Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXI — ABRIL - JUNIO DE 1963 — Nº 124

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION — (CHILE)

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

EDUARDO NOVOA MONREAL

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Santiago

EL PROCESO DE GENERACION DEL DELITO. TENTATIVA Y DELITO IMPOSIBLE (*)

SUMARIO:

1.— La consumación del delito. 2.— La ley penal alcanza también a los casos de no consumación. 3.—Presentación jurídica de la tentativa y su naturaleza. 4.— La tentativa en la sistemática. 5.— Historia de la tentativa. 6.— El proceso de realización del hecho delictuoso. 7.— Una fase intermedia: la resolución manifestada. Proposición y conspiración. 8.— La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución. 9.— Requisitos que integran el delito tentado. 10.— El hecho tentado como proceso causal interrumpido. 11.— Concepto de la ley chilena sobre el conato; su clasificación. 12.— Tentativa y culpabilidad. 13.— Situación de las faltas. 14.— Idoneidad de la tentativa en la doctrina; delito imposible. 15.— El delito imposible y el error. 16.— El delito imposible en la legislación chilena. 17.— El desistimiento de la tentativa. 18.— El desistimiento que excluye la tentativa. 19.— Caso especial del delito frustrado. 20.— Problemática de la legislación chilena sobre desistimiento.

1.— La consumación del delito.

Siempre que la ley penal sanciona un hecho, precisa en qué consiste y cómo debe ser realizado. Esta determinación legal de los hechos cuya realización trae consigo la aplicación de una pena, se hace en la legislación chilena en los Libros II y III del Código Penal y en diversas leyes penales especiales. Cada una de las disposiciones existentes sobre esta materia constituye lo que técnicamente se denomina un **tipo** penal.

(*) Breve curso de Derecho Penal dictado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, del 7 al 10 de mayo de 1963.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para que sobrevenga la responsabilidad penal y sea procedente la aplicación de la pena correspondiente a quien realiza alguno de esos hechos sancionados criminalmente, es necesario no sólo ejecutar la conducta descrita en el tipo, sino que también es indispensable que estén presentes todos los demás elementos que integran la responsabilidad penal —antijuricidad y culpabilidad.

Al tratar de la consumación, sin embargo, no se requiere tener en cuenta la concurrencia de todos esos elementos de la responsabilidad, sino que basta considerar solamente la tipicidad, esto es, que se cumplan todas las exigencias formales del tipo penal descrito por el legislador.

Cuando un ser humano realiza totalmente el hecho tipificado por la ley penal, hallándose presentes todos los requisitos previstos en su descripción, el hecho típico está consumado. Y dando a los hechos típicos la denominación de "delitos" que corrientemente se les da —usando esta palabra en una de sus acepciones, justamente la de hecho típico—, podemos decir que nos hallamos en presencia de un delito consumado.

El **delito consumado** es, por ello, el delito completo, en que se han cumplido todas las exigencias indicadas en la descripción típica correspondiente (1).

Hay quienes hablan también de **delito agotado**, refiriéndose a aquel momento del desarrollo del delito en que se han producido todas las consecuencias del hecho delictuoso y en que el sujeto activo, por consiguiente, no sólo ha dado cima al hecho típico, sino ha logrado, además, obtener todos los efectos ilícitos que mediante él se proponía conseguir.

Es así como el delito de hurto estará consumado desde que el delincuente haya logrado apropiarse de la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño —artículo 432 del Código Penal—, pero no estará agotado sino cuando haya podido aprovechar de esa cosa, sea usándola, sea vendiéndola, etc. Y un delito de falso testimonio se dirá consumado desde que se prestó la declaración

(1) Cuando una condición objetiva de punibilidad acompaña al tipo, la consumación no requiere que ella esté cumplida. La concurrencia de una condición de esa clase sólo es necesaria para la aplicación de la pena.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

judicial falsa —artículos 206 a 209 del Código Penal—, pero no estará agotado en tanto el tribunal no haya aceptado como verdadero ese testimonio.

La noción de delito agotado carece de importancia en nuestro Derecho positivo, que se atiene al cumplimiento objetivo de la descripción típica sin considerar que se alcancen los fines criminales que se propuso el sujeto activo; por esto, a lo sumo ella podrá influir en la regulación de la pena conforme a los términos del artículo 69 del Código Penal. En cambio, el concepto de delito consumado es fundamental, porque las penas previstas en la parte penal especial se entienden impuestas solamente al delito consumado, según lo expresa el inciso 2º del artículo 50 del Código Penal.

La jurisprudencia chilena ha precisado que no es necesario que se obtenga el beneficio ilícito que el delincuente busca, para la existencia del delito consumado, admitiendo con ello implícitamente la diferencia entre delito consumado y delito agotado (**).

2.— La ley penal alcanza también a casos de no consumación.

Un delito —hecho típico— puede estar incompleto por no concurrir algunos de los requisitos señalados por la descripción típica.

Por ejemplo, yace un hombre con una doncella mediante engaño, pero esa doncella tiene 21 años, o sea, excede su edad de la que exige el artículo 363 del Código Penal para que haya delito de estupro. En este caso el hecho es atípico y, por consiguiente, impune, pues falta un elemento de la responsabilidad penal.

Pero otras veces el delito está incompleto porque no se alcanzó a concluir su realización. En estos casos, el sujeto activo empezó a realizar la actividad que debía conducir a la plena ejecución del delito, pero algún impedimento hizo que esa actividad no llegara a su término. En esto está el problema que nos corresponde estudiar ahora.

Una primera cuestión consiste en resolver si toca al Derecho Penal ocuparse de estos procesos delictivos inconclusos e imponerles penas.

(**) Ver sentencias de la Corte Suprema de 25 de marzo de 1919 y de 26 de mayo de 1920, publicadas en la "Gaceta de los Tribunales" de esos años, 1.er semestre, páginas 134 y 321, respectivamente, y fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, de 15 de julio de 1911, publicado en la "Gaceta de los Tribunales" de 1911, 1.er semestre, página 1.172.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Aparentemente, esos procesos debieran quedar fuera del Derecho Penal, pues en ellos el sujeto activo no pudo realizar el hecho que la ley penal tipificó.

Sin embargo, a poco que meditemos sobre esta clase de situaciones, hemos de advertir que si bien no se ha consumado el delito, el sujeto activo quiso consumarlo y dio principio a una actividad encaminada a ese fin. Con ello exteriorizó su desobediencia a la norma legal y puso en movimiento un proceso que, a no mediar un impedimento ajeno a su voluntad, habría rematado en la plena realización del hecho punible. Existió, pues, la posibilidad de que se hubiera realizado la conducta que la ley quiere impedir con la amenaza de una pena, y hubo un peligro para el bien jurídico cuya protección busca el legislador penal.

En todas las legislaciones penales se ha estimado que hechos de esta clase, que no importan la plena realización de un tipo penal, también deben ser reprimidos por la ley. Nuestro Código Penal declara en el primer inciso de su artículo 7º que "son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa".

