa acabada y la inacabada se recurriría a un criterio subjetivo, principalmente en virtud de la referencia a la representación del autor para la definición de tentativa en el § 22 del StGB. En cambio, se afirma que la distinción entre tentativa y delito frustrado, que tiene apoyo institucional directo en el artículo 7° del Código Penal chileno, se formularía a partir de un criterio preferentemente objetivo⁸⁴. Es manifiesto que a esta contraposición subyace la cuestión de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa.

La comprensión de la tentativa en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno como una tentativa inacabada no es problemática. Más compleja es la relación entre la noción de delito frustrado en el sentido de la misma disposición y la noción de tentativa acabada. Esto se debe a la inclusión de la no-concurrencia de un desistimiento voluntario en la definición legal de delito frustrado. Así, por delito frustrado parecería que debería entenderse una tentativa acabada punible por inexistencia de un desistimiento voluntario imputable al autor.

Independientemente de cuál sea la perspectiva relevante para la formulación de la distinción e independientemente de que se opte por asimilar o diferenciar la tentativa *stricto sensu* (artículo 7°) y la tentativa inacabada, por un lado, y el delito frustrado (artículo 7°) y la tentativa acabada, por otro, es innegable la necesidad de la formulación de una distinción, dentro del ámbito de las conductas que no alcanzan la consumación, esto es, la completa realización del tipo, entre los casos de ejecución total y de ejecución parcial de la acción típica. La distinción es necesaria por las consecuencias que se vinculan a ella.

La primera consecuencia que deriva de esta distinción se refiere a la penalidad de uno y otro supuesto. Bajo la regulación chilena, en los casos de ejecución completa de la acción típica sin consumación del tipo (esto es, en los casos en que “el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma”: delito frustrado, según el inciso 2° del artículo 7°) corresponde la aplicación de la pena asignada al respectivo crimen o simple delito, disminuida en un grado, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal. En los casos de ejecución incompleta de la acción típica (esto es, en los casos en que “el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”: tentativa, según el inciso 3° del artículo 7°) corresponde la aplicación de la pena asignada al respectivo crimen o simple delito, disminuida en dos grados, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal.

La segunda consecuencia vinculada a la referida distinción se refiere a la modalidad de conducta bajo la cual puede operar el desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad (*lato sensu*, sin prejuzgar su posición sistemática) por la

tentativa. Más bien, la controversia surge en función de dos comprensiones diferentes de la categoría del concurso aparente.

⁸⁴ Vid. Politoff, *Los Actos Preparatorios...* [nota 44], pág. 213-214, 243-246; Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 60-61. La distinción entre tentativa y delito frustrado, en todo caso, fue suprimida en el Código Penal español de 1995.

tentativa realizada. En términos generales, en los casos de ejecución incompleta de la acción típica (tentativa inacabada) el desistimiento puede operar ya mediante una abstención de continuar la ejecución, esto es, como un desistimiento pasivo. Tratándose de casos de ejecución completa de la acción típica (tentativa acabada), en cambio, el desistimiento sólo puede concretarse en una conducta positiva dirigida a la evitación de la consumación, o sea, sólo es eficaz como desistimiento activo. Sobre esto se volverá más adelante.

Es importante destacar que la distinción entre tentativas que se corresponden con una realización parcial de la acción típica y tentativas que se corresponden con una realización total de la acción típica (sin consumación) es plenamente operativa en relación con los delitos de resultado, esto es, aquellos delitos cuyo tipo exige, para su consumación, la producción de un estado de cosas distinto del que implica por sí misma la conducta. Respecto de los delitos de mera actividad la distinción no resulta igualmente practicable, precisamente porque tratándose de esta clase de delitos la completa ejecución de la conducta típica equivale a la realización total del tipo, esto es, a la consumación.⁸⁵ En otros términos, en el ámbito de los delitos de mera actividad, la tentativa sólo parecería concebible, en principio, como tentativa *stricto sensu* (tentativa inacabada). Siempre, por cierto, que resultara conceptualmente posible dividir la acción típica en varios actos parciales, pues de lo contrario se trataría de delitos de acción instantánea, respecto de los cuales (aunque fundamentalmente bajo la teoría objetivo-formal) no parece ser fácilmente concebible una tentativa inacabada.

Podría argumentarse, de todas formas, que sí sería concebible una tentativa acabada de un delito de mera actividad, bajo la modalidad de una tentativa inidónea fracasada⁸⁶. La punibilidad de esta tentativa, en todo caso, constituiría una cuestión incierta bajo la regulación chilena.

Más allá de esto, la consecuencia fundamental que resulta del examen de la relación entre tentativa y delitos de mera actividad consiste en la exclusión de la eficacia del desistimiento activo (que es la forma de desistimiento correlativa a la ejecución completa de la acción típica: tentativa acabada) respecto de esta clase de delitos. La justificación de esta tesis es alternativa: o bien porque no resulta concebible la tentativa acabada de un delito de mera actividad (por equivaler a su consumación), o bien porque de todas formas se trataría de una tentativa (inidónea) fracasada, respecto de la cual no resultaría operativo el desistimiento, como se verá más adelante.

3. Excurso: ¿Agotamiento más allá de la consumación?

Como ya se ha sostenido *supra*, tanto el concepto de tentativa como el de consumación son conceptos formales. Precisamente porque el concepto de consumación es formal es que tiene sentido la pregunta por un momento posterior a la misma que

⁸⁵ Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 10, núm. 103. En la doctrina alemana, esta cuestión suele ser planteada en el marco del análisis de los denominados “delitos de emprendimiento”, los cuales se caracterizarían por el hecho de que en ellos se reunirían “la tentativa y la consumación dentro de un tipo cerrado en sí mismo” (Maurach, *op. cit.* [nota 28], Volumen 2, § 40, núm. 80). La relación entre los delitos de mera actividad y los delitos de emprendimiento es controvertida. Según Maurach, los delitos de mera actividad constituirían delitos impropios de emprendimiento (*op. cit.* [nota 28], *loc. cit.*, núm. 94).