En doctrina, las dos etapas anteriores a la consumación, que la ley chilena declara también punibles, esto es, el delito frustrado y la tentativa, se comprenden generalmente bajo un solo nombre, que es el de **tentativa.** También se habla de **delitos tentados** o de **conato.**

Estos hechos que no alcanzan la consumación y que la ley declara punibles, tienen generalmente un tratamiento penal más benigno que el que corresponde al delito consumado. Los artículos 51 a 54 del Código Penal disponen para ellos una rebaja de pena en relación con el hecho consumado, que alcanza a un grado para el delito frustrado y a dos grados para la simple tentativa.

En los delitos tentados hay, por consiguiente, una variación de responsabilidad penal, por cuanto ésta adquiere generalmente una menor intensidad, que se refleja en una pena inferior.

No obstante, la tentativa no constituye una circunstancia atenuante de responsabilidad penal. La razón es que en la tentativa no media ni interviene ninguna circunstancia o factor extraño al hecho típico, sino que ella constituye una forma incompleta del hecho básico sobre el que se levanta la responsabilidad, que es

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el delito consumado. Si no hay adición de circunstancias al hecho típico normal, sino defecto de integración de éste, por haberse detenido en su curso el proceso de su realización, claramente se aprecia que la tentativa es algo muy diverso de una circunstancia atenuante.

Muchos han aplicado a la tentativa el nombre o calificativo de **"delito imperfecto".** Para hacerlo, han tenido en cuenta que en ella el hecho intentado no ha llegado a ultimarse o concluirse y que, considerándola en relación con él, puede estimársela no perfeccionada. Es en este sentido que han usado la expresión referida Carrara y Jiménez de Asúa, por ejemplo.

Otros, en cambio, anotan que la tentativa es un hecho punible perfecto, por reunir en sí todos los elementos necesarios para dar origen a una responsabilidad penal y a la consiguiente aplicación de una pena. Su perfección se expresaría en ser suficiente título delictual una vez cumplidas todas las exigencias que la ley contempla para ella.

Indudablemente que semejante controversia carece de importancia y queda reducida, en el fondo, a una pura cuestión de palabras, dependiente del diverso sentido con que éstas se emplean.

3.— Presentación jurídica de la tentativa y su naturaleza.

Siendo voluntad del legislador imponer también sanción a los delitos tentados, bien pudo él haber expresado, dentro de cada tipo, una descripción que abarcara no solamente a los hechos constitutivos de consumación sino también a los de tentativa.

Pero este procedimiento, "farragoso y técnicamente deficiente" al decir de Max E. Mayer, habría impuesto una duplicación de todos los tipos, para extenderlos también a los hechos que intentaran su consumación.

Prefirió por ello el legislador recoger en un precepto de la parte general las notas comunes de la tentativa, en sus dos formas de presentación, delito frustrado y simple tentativa, y disponer que en todo tipo cabría considerar también la punibilidad de esas dos formas incompletas del hecho descrito.

De ello resultó que la tentativa, a diferencia de la consumación, cuya punibilidad resulta de la pura aplicación al respectivo tipo

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de los principios que informan la responsabilidad penal, requiere de la combinación de los dos preceptos penales: el del tipo fundamental, contenido en la parte especial, y el ampliatorio a las formas incompletas, contemplado en la parte general.

Por consiguiente, el precepto que extiende la punibilidad a los hechos tentados carece de autonomía y funciona solamente en relación con otro precepto que es el autónomo o principal, encargado de dar la descripción del tipo como hecho consumado. La tentativa constituye, en consecuencia, una forma delictiva accesoria o secundaria.

La tentativa debe ser considerada, pues, una ampliación por la vía de un enunciado genérico, de los distintos tipos previstos en la parte especial. Pero esta ampliación no tiene por efecto adicionar nuevos requisitos a estos distintos tipos, sino hacer típicas también etapas del desarrollo de los hechos que conducen a dichos tipos, aún antes de su total realización (2).

La tentativa crea así un verdadero tipo nuevo, accesorio y subordinado a cada tipo autónomo (3), integrado por una descripción complementaria que, coordinada a la del tipo autónomo, da por resultado una descripción de conducta que alcanza a los procesos externos dirigidos a la realización del tipo autónomo, anteriores a la consumación de éste. Esta descripción corresponde solamente a una parte de la conducta típica autónoma, siempre que esa parte sea un proceso dirigido a la realización plena de dicha conducta.

Explicada de esta manera la naturaleza de la tentativa, debe admitirse que ella es un dispositivo legal amplificador del tipo (4), por la vía de una descripción genérica complementaria. Participa, entonces, del carácter puramente objetivo, formal e incoloro de toda descripción típica y le son extrañas las valoraciones jurídicas.

Por ello es que para que una conducta de tentativa sea punible, es necesario, aparte de la combinación de los preceptos a que alu-

---

(2) A estas etapas **Mezger** las llama "torsos de delito".

(3) **L. Scarano**, en "La Tentativa" (traducción de Luis E. Romero, Bogotá, 1960), niega la accesoriedad de la tentativa.

(4) **Así** la califica acertadamente **Orestes Araújo**, en "La Tentativa", (Montevideo, 1958), adoptando términos antes empleados por otros penalistas.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dimos, que concurran los elementos valorativos de la antijuridicidad y de la culpabilidad (5).

Preciso es reconocer, sin embargo, que la mayor parte de los tratadistas consideran a la tentativa como una forma reducida de responsabilidad, por no haberse completado la materialidad del hecho. Decimos esto, porque incorporan a la noción de tentativa aspectos propios de una antijuridicidad real o material y piensan que el dolo forma parte integrante de ella.

Esto se aprecia especialmente, como luego veremos, en que caracterizan la tentativa como un peligro para el bien jurídico objeto de la protección de la ley penal y en que asimilan el propósito o finalidad perseguida por el sujeto activo, elemento esencial de la tentativa, con el dolo.

4.— La tentativa en la sistemática.

Para Mezger, la teoría de la tentativa, conjuntamente con las teorías de la participación y del concurso, constituyen "formas especiales de aparición del hecho punible", por cuanto el hecho punible, considerado desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma reducida —que es lo que ocurre en la tentativa, en que el hecho se limita a una parte—, o en una forma ampliada —que es lo que sucede en la participación, en la cual hay pluralidad de sujetos—, y en el concurso, en el que hay pluralidad de hechos o de criterios jurídicos.

Max E. Mayer tiene a la tentativa por una "causa de extensión de la pena", pues mediante preceptos legales de la parte general se amplía el concepto delictivo plasmado en la parte especial, haciendo caer bajo una pena legal una zona limítrofe situada fuera de ella. Jiménez de Asúa participa de este criterio.

Welzel sitúa a la tentativa como una "etapa de concreción del delito".

Para nosotros la tentativa es un dispositivo legal amplificador del tipo. Atendido este carácter, constituye también, indirectamente, una causa de extensión de la pena, pues conduce a que sean también punibles hechos que están fuera del tipo normal.

---

(5) Conforme **Frías Caballero**, "El Proceso Ejecutivo del Delito" (**Buenos Aires**, 1956), página 67.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5.— Historia de la tentativa.

Se ha dicho que la punibilidad de la tentativa indica un Derecho que se encuentra ya en un cierto grado de desarrollo progresivo, y que en las antiguas épocas de la responsabilidad por el resultado ese pensamiento se desconoce, puesto que la tentativa no representa daño material alguno (Von Hippel).

Solamente en los últimos períodos del desarrollo del Derecho Romano, cuando, por influencia del pensamiento griego, se fue acentuando el valor de la voluntad —**voluntas**— sobre el resultado —**exitus**—, se hizo una distinción entre el **flagitium perfectum** y el **flagitium imperfectum**, que permitió señalar a la tentativa como hecho punible.

Algo semejante sucedió con el Derecho Germánico, que sólo vino a dar cabida a la tentativa en sus etapas finales. En las Capitulares de Carlomagno se considera la tentativa de homicidio.

Generalmente se acepta, no obstante, que la elaboración de la tentativa como institución jurídica se debe a los prácticos italianos de la Edad Media, quienes la trataron bajo la denominación de **conatus**. Gandino aludió a ella con los términos **"qui cogitat et agit nec perficit"** —el que piensa y obra, pero no perfecciona—. Alciato la caracteriza en la siguiente forma: **"aliud crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est"** —una cosa es el crimen y otra el conato, éste está en el camino, aquél en la meta—. Los prácticos señalaron para la tentativa una penalidad más reducida que la del delito consumado.

La Constitución Carolina —1532— contempla en su artículo 178 una extensa definición de la tentativa.

El Código Penal Francés de 1810 trató en su artículo 2º de la tentativa, diciendo que "toda tentativa de crimen que haya sido manifestada por un principio de ejecución, será considerada como el crimen mismo si ha sido suspendida o ha faltado su efecto por circunstancias independientes de la voluntad de su autor".

6.— El proceso de realización del hecho delictuoso.

La realización de un hecho delictuoso tiene normalmente un desarrollo progresivo, que comienza con la idea de ejecutarlo, que nace en el sujeto activo y que concluye con su total consumación

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

material, en plena conformidad con las exigencias del tipo correspondiente.

Es este proceso el que la doctrina conoce como el **iter criminis** —camino o curso del crimen—.

Se inicia este proceso de realización del delito con una fase interna y puramente subjetiva, que consiste en fenómenos psicológicos del sujeto, no trascendentes al exterior ni perceptibles por extraños.

Surge primero en esta fase la idea o la representación de un hecho punible que puede ser cometido; le sigue una deliberación que pondera las ventajas y los inconvenientes que la realización del hecho puede significar; ésta, a su vez, puede ser sucedida por la resolución de cometer el delito, si el sujeto no rechaza la tentación.

Esta primera fase solamente interesa a la conciencia moral o religiosa y escapa por entero a las normas jurídicas. El principio de Ulpiano **cogitationis poenam nemo patitur** cobra aquí plena validez. El Derecho es un regulador externo de conductas humanas, que no debe entrometerse en la intimidad de la conciencia del hombre, aunque allí se haya tomado una determinación criminal, mientras esa resolución no se traduzca en hechos externos (6).

En la segunda fase, externa y objetiva, el sujeto que tiene resuelto cometer un delito empieza a dar los pasos necesarios para llegar al fin propuesto. Con ello su propósito delictuoso se proyecta ya en el mundo exterior. Algunos de los actos de que se vale para cumplirlo están distantes de la consumación misma, pero gradualmente se va acercando a ésta con actos más próximos y directos, hasta que llega, finalmente, a su meta.

Entre los actos referidos podemos citar, si se trata de un ejemplo de robo, vigilar la casa en que lo va a perpetrar para conocer sus accesos y las costumbres de los moradores; conversar con la servidumbre para averiguar dónde se guardan los objetos de valor; proveerse de herramientas para forzar una ventana; acechar des-

(6) Corte Suprema, en fallo de 8 de noviembre de 1917, (publicado en "Gaceta de los Tribunales" del mismo año, 2º semestre, página 596). **Massari** sostiene la tesis contraria. Para él toda volición es un acto y por ello el hecho de querer un delito es ya un conato de delito.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pués, con los instrumentos necesarios en su poder, el momento propicio, acercarse a la ventana elegida y sacar los instrumentos para forzarla; aplicar éstos a destruir la chapa que la cierra; abrir la ventana, introducirse al interior de la casa, buscar el mueble donde se guardan especies de valor, abrirlo, tomar esas especies y guardarlas en sus bolsillos.

Ahora bien, excluida la punibilidad de la fase puramente interna, toca establecer si toda la fase externa o solamente una parte de ella queda sujeta a sanción penal.

El mismo principio que nos llevó a la impunidad de la fase interna, conduce a excluir de pena algunos actos externos, no obstante que ellos sean realizados por el sujeto que tiene ya la resolución de cometer el delito.

En efecto, entre los muchos actos externos que pueden realizarse, según se comprueba en el ejemplo presentado, hay algunos que están más alejados de la consumación y que no pueden ser vinculados con el delito que se intenta cometer. Porque si vemos un individuo que se detiene ante una casa y la examina detenidamente, o si lo vemos comprar un destornillador y un alicate, nada permite vincular su actividad, considerada objetivamente y en sí misma, con la perpetración de un delito. Esas actividades conocidas por nosotros no tienen objetivamente un nexo con el robo, puesto que pueden estar animadas por intenciones sanas. De sancionar penalmente a ese sujeto por ellas, se le estaría castigando, en consecuencia, por la determinación interna, esto es, por la resolución de cometer el delito que anida en su psiquis, y no por los hechos materiales que él ha realizado.

Al mismo resultado de impunidad de los actos externos que no tienen por sí mismos una conexión con el delito, se llega si se examina el asunto desde el punto de vista del fundamento objetivo de la punibilidad de la tentativa, constituido, según explicamos, por el peligro de un hecho que el legislador tiene tipificado por estimarlo generalmente atentatorio en contra de un bien jurídico digno de protección.

Dichos actos externos, que por su naturaleza misma no se ligan al delito propuesto, no importan un peligro objetivo para el bien jurídicamente protegido, pues son equivalentes a otros que se

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

realizan con fines lícitos y que no buscan la lesión del ordenamiento jurídico.

De lo expuesto resulta que solamente aquellos hechos externos que constituyen manifestación objetiva del propósito delictivo, por estar vinculados en su materialidad al delito, pueden ser penados como tentativa.

Por ello es que la noción de tentativa importa básicamente un problema de límites —Araújo—, pues exige esclarecer el momento o etapa del proceso de realización del hecho delictuoso a partir del cual es permitida al legislador la imposición de pena.

Con la aparición de la tentativa se obtiene, pues, el umbral de lo punible, o sea, el deslinde más bajo desde el cual empieza a ser posible penar al hombre.