⁸⁶ Así, Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 25, núm. 71, pág. 889. Acerca del concepto de tentativa fracasada, *vid. infra*.

pueda ser relevante en el examen del *iter criminis*. Ese es exactamente el estatus que tradicionalmente se atribuye al denominado “agotamiento” del delito. En términos generales, el agotamiento (o la terminación) del delito se corresponde con la identificación de un momento en que tiene lugar la producción de un determinado estado de cosas cuya concurrencia, empero, no es condición necesaria de la consumación (en tanto momento formal) y, por ende, de la punibilidad⁸⁷. Ese estado de cosas puede consistir en la lesión del objeto de protección (por ejemplo, en los delitos de peligro) o bien en la verificación de un resultado o en la realización de una conducta posterior. Esto último se aplica sobretodo a los delitos de resultado cortado y delitos mutilados de dos actos, los cuales suelen ser caracterizados como delitos de tipo incongruente por exceso subjetivo⁸⁸, dado que para la realización del tipo subjetivo se requiere, junto al dolo (cuyo objeto de referencia está constituido -sólo- por los elementos del tipo objetivo), un elemento subjetivo especial que trasciende en su proyección al dolo y se extiende a la (eventual) producción de aquel estado de cosas que, si bien es imputable subjetivamente al agente, no es necesario para la consumación, esto es, para la completa realización del tipo (y, por ende, no constituye objeto de referencia del dolo). De ahí que este elemento subjetivo especial (adicional al dolo) sea denominado “tendencia interna trascendente”.

Es controvertida la corrección de la identificación del agotamiento como un estadio autónomo del *iter criminis*. Sin embargo, su consideración es relevante en atención a determinados problemas dogmáticos. En este sentido, se suele hacer alusión a la posibilidad de fundamentar la afirmación de unidad de acción y, por ende, de un concurso ideal (y no real o material) cuando el segundo delito se comete después de la consumación pero antes de la terminación (agotamiento) del primero⁸⁹. Se sostiene también que podría tener importancia para el inicio del cómputo de la prescripción. Me interesa, empero, destacar otro ámbito, ya considerado *supra*, en que el agotamiento podría resultar relevante. Se trata de la actualidad de la agresión como presupuesto de la justificación por legítima defensa.

Supra se hizo referencia a la posibilidad de aplicar la solución de la tentativa para la determinación del momento a partir del cual la agresión antijurídica, en tanto presupuesto del tipo permisivo de la legítima defensa, se vuelve actual. De lo que se trata ahora es de examinar si el carácter actual de la agresión puede o no exceder la consumación típica (bajo el supuesto de que se trate de agresiones típicas). En este sentido, destaca la opinión de Roxin, según quien “[t]ambién cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada”⁹⁰. Esto no sólo sería posible, según Roxin, tratándose de delitos permanentes, sino también tratándose de delitos de estado⁹¹. La justificación de esta consideración ha de encontrarse en que, dado que la consumación no se corresponde necesariamente con un momento de lesión, la posibilidad de resistir o repeler la agresión en legítima defensa ha de mantenerse en tanto todavía sea factible evitar la lesión (o la intensificación de la lesión) del bien en cuestión, lo cual se extendería hasta que el peligro inherente a la agresión se haya agotado⁹². Es incierta, en todo caso, la existencia de una

⁸⁷ *Vid.* Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 79; Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 25, núm. 12.

⁸⁸ Sobre esta clase de tipos de delito, *vid.* Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 9, núm. 36-39.

⁸⁹ Críticamente, Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 33, núm. 7, pág. 1103.

⁹⁰ Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 15, núm. 27.

⁹¹ Sobre estas clases de tipos de delito, *vid.* Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 10, núm. 105-106.

⁹² Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 16, núm. 52-54; Baldó Lavilla, *op. cit.* [nota 76], pág. 289.

correspondencia estricta entre el agotamiento como terminación del delito y el agotamiento de la agresión antijurídica.

4. *El tipo subjetivo de la tentativa*

La exigencia de imputación subjetiva dolosa en el tipo de injusto de la tentativa es prácticamente indiscutida. Tanto es así que el “argumento de la tentativa” llegaría a ser el que inclinaría en su momento la balanza, en el contexto de la disputa entre causalismo y finalismo, a favor de este último. El reconocimiento de que el dolo ha de integrar el tipo de injusto al menos en la tentativa tendría que conducir a la misma afirmación en relación con el delito consumado⁹³.

Sin embargo, puede prescindirse de la pretensión ontologista que subyace a esta afirmación. Que la ejecución incompleta de una acción imprudente no sea típica y, por ende, punible, no se debe a una supuesta estructura lógico-objetiva del actuar humano que se imponga al legislador por la naturaleza de la cosa, sino que responde a una decisión político-criminal⁹⁴. Como lo explica Jakobs: “[l]o que se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito”⁹⁵. Esto resulta plenamente predicable de la comisión imprudente.

La posibilidad de una tentativa con dolo eventual es objeto de polémica. En el contexto de la doctrina chilena, el profesor Enrique Cury sostiene que tal hipótesis debe ser rechazada, dado que “la tentativa implica, por definición, una búsqueda del hecho típico, cuya realización es puesta por el autor como el objetivo directo de su actividad”, lo cual resultaría incompatible con el dolo eventual, el cual “supone una pura actitud de aceptación respecto de un resultado que el sujeto toma como suyo para el caso hipotético de que se produzca”⁹⁶. Esta tesis resulta ser la consecuencia de la asunción de una fundamentación subjetivista de la punibilidad de la tentativa. La misma consecuencia no deriva de otras explicaciones de la punición de la tentativa, las cuales, por lo mismo, no excluyen conceptualmente la punibilidad de la tentativa con dolo eventual.

Una cuestión sumamente controvertida se refiere a la extensión del dolo de la tentativa en comparación con el dolo del delito consumado. La tesis estándar postula que la diferencia entre el tipo de la tentativa y el del delito consumado se produciría en el ámbito del tipo objetivo, precisamente porque sólo en el delito consumado la realización del tipo objetivo es completa. En el ámbito del tipo subjetivo, en cambio, la tentativa y el delito consumado serían plenamente equivalentes. De este modo, el tipo de la tentativa, en tanto tipo de imperfecta realización, sería un tipo incongruente por exceso subjetivo⁹⁷. Ciertamente, además del dolo, la tipicidad subjetiva de la tentativa supone la concurrencia de otros elementos subjetivos especiales que el respectivo tipo de la Parte Especial comprenda.

Respecto de la tentativa acabada (y, por ende, respecto del delito frustrado) es bastante aceptada la tesis de una identidad estructural con el delito consumado desde el

⁹³ Welzel, *op. cit.* [nota 79], pág. 73; el mismo, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2001, pág. 99-100.

⁹⁴ En sentido análogo, Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 9, núm. 27, pág. 395.

⁹⁵ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 25, núm. 28, pág. 869.

⁹⁶ Cury, *op. cit.* [nota 46], pág. 198.