Por cierto que la fijación de ese límite entre lo punible o lo impune exige una determinación jurídica muy precisa. Y sobre esto la doctrina penal ha formulado diversos criterios que es preciso conocer.

7.— Una fase intermedia: la resolución manifestada. Proposición y conspiración.

Pero antes de exponer las teorías que buscan explicar el umbral de lo punible, debemos mencionar una fase intermedia entre las fases interna y externa, que no siempre se produce, pero que en los casos en que aparece da origen a cuestiones difíciles.

Esa fase intermedia, brillantemente desarrollada por Jiménez de Asúa, es la de las **resoluciones manifestadas** (7).

Cuando el que tiene resuelto cometer un delito se limita a dar a conocer su propósito a otro u otros, de palabra, por escrito o por gestos, sin realizar ningún acto material encaminado al objetivo que persigue, nos encontramos ante lo que en este instante llamamos una resolución manifestada.

En principio, no corresponde intervención al Derecho Penal ante una simple manifestación de un propósito delictivo no traducido en actos apropiados para llevarlo a cabo. Podrán adoptarse, es cierto, medidas policiales o administrativas tendientes a impedir

(7) Jiménez de Asúa incorpora también en esta fase intermedia al delito putativo, que nosotros incluimos en el error de derecho.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el delito que se anuncia, y ciertamente podrá prepararse legítima defensa para el mismo fin, pero sin que esta defensa pueda hacerse efectiva, ya que no existe aún objetivamente la agresión injusta.

Pero hay casos en que la pura manifestación verbal de una determinación delictuosa puede constituir la pérdida de una situación de seguridad, de paz o de tranquilidad, individual o colectiva. En tales casos, puede el legislador considerar esa seguridad, paz o tranquilidad como un bien jurídico digno de protección por medio de preceptos penales y tener a la pura manifestación de voluntad delictiva como hecho antijurídico sujeto a sanción penal.

Es lo que sucede con el delito de amenazas, previsto en los artículos 296 a 298 y 328 del Código Penal, al que se le asigna pena por estimarse que atenta contra el derecho que toda persona tiene a gozar de tranquilidad y a no ver perturbada su seguridad por expresiones anunciadoras de males verosímiles que dirija otro en su contra, aun cuando esos males no se conviertan en realidad.

Es, también, lo que acontece con el tipo de asociación ilícita previsto en el artículo 292 del Código Penal, que "importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse".

Algo semejante ocurre con la provocación o incitación a cometer ciertos delitos, en que el sujeto que desea que un determinado hecho punible se verifique, estimula a otros a que lo cometan, comprometiendo con ello la tranquilidad o la paz pública.

La provocación o incitación se convierten por sí mismas en actividades punibles, por las razones antes expresadas, generalmente cuando se relacionan con delitos de sublevación contra las autoridades del Estado o con ciertos hechos que ponen en peligro la subsistencia del orden externo más básico en una sociedad organizada, según puede apreciarse en los artículos 122 y 123 del Código Penal, 13 a 15 del Decreto-Ley Nº 425, de 1925 —Ley sobre Abusos de Publicidad— y 1º, 4º y 6º de la Ley Nº 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado. También pasan a serlo en circunstancias que al legislador le parecen, por condiciones especiales del ambiente social, suficientes para que se cometa un delito grave (***).

En cambio, la instigación y la inducción son apreciadas por el legislador por su aptitud para que llegue a producirse un deter-

(***) Véase los artículos 404 y 407 del Código Penal chileno.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

minado hecho punible. En estos casos, las toma como formas de participación criminal del inductor o del instigador en el delito que ha cometido el inducido o el instigado.

De manera general, el Nº 2 del artículo 15 del Código Penal tiene como coautor de un delito al que induce directamente a otro a cometerlo. Y el artículo 12 del Decreto-Ley Nº 425, de 1925, castiga como cómplices del delito cometido a quienes provocaron directamente a los autores a perpetrarlo por alguno de los medios de publicidad que ese precepto señala.

Deben distinguirse estas formas de manifestación de resolución delictuosa de otras figuras punibles en que la ley sanciona, por razones especiales y en circunstancias dadas, las expresiones verbales, escritas o en gestos que haga un individuo. Es lo que sucede con la injuria, la calumnia, el falso testimonio y la apología de delito, entre otros (8). Son éstos los llamados **delitos de expresión,** en que la conducta del sujeto activo está constituida por su palabra verbal o escrita. Pero se diferencian ellos de los actos que corresponden a puras resoluciones manifestadas, en que en los últimos la expresión se refiere a un delito que hay el propósito de cometer, en tanto que en los otros la expresión constituye por sí misma la conducta típica.

* * *

Dentro de una fase intermedia entre las fases interna y externa de la realización del hecho delictuoso, podría situarse también a la proposición y a la conspiración, de las que trata el artículo 8º del Código Penal.

Hay proposición "cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas".

Hay conspiración "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito".

Tanto en la proposición como en la conspiración, el o los sujetos que intervienen en ellas tienen adoptada la resolución de cometer

(8) Dentro del Código Penal Chileno pueden mencionarse como tipos susceptibles de ser realizados por expresión verbal o escrita, los siguientes: artículos 109 incisos 7 y 10, 112, 139 Nº 2, 206 a 212, 224 Nº 6, 231, 246, 247, 252, 257 a 259, 263, 264 Nº 3, 337, 338, 357, 359, 373, 412, 416, 495 Nº 5 y 496 Nº 11.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

un delito y esa resolución la han dado a conocer a otro u otros, pero no han empezado los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito. Hay en ellas más que una mera fase interna, pues su decisión ha sido comunicada a otros; y hay menos que una fase externa, porque no se han puesto por obra hechos externos encaminados al delito cuya ejecución se ha resuelto.

Siendo indispensable en estos casos que se haya adoptado resolución de cometer un delito, esto es, que se haya tomado la determinación definitiva de perpetrarlo, no basta la existencia de meras conversaciones relativas a la posibilidad de decidirse o convenirse un hecho punible, ni la de consultas sobre sus ventajas o riesgos. Dicha resolución debe existir en el ánimo del que propone a otro la ejecución para que exista de su parte proposición, y tiene que haber sido acogida por dos o más personas que han deliberado conjuntamente, para que exista conspiración. Como el concierto propio de la conspiración debe estar referido a "la ejecución" del delito, es necesario, además, que se haya convenido llevar a la práctica la resolución en forma más o menos inmediata y con acuerdo en lo esencial sobre la manera de realizar el delito.

La proposición y la conspiración se penan en la ley chilena solamente por excepción. Por eso dice el artículo 8º que ellas "sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente".

Como ejemplos de algunos de los casos en que la ley les asigna penas pueden mencionarse: el artículo 111 del Código Penal, contenido entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado, y el artículo 125 del mismo Código, que forma parte de los preceptos relativos a delitos contra la seguridad interior del Estado.

Tanto la proposición como la conspiración tienen una causa eximente de responsabilidad especial, constituida por el desistimiento y delación a que se refiere el inciso final del citado artículo 8º.

8.— La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Con el fin de distinguir, dentro de los actos que integran la fase externa del proceso de realización del hecho delictuoso, los que escapan a la ley penal y los que quedan sujetos a pena —según lo explicado en el Nº 6—, la doctrina ha venido clasificándolos

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tradicionalmente entre **actos preparatorios** y **actos de ejecución** o **actos ejecutivos.**

Los primeros serían aquellos que, no obstante tender a la perpetración del hecho delictuoso, no tienen en sí mismos notas que los vinculen directamente con éste, por lo que serían impunes. Los actos de ejecución, por el contrario, llevarían en sí mismos impreso su carácter criminal y marcarían el campo de la punibilidad penal dentro del desarrollo progresivo de la actividad que tiende al delito, campo que se extiende desde el umbral de lo punible hasta deslindar con la consumación.

El Código Penal acoge, al parecer, este distingo, pues en su definición de la simple tentativa, primer grado de la fase externa que declara punible —el segundo grado es el delito frustrado—, la caracteriza como un "dar principio a la ejecución" del delito.

La clasificación de actos preparatorios y actos de ejecución, como necesaria para precisar lo que dentro del proceso de realización del delito es punible, señala en el principio de ejecución el umbral de la punibilidad.

La expresión **"principio de ejecución"** es de rancio abolengo en las legislaciones. Apareció en el Código Penal Francés de 1810, en su artículo 2º **—commencement d'exécution—**, continuando la misma terminología del Código de 1791. El Código Penal Español de 1848, también exigió para la tentativa el principio de ejecución. Igual sucedió en el Código Penal Alemán de 1870 **—Anfang der Ausfürung—** y en el antiguo Código Italiano de 1889 **—cominciato l'esecuzione—.**

La definición de tentativa del Código Penal de Chile, fue elaborada por el miembro de la Comisión Redactora don Manuel Rengifo, teniendo a la vista los Códigos Penales de Francia, Bélgica y Nápoles, que aluden a actos de ejecución o a principio de ejecución —sesión 4ª de la Comisión Redactora—. Los proyectos chilenos de 1938 y 1945 conservan la expresión "principio de ejecución".

No obstante lo dicho, en la legislación positiva chilena se encuentran casos en que se tipifican penalmente hechos que pueden ser puramente preparatorios. Así se observa en los artículos 307, 445 y 481 del Código Penal. El artículo primero Nº 7, de la Ley Nº 11.625, sitúa algunos de esos hechos, con mayor técnica, entre los estados antisociales que autorizan la aplicación de una medida de seguridad.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, no hay acuerdo en la doctrina sobre el fundamento de la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, razón por la cual se han elaborado diversas teorías.

Una de las más antiguas, la de la **univocidad**, se debe a Carrara —quien más tarde la abandonó— y, según ella, es acto preparatorio el acto externo que puede conducir indistintamente a un delito o a un hecho inocente, esto es, aquel que tiene carácter equívoco. Solamente cuando el acto externo se hace unívoco, por estar dirigido manifiestamente al delito que se quiere cometer, se entra en el terreno del principio de ejecución y hay un acto ejecutivo que permite imputación penal por tentativa.

Ernesto Beling quiso encontrar en el tipo mismo la diferencia entre actos preparatorios y actos de ejecución. Para ello distinguió entre el "núcleo del tipo", integrado por aquellos actos que suponen la realización del verbo activo que constituye el centro del tipo legal, en el cual entran los actos de ejecución, y la "zona periférica del tipo", a la que pertenecen aquellos actos que por no ser realización del verbo activo no integran el núcleo del tipo, lugar que se asigna a los actos preparatorios. Así, correspondería a la zona periférica y sería acto preparatorio impune el proveerse de un arma; pero se hallaría en el núcleo del tipo, por corresponder a la acción de matar, el usar de esa arma en contra de otro con propósito de darle muerte. Esta es una de las teorías que cuentan con más adeptos en la actualidad. Entre otros, la acoge Soler.

Carrara, después de abandonar la teoría de la univocidad, se ciñó al criterio del **ataque a la esfera jurídica de la víctima**, conforme al cual serían actos consumativos los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, vale decir, sobre las personas o cosas respecto de las cuales se dirige la violación definitiva del derecho —el hombre que se va a matar, la cosa que se va a robar, etc.—; serían actos ejecutivos los que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado —el domicilio invadido o la ventana forzada para cometer un hurto o robo—, y serían actos preparatorios los que recaen solamente sobre el sujeto activo del delito que se prepara —rondar la casa ajena, proveerse del arma necesaria—. Esta teoría ha tenido pocos seguidores.

Max E. Mayer acudió al criterio de la antijuridicidad material para resolver la cuestión, y calificó de acciones de ejecución las

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que atacan el bien jurídico y de actos preparatorios los que no contienen ataque alguno y dejan inalterado el estado de paz del bien jurídico.

Mezger y Jiménez de Asúa hacen una síntesis de las teorías de Beling y de Mayer, y declaran que el deslinde entre actos preparatorios y ejecutivos se obtiene con la aplicación conjunta de criterios formales, deducidos del tipo legal, y de criterios materiales, deducidos del bien jurídico protegido por la ley. Los casos simples se resuelven con el solo criterio formal; pero en caso de duda, el criterio material decide.

La teoría de Mayer, al igual que las de aquellos que en cualquier medida acuden a la antijuridicidad material para decidir el problema, tiene un inconveniente de sistemática, cual es traer a una cuestión que se plantea en el terreno de la tipicidad —ya que en nuestro concepto la tentativa es un dispositivo amplificador del tipo—, aspectos valorativos que tocan a otros planos de la responsabilidad por delito tentado.

Buen número de penalistas desecha la posibilidad de fijar de manera nítida, con principios generales, el deslinde entre actos preparatorios y actos ejecutivos —Frank, Del Rosal, Massari, etc.— y piensan que se trata de una distinción muy relativa, que no puede ser resuelta sino en relación con cada tipo concreto y en cada hecho determinado que se presente.

El actual Código Penal de Italia —1930—, en su artículo 56, elimina toda referencia a los actos ejecutivos al definir la tentativa. Sobre la base de su texto, Scarano niega que el problema de la punibilidad de los actos tendientes al delito deba ser resuelto con el criterio del principio de ejecución. Maggiore y Bettiol, por su parte, restan importancia a la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos y Delitala llega a decir que ella es una cuestión de palabras que no interesa al legislador.

La clasificación entre actos preparatorios y ejecutivos, tiene al mérito de destacar que la fase externa del proceso de realización del hecho delictuoso comprende actos punibles y actos no punibles (9).

(9) **G. Maggiore** critica la denominación de actos preparatorios y ejecutivos, ya que, en su opinión, es ejecución del delito todo lo que sigue a la deliberación. "Apenas el propósito criminal se escapa del capullo del pensamiento... entra en la serie de los actos ejecutivos". Lo cual no significa que el Derecho Penal los considere a todos igualmente importantes.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los delitos tentados se penan, porque en ellos un hombre exterioriza su propósito de cometer un hecho delictuoso y realiza actos enderezados a su perpetración y capaces de llegar hasta ella —ver Nº 2—.