⁹⁷ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 9, núm. 43.

punto de vista de la tipicidad subjetiva. El problema surge en relación con el tipo subjetivo de la tentativa inacabada. Quien con más intensidad ha defendido la tesis de una diferencia estructural entre el tipo subjetivo de la tentativa inacabada, por una parte, y el tipo subjetivo de la tentativa acabada y de la consumación, por otra, es el profesor Eberhard Struensee. El punto de partida de la propuesta de Struensee se encuentra en la tesis, aceptada por la doctrina dominante, de que la tentativa inacabada presentaría un menor disvalor de injusto que la tentativa acabada. Sin embargo, Struensee objeta que ese menor disvalor se funde en la dimensión objetiva del injusto realizado. Según Struensee, por el contrario, “[a] la tentativa la caracteriza la no realización del tipo objetivo, con una realización incompleta (comenzar directamente el hecho) [=tentativa inacabada] o con una realización completa (ejecución acabada) [=tentativa acabada] del tipo subjetivo”⁹⁸.

El presupuesto de esta tesis está constituido por la consideración de que la diferencia entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada no puede ser determinada sin referencia al plan del autor, por lo cual “[d]ado que en el acontecer objetivo no se puede establecer ninguna diferencia, la tentativa inacabada y la acabada se distinguen entre sí sólo como fases distintas de un menor o mayor desarrollo de la realización subjetivo-interna”⁹⁹.

Struensee va aún más lejos. Apoyándose en una consideración normológica vinculada al programa desarrollado por Armin Kaufmann (*vid. supra*), Struensee se concentra en la tesis de que el objeto de la norma, bajo una concepción subjetivista de la misma, sólo puede corresponder a “acciones que son ejecutadas en la representación de la suficientemente eventual posibilidad de resultado”¹⁰⁰, o sea, a acciones constitutivas de tentativa acabada, de lo cual resultaría la necesidad de constatar un límite estructural entre la tentativa acabada y la inacabada. Este límite estructural podría aun poner en entredicho la legitimidad de la punición de la tentativa inacabada, dado que “la tentativa inacabada subyace a otra norma de valoración que la acabada y que, consecuentemente, tampoco está abarcada por la misma norma de determinación que prohíbe el acabamiento de la tentativa”¹⁰¹. La conclusión que Struensee deriva de lo anterior consiste en que “[l]a penalización de la tentativa inacabada significa más bien, incluso sobre la base de la teoría subjetiva de la tentativa, una gravosa anticipación de la punibilidad que no está asegurada hasta hoy teórico-normativamente”¹⁰².

Respecto de la tesis de Struensee se puede formular las mismas objeciones que generalmente se dirigen a las concepciones subjetivistas del injusto, particularmente la que atiende al desconocimiento de la independencia de la norma de imputación respecto de la norma de comportamiento. Sin embargo, es importante destacar que la diferencia estructural entre el tipo subjetivo de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada es defendida también por autores cuyas propuestas se vinculan a otros presupuestos meta-dogmáticos. A este respecto, destaca la opinión sustentada por Mir Puig, según quien “[e]n la tentativa acabada la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado”, pues “[q]ue el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con

⁹⁸ Struensee, *Tentativa y dolo*, en, del mismo, “Dolo, tentativa y delito putativo”, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 43.

⁹⁹ Struensee, *op. cit.* [nota 98], pág. 42.

¹⁰⁰ Struensee, *op. cit.* [nota 98], pág. 51.

¹⁰¹ Struensee, *op. cit.* [nota 98], *loc. cit.*

¹⁰² Struensee, *op. cit.* [nota 98], pág. 54.

ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución¹⁰³. Pero dado que la resolución de consumir el delito sí ha de concurrir de todas formas, Mir Puig concluye que “[e]l tipo subjetivo de la tentativa inacabada debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de la ejecución conseguida, y por un *elemento subjetivo del injusto* adicional que exige la *intención de completar* la ejecución”¹⁰⁴.

Mir Puig sostiene, en cambio, que entre el tipo subjetivo de la tentativa acabada y el del delito consumado sí existiría plena identidad, en el entendido de que si “la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad puede y debe equivaler a la voluntad de consumación”¹⁰⁵. En todo caso, no puede obviarse la consideración de que a esta tesis subyace una comprensión del dolo en términos tales que su objeto está constituido por la conducta típica (como una conducta con aptitud concreta para producir el resultado) y no, además, por el resultado¹⁰⁶.

TERCERA PARTE: EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

1. *El fundamento de la impunidad por desistimiento*

La imputación de responsabilidad penal a título de tentativa supone la ejecución parcial o total de la conducta típica, sin que concurra, sin embargo, la realización completa del tipo. Sin embargo, la punibilidad de la tentativa es una punibilidad *prima facie*. Su afirmación definitiva requiere de una constatación negativa adicional: la constatación de que dicha punibilidad no ha de ser revertida en función del desistimiento de la tentativa. En términos generales, el desistimiento está constituido por un comportamiento del agente al cual resulta atribuible la evitación de la consumación de una tentativa ya emprendida. La modalidad de este comportamiento depende de la clase de tentativa de que se trate. Una tentativa inacabada puede ser desistida (eficazmente) ya con una omisión de proseguir la ejecución. Una tentativa acabada, en cambio, sólo puede ser desistida (eficazmente) mediante un comportamiento activo dirigido a la evitación.

La pregunta relativa a la clase de regla que subyace a la exclusión de la imputación en función del desistimiento es una pregunta cuya respuesta es particularmente difícil. Es incierto si se trata de una regla regulativa o de una regla de competencia (constitutiva), o bien de una regla auténticamente premial, o bien de una cláusula negativa de una regla de imputación. El análisis de este problema no puede ser efectuado aquí. La pregunta que, en cambio, no puede ser dejada de lado es la que se refiere al fundamento de la exclusión de la imputación por tentativa cuando tiene lugar un desistimiento. A continuación se examinarán las respuestas más importantes.

a) *Teorías jurídicas*

En sus formulaciones más antiguas, la teoría jurídica explicaba la impunidad derivada del desistimiento como una anulación retrospectiva del injusto de la tentativa¹⁰⁷.

¹⁰³ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 76.

¹⁰⁴ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], *loc. cit.*

¹⁰⁵ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 77.

¹⁰⁶ *Vid.* Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 78, y Lección 10, núm. 99.

¹⁰⁷ Roxin, *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal*, en REPCP, 03-03 (2001), pág. 5-6.

Desde un punto de vista sistemático, esta construcción implica la comprensión del desistimiento como una causa de exclusión del injusto y, particularmente, como una causa de exclusión de la tipicidad, esto es, como un elemento negativo del tipo. Más allá de objeciones conceptuales, en el sentido de que el desistimiento, en tanto comportamiento posterior al hecho, no puede eliminar un hecho ya acaecido, esto es, la tentativa, esta teoría fue sumamente criticada en cuanto a las consecuencias que de ella se seguían para el tratamiento de la participación. En efecto, en tanto el desistimiento del autor anulara retrospectivamente el injusto, en función del principio de accesoriedad de la participación tendría que afirmarse la impunidad de los partícipes, pese a que eventualmente el desistimiento no les fuese atribuible en modo alguno. Esta consecuencia, ciertamente, no parecería deseable político-criminalmente¹⁰⁸.

Una variante de esta clase de teorías ha sido defendida más recientemente por el profesor Günther Jakobs, quien recurre explícitamente al concepto de anulación: “[c]uando el autor anula la proximidad al tipo y revoca lo manifiesto del quebrantamiento de la norma por propio impulso, la ley le concede la impunidad por desistimiento”¹⁰⁹. Sin embargo, no se trata, según el propio Jakobs, de que la tentativa se elimine o desvanezca retroactivamente en virtud del desistimiento. Más bien, la impunidad debe explicarse en función que el quebrantamiento de la norma atribuible al autor de la tentativa sólo ha existido brevemente, y precisamente esta brevedad del quebrantamiento también es atribuible al autor cuando se desiste¹¹⁰.

La tesis central que subyace al planteamiento de Jakobs consiste en que “únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado”¹¹¹. Luego, sostiene Jakobs, la construcción de la explicación de la impunidad por desistimiento se vincula a la siguiente contraposición: modificación del hecho *versus* comportamiento general posterior al hecho. Sólo aquel comportamiento que puede ser interpretado como una modificación del hecho puede constituir un desistimiento al cual resulte atribuible la exclusión de la imputación¹¹². Esto se concreta en la tesis de que sólo puede operar el desistimiento revirtiendo la imputación por tentativa en los casos en que el sujeto todavía domina el hecho, esto es, en los casos en que el autor mantiene en su ámbito de organización una posibilidad de influir sobre el hecho, de modo tal que este hecho todavía no forme parte —plenamente— del pasado.

Esta tesis tiene una consecuencia radicalmente restrictiva de la operatividad del desistimiento como causa de exclusión de la punibilidad, particularmente en el ámbito de la tentativa acabada. En este sentido, Jakobs sintetiza su planteamiento sosteniendo que “el autor sólo puede desistir si y en la medida en que pueda revertir todavía de un modo planificado y seguro el camino que conduce hacia la realización del tipo”, o, como él mismo agrega, que “el autor sólo puede desistir en aquellos casos de la tentativa acabada en los que el curso que va de la creación del peligro a su realización todavía depende con certeza de su conducta”¹¹³.

¹⁰⁸ En este sentido, Roxin, *Acercas de la ratio...* [nota 107], pág. 6.

¹⁰⁹ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 1, pág. 898.

¹¹⁰ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 1-2, pág. 898 y ss.

¹¹¹ Jakobs, *El desistimiento como modificación del hecho*, en, del mismo, “Estudios de Derecho Penal” [nota 5], pág. 330.

¹¹² Jakobs, *El desistimiento...* [nota 111], pág. 331; del mismo, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 2, pág. 899.

¹¹³ Jakobs, *El desistimiento...* [nota 111], pág. 335.

Que ésta dé cuenta de un “giro subjetivista” en el pensamiento de Jakobs, como lo afirma el profesor Marcelo Sancinetti¹¹⁴, es algo que no se impone como conclusión necesaria. Pues aunque se constate un acercamiento entre esta tesis de Jakobs y la tesis de la tentativa acabada como paradigma de injusto jurídico-penal de la antigua Escuela de Bonn, ello no significa que la coincidencia sea algo más que eso, una coincidencia. En el caso de la escuela de Armin Kaufman y sus discípulos, la tesis se basa en la fundamentación del disvalor del injusto en el dolo como elemento subjetivo de la conducta típica, en tanto que en la construcción de Jakobs, la tesis se fundamenta en la relevancia del comportamiento en la comunicación social. La divergencia ha de resultar, entonces, difícilmente salvable.

De modo consecuente, en todo caso, Jakobs se declara partidario de la solución de la consideración individual para los casos en que tiene o puede tener lugar una reiteración de la acción ejecutiva tras el fracaso de la primera tentativa. Sobre este último punto se volverá más adelante.

En cuanto a la posición sistemática del desistimiento, Jakobs considera que éste constituye “una modificación del hecho en todos los escalones del delito”¹¹⁵, sin que por ello, no obstante, deba afirmarse la impunidad del partícipe al cual no resulta atribuible un desistimiento, pues “para los intervinientes que por su parte no desisten, el desistimiento del ejecutor representa un exceso (inverso) y por ello no es imputable como mérito; así pues, responden por participación en la tentativa que queda”¹¹⁶.

b) La teoría político-criminal

Esta teoría, también conocida como teoría del puente de oro (o puente de plata), explica la impunidad por desistimiento como un incentivo o estímulo dirigido al autor de la tentativa para que evite la consumación. En otros términos, se trataría de una oferta de impunidad a cambio del desistimiento, de un puente de oro que le es tendido al autor que ya emprendió la ejecución para que se desista de consumar el delito¹¹⁷. Contemporáneamente, esta teoría es defendida en función de consideraciones victimológicas, en el sentido de que la oferta de impunidad a cambio del desistimiento podría resultar favorable a la optimización de los intereses de la víctima en tanto titular del interés que resultaría afectado en caso de producirse la consumación.

A esta teoría se le objeta, en primer término, un déficit de rendimiento explicativo. Parecería no haber casos en que se constatará que un desistimiento ha tenido lugar por una motivación del autor de obtener la impunidad. En este sentido, la teoría del puente de oro partiría de una hipótesis no verificada empíricamente. En segundo término, se le objeta también el hecho de resultar contraria a la exigencia de voluntariedad del desistimiento, pues como lo expresa Roxin, “también debería surtir efecto despenalizador el desistimiento involuntario para poder tenderle al autor un puente de oro que favoreciera a la víctima. Pero precisamente esto no sucede”¹¹⁸, dada la exigencia legal de voluntariedad del desistimiento.

¹¹⁴ Vid. Sancinetti, *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa* [nota 23], pág. 68 y ss, y 81 y ss.

¹¹⁵ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 2, pág. 900.

¹¹⁶ Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 3, pág. 900.

¹¹⁷ Roxin, *Acerca de la ratio...* [nota 107], pág. 6-7.

¹¹⁸ Roxin, *Acerca de la ratio...* [nota 107], pág. 8.

c) *Teorías de la insignificancia de la culpabilidad o del resarcimiento de la culpabilidad*

Bajo este conjunto de propuestas resultan comprendidas construcciones que apuntan a la incidencia que el desistimiento tendría en la culpabilidad por la tentativa emprendida. De acuerdo con algunas de estas propuestas, si bien esa culpabilidad no resultaría del todo eliminada por el desistimiento, sí se volvería insignificante, lo que justificaría la impunidad¹¹⁹. También cabría considerar dentro de esta clase de construcciones a algunas variantes de la denominada teoría del perdón o del premio. En este sentido, destaca la tesis de Bockelmann, según la cual el premio o perdón con que se recompensa al autor que desiste de su tentativa se explicaría precisamente por una disminución de la intensidad del reproche de culpabilidad¹²⁰.