Es con arreglo a este criterio que el legislador formula su concepto amplificador, mediante el cual extiende la tipicidad a cierta parte del proceso de realización del hecho típico, aun cuando él quede interrumpido sin llegar a la consumación.

Por consiguiente, para entrar a la esfera de la punibilidad, los actos externos dirigidos a la realización de un delito deberán exteriorizar el propósito criminal y ser aptos para la realización del fin propuesto.

Solamente así nos encontraremos en presencia de actos externos punibles a título de conato, o sea, de actos que la mayor parte de la doctrina llama actos de ejecución.

9.— Requisitos que integran el delito tentado.

La tentativa aparece en tipos delictivos que requieren de cierta preparación o acondicionamiento previo de hechos para llegar a su plena realización.

La actividad material en que ella consiste debe tender a esa realización en forma adecuada y apta para producirla, dentro del propósito del sujeto activo de consumar un determinado acto delictivo, no obstante que la consumación no llegue a producirse por impedimentos ajenos a la voluntad de dicho sujeto.

Son requisitos del delito tentado los siguientes:

a) *Un propósito delictivo exteriorizado en actividad material.*

En todo acto humano encontramos siempre los dos aspectos que emanan de la naturaleza misma del individuo que lo realiza: el aspecto subjetivo o psicológico y el aspecto objetivo o material. La tentativa no escapa a esta regla.

El aspecto subjetivo de la tentativa está constituido por el propósito que anima al sujeto en orden a realizar un hecho típico. Los actos externos que realiza tienen un fin que ha sido fijado previamente en la resolución interna. Es esta resolución la que, por mantenerse firme, ha rebasado el plano interno y se traduce en actos encaminados al fin delictivo así predeterminado.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El aspecto objetivo de la tentativa está constituido por una actividad material, esto es, una conducta humana externa. Generalmente ésta se expresa en movimientos corporales perceptibles por los sentidos. Los movimientos corporales han de tender a la realización del hecho típico.

Ambos aspectos, subjetivo y objetivo, se sueldan en una conducta humana que está encaminada a un fin. Por eso señalamos como un primer requisito del delito tentado: un propósito delictivo exteriorizado en actividad material.

La necesidad de que el propósito delictivo se plasme en actos materiales, excluye del ámbito de la tentativa toda la fase puramente interna. Para el Derecho, un puro propósito interno de un ser humano no es objeto apto de su orden. Ese propósito solamente es captado y regido por el Derecho en el momento en que se manifieste en conducta externa y material y en tanto cuanto esta objetividad lo exprese.

El propósito del sujeto activo adquiere especial importancia en relación con algunos delitos, pues solamente él podrá esclarecer en relación con qué hecho típico habrá tentativa. Puede tomar uno un garrote y procurar golpear con él a otro, tanto para herirlo como para darle muerte. Objetivamente el hecho es uno, pero jurídicamente puede corresponder a una tentativa de lesiones o a una tentativa de homicidio. Será el elemento interno el que permitirá la calificación correcta. Otra cosa es que el tribunal habrá de indagar ese propósito mediante el examen de hechos externos que lo manifiesten —por ejemplo: región del cuerpo de la víctima hacia la cual se dirige el ataque, naturaleza del medio o arma empleados, etc.— (10).

Parte considerable de la doctrina asimila ese propósito de delinquir al dolo. Puede comprobarse ello en las obras de Von Liszt, Mayer, Beling, Mezger, Welzel, Jiménez de Asúa, Maggiore y otros. Maggiore llega a decir "que no existe delito tentado que no sea doloso al mismo tiempo".

Discordamos de esa opinión; si la tentativa es una descripción de conducta complementaria de los diversos tipos de la parte es-

(10) Corte Suprema, sentencia de 17 de Octubre de 1944, "Revista de Ciencias Penales", Tomo VIII, página 37; y sentencia de 4 de abril de 1961, "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo 58, Sección 4ª, página 111.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pecial, debe ser apreciada al igual que la tipicidad —de la que es integrante por extensión—, fuera de toda valoración jurídica. Puede existir tentativa de hecho típico no antijurídico, así como puede darse tentativa de hecho típico y antijurídico no culpable: así sucederá con los actos de un inimputable o del que obra víctima de error de hecho esencial.

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

Para la doctrina finalista, la tentativa, en razón de su característica que explicamos, se transforma en uno de sus más firmes puntos de apoyo en la legislación positiva, y en un argumento de peso para la teoría jurídica. Welzel define la tentativa como la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución.

Influido por el finalismo, el itálico Scarano llega a la conclusión de que la noción de tentativa sólo puede determinarse desde el punto de vista subjetivo del agente; el fin que se propone el autor —fin que es más que una intención porque es más profundo y coherente—, es lo único que permite señalar el punto en que una acción no consumativa llega a ser punible. En su concepto, el ámbito de la tentativa es mucho más amplio que la iniciación de un acto ejecutivo, pues desde el momento en que puede probarse que el fin de una actividad humana es la realización de un delito, debe imponerse pena. La tentativa es la exteriorización del fin delictivo.

b) *Una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo.*

Justamente, porque el Derecho Penal es un regulador externo de conductas, ha de ocuparse sólo de aquellos actos que por sí mismos sean aptos para llegar hasta la plena realización del hecho típico.

Si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, de una manera general podría afirmarse que no ha nacido, para los efectos jurídicos, sino una intención de consumar un acto típico,

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

porque el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquél. Habría una desconexión entre la intención del sujeto y la manera como obra, lo que haría a aquélla irrelevante para el Derecho.

Además, con actividad inapta para producir el tipo no brota en el mundo objetivo una desobediencia a las normas ni se pone en peligro el bien jurídico protegido por la ley, de donde resulta que desaparecen las razones que permiten penar hechos que no alcanzan una consumación.

De aquí que, en principio, la tentativa inidónea no sea generalmente punible o, en los casos en que lo sea, se la sancione por fundamentos diversos de los que explican la punibilidad de la tentativa (Ver Nº 14).

c) *Una actividad material que sea fragmentable.*

Es preciso que para llegar a la consumación deba o pueda producirse una actividad susceptible de ser desarrollada gradualmente o de ser cumplida en distintos momentos en sus diversas partes.

No significa esto que los delitos instantáneos no admitan tentativa, pues este término de clasificación de delitos se relaciona con la duración del momento consumativo y no con el tiempo que requiere su preparación, el que puede ser prolongado.

Pero, excepcionalmente, existen algunos tipos que se realizan íntegramente con un acto indivisible que tiene lugar en un solo instante; en éstos no se puede dar una actividad previa, dirigida a su realización, que pueda ser prolongada en el tiempo o fraccionable en su desarrollo, razón por la cual no admiten tentativa.