Por su parte, la teoría del resarcimiento de la culpabilidad, defendida fundamentalmente por Herzberg, postula que la impunidad de la tentativa por desistimiento se explicaría en virtud de la aplicación de un principio general del derecho, conforme al cual la intimidación coactiva se liquidaría cuando el sujeto, a través de una contribución que le resulta atribuible, cumple el deber de reparación que la realización del comportamiento injusto le impone¹²¹.

La cuestión básica que surge en relación con estas propuestas, más allá de objeciones específicas, corresponde a la pregunta de si efectivamente de lo que se trata en los casos de exclusión de la imputación por desistimiento es una disminución o compensación de la culpabilidad (en el sentido de culpabilidad por el hecho), en circunstancias de que lo que parecería controvertirse en tales casos, más bien, es la necesidad de pena del comportamiento. Esto conduce a la formulación de la última teoría que será examinada aquí.

d) *La teoría del fin de la pena*

Esta teoría ha sido defendida por el profesor Claus Roxin, entendiéndose dominante en la actualidad. El argumento central consiste en que en los casos de desistimiento voluntario la punibilidad jamás se encontraría justificada en virtud de algún posible fin de la pena. Desde una perspectiva preventivo-general, la pena no resultaría necesaria, “porque no se produce el resultado y el autor, al mostrarse fiel al Derecho en el momento decisivo, no da mal ejemplo a nadie”¹²². Desde una perspectiva preventivo-especial, por otra parte, la necesidad de pena también resultaría excluida, puesto que al desistir voluntariamente el agente “ha regresado al ámbito de la legalidad en relación con el hecho intentado y sus inclinaciones al delito, quizá todavía existentes, suministran tan pocos motivos para un castigo como puede hacerlo cualquier otra persona criminalmente peligrosa”¹²³. Ciertamente, en la medida en que se reconozca a la pena un fin retributivo (lo cual es rechazado por Roxin, para quien la culpabilidad sólo es límite y no

¹¹⁹ Welzel, *Derecho Penal Alemán* [nota 79], pág. 231.

¹²⁰ Roxin, *Acerca de la ratio...* [nota 107], pág. 9.

¹²¹ Roxin, *Acerca de la ratio...* [nota 107], pág. 10.

¹²² Roxin, *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, en, del mismo, “Problemas Básicos del Derecho Penal”, Reus, Madrid, 1976, pág. 266-267.

¹²³ Roxin, *Acerca de la ratio...* [nota 107], pág. 3; igualmente, el mismo, *Sobre el desistimiento...* [nota 122], pág. 267.

fundamento de la punibilidad), en los casos de desistimiento voluntario dicha culpabilidad sería compensada, o al menos se volvería insignificante.

De esta teoría deriva una consecuencia directa para el problema de la posición sistemática del desistimiento en la estructura de la teoría del delito. En la medida en que la impunidad se fundamenta en la inexistencia de necesidad de pena respecto del hecho, el desistimiento encuentra su contexto sistemático en el ámbito de la exclusión de la responsabilidad, entendiendo por ésta, como lo hace Roxin, aquella supra-categoría que comprende tanto la culpabilidad en sentido estricto como la necesidad de pena¹²⁴.

2. *La posición sistemática del desistimiento*

En el contexto del análisis de las principales teorías relativas a la fundamentación de la impunidad por desistimiento se hizo referencia, respecto de algunas de ellas, a las consecuencias que de dichas teorías se seguían para la determinación del contexto sistemático en el cual ha de operar la exclusión de la imputación. Así, las variantes tradicionales de las teorías jurídicas tienden a comprender el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa. Bajo la teoría del puente de oro, en cambio, el desistimiento es entendido, mayoritariamente, como una causa personal de exclusión (o anulación) de la pena, o sea, como una excusa legal absolutoria. Las teorías de la insignificancia o del resarcimiento de la culpabilidad, por su parte, han de entender que el desistimiento opera en el ámbito de la culpabilidad como categoría sistemática. Y por último, la teoría del fin de la pena, al menos en la formulación de Roxin, conduce a concebir el desistimiento como una causa de exclusión de la responsabilidad.

Es importante destacar, sin embargo, que el esquema anterior carece de una pretensión de validez general. En efecto, es posible encontrar posiciones bajo las cuales el fundamento de la exclusión de la imputación por desistimiento no prejuzga la posición sistemática de éste. En el ámbito de la doctrina española, Mir Puig sostiene que son generalmente aceptadas fundamentaciones de tipo político-criminal, ya en el sentido de la teoría del puente de oro, ya en el sentido de la teoría del fin de la pena¹²⁵. Sin embargo, ello no obsta a que la doctrina española dominante entienda al desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa¹²⁶.

Esta última consideración tiene alguna importancia para la determinación de la posición sistemática del desistimiento bajo la regulación del Código Penal chileno. La razón por la cual la doctrina española dominante ha entendido el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa se encuentra en un argumento exegético, en el sentido de que el concepto legal de tentativa supondría la ausencia de un desistimiento voluntario. Esto es plenamente aplicable a la regulación chilena. El inciso 2° del artículo 7° del Código Penal define el delito frustrado como aquel en que “el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o el simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”. La exigencia de que la consumación

¹²⁴ Roxin, *Sobre el desistimiento...* [nota 122], pág. 270. Acerca de la construcción de la responsabilidad como categoría sistemática, *vid.* el mismo, <<Culpabilidad>> y <<responsabilidad>> como categorías sistemáticas *juridicopenales*, en, del mismo, “Problemas Básicos del Derecho Penal” [nota 122], pág. 200 y ss; y el mismo, *Derecho Penal...* [nota 15], § 19, núm. 1-7.

¹²⁵ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 96.

¹²⁶ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 94.

no se verifique por causas independientes de la voluntad del autor de la tentativa se traduce en la exigencia de que no tenga lugar un desistimiento voluntario.

Lo anterior podría conducir a sostener que bajo el Código Penal chileno, en virtud del tenor literal del artículo 7º, habría que considerar el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa. No obstante, esto no es necesariamente correcto. Desde un punto de vista exegético, lo único que resulta del texto del inciso 2º del artículo 7º es que la ejecución completa de la conducta típica no puede ser punible como delito frustrado cuando el autor desiste voluntariamente. Esta consideración, sin embargo, no puede prejuzgar cuál sea el contexto sistemático en el cual debe afirmarse la exclusión de la punibilidad. Pues la articulación sistemática de los problemas dogmáticos presupone la posibilidad de reconstruir racionalmente las decisiones expresadas en el texto legal. De lo contrario habría que concluir, por ejemplo, que todas las circunstancias establecidas en los tipos de la Parte Especial tendrían que ser entendidas como auténticos elementos del tipo respectivo, lo cual implicaría desconocer, por ejemplo, el recurso interpretativo a las cláusulas de llamada a la antijuridicidad, recurso que es ampliamente aceptado¹²⁷.

Por lo demás, la doctrina chilena no se ha mostrado constreñida a adoptar tal solución en virtud de la consideración del tenor literal del artículo 7º. Politoff, por ejemplo, se declara partidario de la comprensión del desistimiento como una excusa legal absoluta, y más específicamente, como una causa personal de anulación de la pena¹²⁸.

A propósito de la regulación del desistimiento en el Código Penal chileno, cabe constatar que en relación con la tentativa *stricto sensu* el inciso 3º del artículo 7º nada indica. La doctrina chilena ha recurrido tradicionalmente a un argumento *a fortiori* para construir un punto de apoyo institucional. El argumento es el siguiente: si es posible excluir la imputación en caso de ejecución completa de la acción típica en tanto el sujeto se desista voluntariamente antes de la consumación, entonces ello debe ser posible, con mayor razón, en caso de ejecución incompleta de la acción típica¹²⁹.

3. La exigencia de voluntariedad del desistimiento

Para que el desistimiento conduzca a la impunidad el mismo debe ser voluntario. Esta exigencia deriva directamente de la regulación legal. Tanto el § 24 del StGB como el artículo 16 del actual Código Penal español la prevén expresamente. Como ya se mostró *supra*, la regulación chilena también la establece.

Sin embargo, respecto de la configuración del contenido de la exigencia no existe acuerdo. En general, puede afirmarse que en relación con ello compiten dos grupos de teorías: las teorías psicológicas y las teorías valorativas. La articulación estándar de las teorías psicológicas se construye a partir de la fórmula propuesta por Frank: “el desistimiento es voluntario si el sujeto *no quiere* alcanzar la consumación *aunque* puede, y es

¹²⁷ Así por ejemplo, la cláusula “sin derecho” del inciso 1º del artículo 141 del Código Penal chileno, que tipifica el delito de secuestro, no expresa un elemento del tipo del secuestro, sino que constituye una referencia a la exigencia de que no concurren causas de justificación para la afirmación de la punibilidad de la conducta típica. Sobre esto, en general, *vid.* Roxin, *Derecho Penal...* [nota 15], § 10, núm. 30.

¹²⁸ Politoff, *Los Actos Preparatorios...* [nota 44], pág. 227-228.

¹²⁹ Así, Politoff, *Los Actos Preparatorios...* [nota 44], pág. 217; Cury, *op. cit.* [nota 46], pág. 203. En sentido análogo, Etcheberry, *op. cit.* [nota 45], pág. 63.

involuntario si *no quiere porque no puede*¹³⁰. En otros términos, el desistimiento es voluntario cuando el mismo tiene lugar siendo aún posible la consumación (desde el punto de vista del autor). De lo contrario el desistimiento es involuntario y, por ende, ineficaz para excluir la imputación.

Roxin ha objetado esta solución. Según Roxin, esta solución es incorrecta en la medida en que identifica los supuestos de desistimiento involuntario con los supuestos que él califica como de tentativa fracasada o fallida. En estos últimos supuestos, en que el sujeto constata la imposibilidad de alcanzar la consumación, no se trata de que el desistimiento sea involuntario, sino de que el desistimiento ni siquiera es posible, puesto que la tentativa ha fracasado¹³¹. Además, agrega Roxin, esta solución no es satisfactoria político-criminalmente, pues “[n]o hay por qué tenderle un <<puente de plata>> a costa de la impunidad para que se vuelva atrás a quien ve fracasar su plan de realizar impunemente el delito y lo abandona ya por esa razón”, así como “[t]ampoco podrán ver aquí un caso de aplicación de su principio quienes quieren otorgar la <<gracia>> de la impunidad a causa de una menor energía criminal que se manifiesta en el desistimiento (teoría de la gracia). Ni tampoco se puede hablar de una desaparición de los fines que se han de perseguir con la pena (teoría del fin de la pena)”¹³².

A partir de la crítica a las teorías psicológicas, Roxin formula su teoría valorativo-jurídica. La premisa desde la cual se construye esta solución es la necesidad de articular la exigencia de la voluntariedad del desistimiento a partir de una valoración político-criminal. Esto implica un rechazo de las denominadas teorías éticas, que parten de un enjuiciamiento (de los motivos) del desistimiento de la tentativa desde un punto de vista primariamente moral. Por el contrario, Roxin postula la corrección de un punto de partida normativo que sea consistente con la *ratio* de la exención de pena que fundamenta el desistimiento. Esto se concreta, en el contexto del planteamiento de Roxin, en la postulación de la “racionalidad del delincuente” como criterio de determinación de la voluntariedad del desistimiento. Como lo explica Roxin, “[e]l desistimiento es voluntario porque el orden jurídico recompensa la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente”, de lo cual se sigue que “el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad -sea cual fuere su origen- de retorno a la legalidad o en que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal”¹³³. Así, el desistimiento será voluntario cuando el abandono de la prosecución pueda ser interpretado como un distanciamiento respecto de la racionalidad interna de la actividad criminal, en tanto que será involuntario cuando el mismo abandono sólo represente una confirmación de dicha racionalidad.

Es innegable que esta solución resulta adecuada para los supuestos de desistimiento de tentativa inacabada, esto es, para los supuestos de desistimiento por omisión de proseguir la ejecución de la conducta típica. Su aplicación en el ámbito del desistimiento activo, correlativo a la tentativa acabada, en cambio, resulta más problemática. La cuestión que surge en este último ámbito se refiere a si, más allá de la configuración de la voluntariedad, en la exclusión de la punición de la tentativa acabada por desistimiento activo se requiere o no la satisfacción de un juicio de imputación (en

¹³⁰ Mir Puig, *op. cit.* [nota 4], Lección 13, núm. 98.

¹³¹ Roxin, *Sobre el desistimiento...* [nota 122], pág. 250-251; el mismo, *La tentativa frustrada*, en, del mismo, “Dogmática Penal y Política Criminal” [nota 13], pág. 278 y ss.

¹³² Roxin, *Sobre el desistimiento...* [nota 122], pág. 252.

¹³³ Roxin, *Sobre el desistimiento...* [nota 122], pág. 253-254.

sentido estricto) de la evitación de la consumación a la conducta del agente. Sobre esto se volverá más adelante.