Los ejemplos más aceptados de estos tipos son los delitos de omisión simple, que se consuman en el momento mismo en que transcurre el término dentro del cual puede cumplirse el acto ordenado por la ley, y algunos delitos unisubsistentes, en que la ejecución material de la decisión delictiva se cumple en un solo acto; verbigratia, una injuria verbal.

d) *La interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo.*

Se estima uniformemente que si el sujeto desiste espontáneamente de su propósito delictivo antes de llegar a la consumación

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del tipo, no puede ser sancionado penalmente, según lo veremos más adelante (Nº 17).

En consecuencia, la tentativa requiere que el propósito del sujeto de llegar a la consumación del tipo se mantenga hasta el término del proceso.

Pero si ese propósito se mantiene y la actividad que se está desarrollando es por sí misma apta para llegar a la realización del tipo querido por el sujeto —según quedó establecido en el requisito b)—, la consumación debiera producirse. Su no producción se debe, entonces, a que surge un obstáculo o un impedimento, ajenos a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha.

Sin ello no puede haber tentativa, pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significaría que el agente eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con una tentativa inidónea o una tentativa desistida, respectivamente.

Estos obstáculos o impedimentos no siempre son de índole física, esto es, tropiezos materiales que impiden el curso de la acción misma; también pueden ser de aquellos que influyen en la voluntad del agente y lo obliguen a desistir —por ejemplo, advertir éste que llega la policía—.

e) *La no consumación del tipo a que tendía el propósito del sujeto.*

Este requisito señala el límite superior del proceso de realización del delito que es punible en cuanto tal proceso: hasta inmediatamente antes de que la consumación se produzca.

Desde el instante mismo en que, por obra de la actividad del sujeto activo, se ha cumplido íntegramente la acción designada en el verbo rector del tipo y se hallan presentes las demás exigencias típicas, el hecho debe tenerse por consumado (Ver Nº 1)

Pueden faltar uno o varios requisitos para la consumación, con tal que se haya traspasado el umbral de lo punible, precisado en el Nº 8.

Pero el mayor avance en el proceso de desarrollo del delito tentado, lleva a la distinción entre tentativa propiamente tal y delito frustrado de que trataremos en el Nº 11.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

10.— El hecho tentado como proceso causal interrumpido.

Como el conato aparece en tipos delictivos que requieren de cierta preparación o acondicionamiento previo de hechos para llegar a su plena realización, y como la actividad material que lo constituye debe tender de modo apto a esa realización, que es la meta buscada por el sujeto activo, aparece evidente la conexión que él tiene con la relación de causalidad.

En efecto, se requerirán actos potencialmente eficaces para producir el hecho típico que se propone el agente, y ese hecho no llegará a producirse debido a la interposición de obstáculos o impedimentos que detendrán o desviarán la fuerza o impulsos de esos actos en su marcha hacia la consumación.

Tentar un delito será, bajo este enfoque, igual a impulsar o desencadenar un curso causal apto para la consumación, curso que será interrumpido antes de que ésta se produzca (11).

Manzini afirma que la tentativa aparece cuando el acto del agente se convierte en causa que, poniendo directamente en obra un medio idóneo para producir el efecto criminoso, o concretando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, inicia la violación efectiva del precepto principal.

Impallomeni sostiene que hay tentativa desde que la causalidad criminal se ha puesto en movimiento para alcanzar la meta delictiva, esto es, cuando dicha causalidad se ha colocado en condición de producir el efecto querido por el agente. En su opinión, mientras esa causalidad está inerte, no impulsada hacia su fin, hay solamente actos preparatorios no punibles.

El campo de los cursos causales que puede utilizar un sujeto activo es, no obstante, muy vasto y muy variado, lo que pone dificultad a la pretensión de señalar principios generales, válidos para caracterizar fácilmente los actos de tentativa desde este punto de vista.

Sólo en casos excepcionales, el legislador penal precisa en el tipo la forma o los medios de producir el hecho por él descrito

---

(11) Mayor desarrollo de esta tesis puede hallarse en nuestro trabajo "Algunas consideraciones acerca de la tentativa", publicado en "Revista de Ciencias Penales", Tomo XX, año 1961, página 3.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(12); lo común es que conceda la mayor amplitud para la forma o los medios con que el hecho típico puede ser producido, como se observa en los tipos más frecuentes —hurto, lesiones, homicidio, etc., que son los que Bettiol denomina "de forma libre".

Por consiguiente, la generalidad de los tipos señalan un resultado material —constitutivo del acto lesivo de un bien jurídico— y dejan abierta la forma de producirlo. Cualquiera que sea el medio o vía que el agente elija para tal fin, habrá realizado una conducta típica, puesto que habrá sido causa del resultado.

No es posible, sin embargo, eludir tres vías causales diferentes que pueden ser utilizadas dentro de esta amplísima posibilidad:

a) Curso causal conducido personalmente por el sujeto activo a lo largo de todo su desarrollo, y sostenido por él mediante aplicación de su actividad corporal; tendiente a guiar los acontecimientos en la dirección que él pretende, a modificar los hechos estáticos que se le presentan y a eludir los movimientos del mundo exterior que desfavorecen el curso elegido.

b) Curso causal constituido por fuerzas naturales que el agente encauza o desata hacia el resultado que él se propone, las cuales continúan después obrando por sí mismas, sin necesidad de que las siga impulsando o sosteniendo;

c) Curso causal constituido por una actuación humana ajena, que el sujeto activo espera que tome la dirección que él busca y que procura encaminar hacia ella. Esta actuación humana puede ser de un tercero o de la propia víctima.

Casi todas las teorías que quieren precisar el ámbito de la tentativa se elaboran a base del curso causal signado con la letra a), el cual, si bien es el más frecuente, no es el único. Frente a los dos últimos, las teorías más difundidas, excepto la que considera a la tentativa un curso causal interrumpido, fracasan, pues en ellos la acción realizada por el agente aparece como inocua para

---

(12) Pueden citarse como ejemplos los artículos 139, 156, 162, 181 y 459 Nº 2 del Código Penal. La tendencia general de la doctrina es considerar que en estos casos hay tentativa desde que el sujeto usa de alguno de los medios indicados en la ley.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el que no la relaciona con la fuerza natural o la de otro hombre que el agente procura utilizar (13).

La clasificación precedentemente indicada interesa también para fijar los obstáculos o impedimentos que pueden detener o desviar el curso causal.

Así, respecto del curso causal señalado con la letra a), pueden ser factores psicológicos que hagan cesar su actividad al sujeto activo y factores físicos que impidan sus movimientos corporales, inutilicen los instrumentos que está usando o cierren el paso al curso causal. En el señalado con la letra b), una vez que el sujeto activo ha realizado el acto que encauza o libera la fuerza natural, solamente podrán consistir en factores físicos que enerven la fuerza utilizada, la desvíen o le opongan resistencia invencible. Finalmente, en el señalado con la letra c), deben considerarse tanto la libre determinación del tercero cuya actividad se aprovecha, como la interposición respecto de ese tercero de factores análogos a los indicados para el propio sujeto activo al tratar del curso causal a).