4. *La posibilidad de consumación como presupuesto del desistimiento*

A propósito de la referencia a la crítica efectuada por Roxin a las teorías psicológicas en cuanto a la determinación de la voluntariedad del desistimiento, se hizo alusión a su tesis de que tales teorías pretenderían solucionar en el contexto de la distinción entre voluntariedad e involuntariedad del desistimiento los supuestos de tentativa fracasada, en los cuales, según el propio Roxin, lo que debe afirmarse es la imposibilidad de todo desistimiento, independientemente de su voluntariedad.

Por tentativa fracasada Roxin entiende aquella en que “el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto”¹³⁴. La cuestión central está en advertir que el fracaso de la tentativa se evalúa a partir de la propia representación del autor, por lo cual dicho fracaso es independiente de la idoneidad o inidoneidad de la tentativa en sentido objetivo. La consecuencia fundamental que deriva de la calificación de una tentativa como fracasada consiste en la exclusión de la posibilidad de que respecto de la misma pueda tener lugar un desistimiento que excluya la imputación, precisamente porque el desistimiento presupone que desde la perspectiva del autor la consumación sigue siendo posible, esto es, que la tentativa aún no ha fracasado (independientemente de su idoneidad)¹³⁵.

Resulta fundamental precisar que la noción de tentativa fracasada debe ser diferenciada nítidamente de la noción de delito frustrado en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno. La confusión puede surgir por el hecho de que en la traducción del trabajo de Roxin se utilice la expresión “tentativa frustrada” para designar las hipótesis de tentativa fracasada. Sin embargo, el propio Roxin da cuenta de la no-correspondencia entre la noción de tentativa fracasada (“tentativa frustrada”) y la noción de delito frustrado o “delit manqué” en el sentido que esta expresión tenía en el antiguo derecho italiano y francés¹³⁶, y que precisamente corresponde al delito frustrado del Código Penal chileno. Tanto es así que Roxin admite que tanto una tentativa acabada como una tentativa inacabada (tentativa *stricto sensu* en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno) pueden devenir fracasadas.

Las constelaciones de casos en que según Roxin se presenta la pregunta por el fracaso de la tentativa y, por ende, por la imposibilidad de impunidad por desistimiento son básicamente cuatro¹³⁷. En primer término, los casos en que el autor advierte que la realización del tipo es imposible (por ejemplo, si el sujeto a quien se pretende dar muerte se escapa o si la mujer a quien se pretende violar se entrega voluntariamente). En segundo término, los casos en que la identidad del objeto de la acción no se corresponde con el plan del auto (por ejemplo, si un sujeto no consuma un asesinato al advertir, justo antes de disparar, que se trata de un sujeto distinto de aquel cuya muerte se persigue). En tercer lugar, los casos en que el objeto del hecho no responde a las expectativas del autor (por ejemplo, si el sujeto que intenta cometer un hurto encuentra un botín menor al

¹³⁴ Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 283.

¹³⁵ Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 284.

¹³⁶ *Vid.* Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 285.

¹³⁷ *Vid.* Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 288-302.

pretendido, no sustrayendo éste). Y por último, los casos en que las circunstancias del hecho difieren de las previstas en el plan del autor (por ejemplo, si un sujeto renuncia a la consumación al sentirse observado, pese a ser todavía ejecutable el hecho).

En términos generales, Roxin sostiene que en las dos primeras constelaciones la solución de la tentativa fracasada es correcta. Lo mismo respecto de la tercera constelación, aunque reconociendo la necesidad de realizar precisiones ulteriores, sobretudo atendiendo al grado de concreción de la expectativa del sujeto respecto de las cualidades del objeto de la acción. En la cuarta constelación de casos, sin embargo, Roxin entiende que no cabe la afirmación del fracaso de la tentativa, dado que no puede negarse que en esos casos la consumación (aun desde la representación del autor) es de todas formas posibles, pues se trata de alteraciones que se mantienen en el ámbito de las circunstancias concomitantes, de modo que si el autor no prosigue la ejecución en tales supuestos la punibilidad del hecho deberá afirmarse o negarse en función de la posibilidad de afirmar o no un desistimiento voluntario.

Más allá de la aceptación o del rechazo de la utilidad de la categoría de la tentativa fracasada, existe una controversia paralela que se concentra también en la consideración de la posibilidad de la consumación como presupuesto del desistimiento eficaz. Se trata, básicamente, de la solución que ha de postularse para los casos en que si bien el autor no alcanza la consumación en su primera ejecución, podría todavía alcanzarla mediante una reiteración de la acción ejecutiva y, sin embargo, no lo hace.

Una primera posición es la defendida por la denominada teoría de la consideración individual, según la cual en tales casos ha de afirmarse la imputación por la primera ejecución fracasada, sin que la no-reiteración de la ejecución pueda dar lugar a un desistimiento. Tal solución es postulada, entre otros, por Jakobs, en función de que en tales casos la decisión de no reiterar el intento sólo puede ser interpretada como un comportamiento posterior al hecho y no como una modificación del hecho, que es lo en su propuesta constituye el desistimiento¹³⁸. Ello equivale a considerar la primera ejecución como una tentativa acabada, de la cual ya no se podría desistir (eficazmente) omitiendo¹³⁹.

La solución contraria es defendida por la teoría de la consideración global del hecho, mantenida, entre otros, por Roxin. Según esta teoría, “no debería admitirse nunca una tentativa frustrada en tanto el autor, según su representación, todavía pueda alcanzar el objetivo [...] mediante una modificación o una continuación de las acciones ejecutadas hasta entonces de manera temporal o espacialmente inmediata en relación con los hechos ya ocurridos”¹⁴⁰. Según Roxin, esta solución encuentra apoyo en el hecho de que si hipotéticamente la reiteración de la ejecución produjera la consumación, todo el hecho sería constitutivo, desde el punto de vista de la dogmática de los concursos, de una unidad natural de acción, por lo cual sería correcto considerar la no-reiteración como un desistimiento eficaz (siempre que se afirme su voluntariedad)¹⁴¹.

No puede desconocerse que a la controversia entre la teoría de la consideración individual y la de la consideración global, al menos desde las formulaciones de Jakobs y Roxin, subyace, en términos específicos, la cuestión de si la exclusión de la imputación por

¹³⁸ Jakobs, *El desistimiento como modificación del hecho* [nota 111], pág. 331-332, 340-341,

¹³⁹ *Vid.* Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 14-17, pág. 906 y ss.

¹⁴⁰ Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 305.

¹⁴¹ Roxin, *La tentativa frustrada* [nota 131], pág. 309.

desistimiento se vincula a consideraciones relativas a la configuración del injusto culpable o a consideraciones relativas a la necesidad preventiva de pena. En términos más generales, en todo caso, a la misma controversia subyace una discrepancia radical en torno al fundamento de la punibilidad de la tentativa y de la imputación jurídico-penal en general: confirmación de la vigencia de la norma *versus* protección de bienes jurídicos.

5. *¿Imputación del desistimiento activo?*

La diferencia fundamental entre el desistimiento de la tentativa acabada y el desistimiento de la tentativa inacabada radica en que el primero, a diferencia del segundo, presupone la realización de una acción (tras el acabamiento de la tentativa) de la cual resulte la evitación de la consumación. Esto hace surgir la pregunta de si para la afirmación de tal desistimiento basta una relación causal ente la conducta del agente y la no-producción del resultado o si, en cambio, se requiere un vínculo de imputación más estricto.

El profesor Alcácer Guirao da cuenta de que existirían tres posiciones básicas al respecto. Para una primera posición la causalidad constituiría un criterio de imputación suficiente, fundamentalmente en función de una adhesión a la teoría del puente de oro, en el sentido de que “el establecimiento de exigencias superiores a la mera evitación vendría a cercenar esa potencialidad motivadora de la exención de pena”¹⁴². Para una segunda posición, la relación causal sería condición necesaria, pero no suficiente, de la imputación del desistimiento, requiriéndose, además, la constatación de un incremento de las posibilidades de salvación, esto es, “que la acción dirigida a la salvación aparezca desde un punto de vista *ex ante* objetivo como adecuada para realizar el resultado, es decir, que incremente la posibilidad de evitar la lesión, y que sea ese incremento de posibilidades el que se reali[ce] en el resultado de evitación”¹⁴³. Finalmente, una tercera posición exige no sólo que el resultado de evitación sea imputable al comportamiento de desistimiento activo del autor, sino que este comportamiento pueda ser considerado ya como la realización de una acción óptima de evitación. Esta tercera posición, partiendo de una justificación de la exención de pena a partir del discurso de la prevención general positiva, entiende que “sólo cuando el agente hace todo lo posible para evitar la materialización de un peligro por él generado, y no cuando deja protagonismo al azar, se reestabiliza la confianza en la vigencia de las normas”¹⁴⁴. Un importante defensor de esta última posición, además del propio Alcácer Guirao, es Jakobs¹⁴⁵.

La exigencia de un vínculo de imputación adicional a la sola causalidad es expresión de la postulación de una equiparación entre el tipo de injusto y el desistimiento, equiparación que quizás se encuentre justificada dogmáticamente. No puede dejar de considerarse, sin embargo, que en el ámbito de la afirmación del injusto la exigencia de un vínculo de imputación normativa adicional a la causalidad en sentido natural (causalidad con arreglo a leyes de la naturaleza) es una exigencia que, en la mayoría de los supuestos relevantes al menos, opera como una restricción de la punibilidad, mientras que en el ámbito del desistimiento la misma exigencia opera como una restricción a la exclusión de

¹⁴² Alcácer Guirao, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002, pág. 31.

¹⁴³ Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 142], pág. 32-33.

¹⁴⁴ Alcácer Guirao, *op. cit.* [nota 142], pág. 40.

¹⁴⁵ Vid. Jakobs, *Derecho Penal...* [nota 3], Apartado 26, núm. 19^a, pág. 910.

la punibilidad. Esto podría dar lugar a mayores exigencias de legitimación desde una perspectiva meta-dogmática.

6. *Excurso: el desistimiento fracasado*

La exclusión de la imputación de responsabilidad por tentativa en virtud de su desistimiento supone que éste ha sido exitoso, esto es, que la tentativa no ha devenido en consumación¹⁴⁶. El problema que plantean los casos de desistimiento fracasado (o malogrado), esto es, los casos en que a pesar del desistimiento el delito se consuma, consiste en determinar si en tales casos sería correcto imputar responsabilidad a título de delito doloso consumado o si, en cambio, sólo podría afirmarse una tentativa en eventual concurso ideal con un delito imprudente (siempre que exista un tipo imprudente correlativo)¹⁴⁷.

En el ámbito de la tentativa inacabada la cuestión se suscita fundamentalmente en relación con los casos de consumación anticipada, en los cuales la segunda solución parecería imponerse en función de la consideración del dolo de la tentativa inacabada como un dolo que, a diferencia del de la tentativa acabada (y el de del delito consumado), no importa la asunción de un riesgo (todavía) adecuado para la producción del resultado.

En el ámbito de la tentativa acabada, en cambio, la solución del delito doloso consumado parecería no encontrar inconvenientes, más allá de algunas posiciones minoritarias, precisamente porque en tales casos, pese al desistimiento activo fracasado, el riesgo que se realiza en el resultado sí es plenamente imputable al dolo¹⁴⁸. Esta solución, en todo caso, sería compatible con la afirmación de la morigeración de la imputación en función de la verificación de un comportamiento (posterior) susceptible de ser considerado como una reparación o un intento de reparación del mal causado. Tal posibilidad podría concretarse, bajo el Código Penal chileno, en la aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 7¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Bajo una fundamentación absolutamente subjetivista del injusto, la exigencia de éxito del desistimiento para la exclusión de la imputación por tentativa resulta a lo menos controvertible. En efecto, Sancinetti sostiene que “el fracaso del desistimiento no excluye el desistimiento. Presupuesto que el autor no haya asumido con dolo la posibilidad de una pérdida de control sobre los riesgos, él ha *impedido*, mediante la revocación del comportamiento, que la consumación se produjera *dolosamente*”, de modo que “el hecho queda igualmente *modificado*, la eventual producción del resultado a pesar de ello, da lugar –en su caso– solo [sic] a responsabilidad por imprudencia” (Sancinetti, *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa* [nota 23], pág. 96).

¹⁴⁷ Sobre esto, Alcácer Guirao, *Desistimiento malogrado y reglas de imputación*, en *Actualidad Penal*, Madrid, 2001, pág. 1041 y ss.

¹⁴⁸ Así Wolter: “el autor doloso no es ni siquiera eximido del delito consumado y de la responsabilidad por el resultado cuando su dolo, por ejemplo, dirigido a matar, desaparece con posterioridad a la creación de un riesgo de resultado no permitido o incluso cuando aquél se transforma en una voluntad de salvamento. Porque si fracasa la salvación de la víctima a pesar de la voluntariedad de la tentativa, el autor sigue siendo responsable por un ilícito de resultado y, por lo tanto, punible por un delito de homicidio consumado” (Wolter, *op. cit.* [nota 40], pág.74).

¹⁴⁹ Así, Cury, *op. cit.* [nota 46], pág. 209.