En conclusión, la tentativa es fundamentalmente la realización progresiva, por medios externos y potencialmente eficaces para producirlo, de un hecho típico que el agente intenta realizar, pero que no llega a producirse por impedimentos sobrevinientes que paralizan, desvían o detienen el impulso o el curso causal (14).

Para que el Derecho Penal pueda regirlo y someterlo a pena, es necesario, sin embargo, que además los hechos externos que constituyen dicho proceso causal exhiban por sí mismos, en su objetividad, la dirección que tienen impresa. Esto se cumplirá cada vez que se pueda probar, con los mismos hechos externos, el efecto que ellos habrían producido de no haber surgido el impedimento que interrumpió el curso causal. Mediante la supresión mental hipotética de ese impedimento, será posible determinar hasta dónde habría podido alcanzar el proceso causal dispuesto, acondicionado, desatado o impulsado por el sujeto activo.

---

(13) **Beling** advirtió que esos dos últimos cursos causales requerían de consideración especial y los mencionó, llamándolos "complementos de la acción".

(14) Contradecimos con ello la tesis de **Scarano**, conforme a la cual la tentativa es una pura construcción jurídica y no un hecho de la naturaleza. Estimamos a la tentativa una objetividad con existencia fáctica.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tratándose de procesos causales que el sujeto activo conduce en todas sus instancias y sostenidamente, vale generalmente el criterio de la univocidad, conforme al cual los actos llegan al grado de tentativa punible desde que se les advierte como inequívocamente dirigidos a un hecho típico.

Lo anterior no significa retroceder nuevamente a la teoría carrariana de la univocidad. Dicha teoría caracteriza los actos ejecutivos por su índole unívoca, de modo que establece una especie de actos ontológicamente separados de los actos preparatorios equívocos. Para nuestro enfoque, la tentativa es un proceso causal apto para producir el hecho típico, que se interrumpe por un impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo, y basta probar que hay un curso causal apto y dirigido al delito para que la tentativa aparezca.

Ahora bien, uno de los medios de probar esa dirección, supuesta la aptitud del curso causal, aplicable sólo a ciertos procesos causales, es el rumbo inequívoco de la actuación. Por ello es que la univocidad, que parcialmente aceptamos, mira a lo gnoseológico del problema y no a lo ontológico del mismo; es un medio de prueba y no una característica propia de la tentativa.

Algunos autores denominan "prognosis póstuma" al juicio que permite establecer el efecto que habría tenido la actividad iniciada por el sujeto activo, de no haberse presentado el factor impeditivo que la interrumpió, pues se pronostica el resultado o efecto posible después de la interrupción, pero colocándose en la posición del observador que examinara el curso de esa actividad antes de esta interrupción.

Von Buri niega que en la tentativa pueda hallarse una relación causal entre la actividad desplegada por el sujeto activo y el resultado que se propone, porque la realidad fenoménica —la no producción del resultado— excluye tal relación.

Esa aseveración no es argumento válido contra las ideas desarrolladas, porque nadie niega que el hecho típico consumado no aparece en la tentativa, motivo por el cual efectivamente no puede existir una relación causal real, como aquella a que alude Buri. Pero como el hecho tentado consiste en promover un proceso causal que se corta, no hay inconveniente para determinar el curso completo que habría tenido ese proceso, potencialmente apto

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para llegar a la consumación, en el hipotético caso de que no hubiera surgido el impedimento que lo detuvo, desvió o anuló.

Es importante anotar que von Buri elaboró una concepción subjetiva de la tentativa, que tuvo gran acogida en la jurisprudencia alemana. Conforme a ella, la voluntad criminal es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal en sus disposiciones relativas a la tentativa, pues el factor causal sólo representa una posibilidad de producción del resultado, pero no la certidumbre de esa producción. Sobre esta base, se considera que hay tentativa cuando, según la opinión del agente, la acción desarrollada es apropiada para llevar a cabo el propósito criminal, aun cuando los actos realizados o los medios empleados no sean aptos para cumplir ese fin. Esta posición tiene consecuencias importantes, especialmente en la consideración del delito imposible.

Nuestra posición, basada en el curso causal interrumpido, es claramente objetiva.

11.— Concepto de la ley chilena sobre el conato: su clasificación.

El artículo 7º del Código Penal chileno distingue dos grandes grados en el conato, que son la tentativa propiamente tal y el delito frustrado. Todas las explicaciones precedentes han abarcado a ambos, con el nombre genérico de tentativa.

La tentativa a que se refiere el artículo 7º es el grado menos avanzado, dentro del proceso de realización de un delito al que la ley asigna normalmente pena; el delito frustrado es el grado que ha alcanzado mayor desarrollo dentro de ese proceso, pero sin llegar a la consumación.

"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

La ley se preocupa, con esos términos, de precisar los dos aspectos que definen esta etapa punible del proceso delictivo: a) se han realizado actos directos mediante los cuales se comienza a ejecutar el delito; b) faltan actos para completar ese proceso iniciado. No olvidemos que las palabras "da principio a la ejecución", son las que sirven para fundar la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución a que antes hicimos referencia.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Los actos directos que exige el texto legal para el grado inicial de punibilidad, son los actos encaminados derechamente a la consumación del delito, lo que supone también que sean adecuados para llegar hasta ella. En la tentativa propiamente tal, sin embargo, el delito no llega a consumarse por detenerse el proceso en un momento en que todavían faltan otros actos directos para que el efecto delictivo se produzca (15).

Habrá, por ello, tentativa en el caso en que el que quiere dar muerte a otro toma un revólver, lo carga y lo apunta a un órgano vital con el ánimo de disparar, momento en el que un tercero le arrebata el arma. Los actos directos para matar están constituidos por la utilización de un arma apta para dar muerte, que se dirige a una parte del cuerpo de la víctima en la que el disparo causará una lesión mortal. En el momento de interrupción del proceso, no obstante, faltaba otro acto directo para completar los anteriores, que era apretar el disparador del arma.

No habría tentativa, en cambio, por falta de actos directos, si el proceso se interrumpiera, por ejemplo, cuando el sujeto ha adquirido el arma en el comercio y la ha cargado, debido a que un tercero se la sustrae. En efecto, aquellos actos no son potencialmente aptos para causar la cuerte del individuo determinado que el sujeto se propone matar, pues no están encaminados derechamente a matarlo.

En el delito frustrado, el proceso de realización del hecho típico está más avanzado, pues "el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad".

Lo que caracteriza a la frustración, por consiguiente, es la realización de todos los actos directos que eran necesarios para poner en marcha un curso causal apto para producir el hecho típico. La no verificación del resultado, por causas independientes de la voluntad del hechor, no la señalamos como característica del

---

(15) Califican el hecho de autos como tentativa, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Talca de 24 de junio de 1922 y de 12 de enero de 1926, publicadas en "Gaceta de los Tribunales", 1.er semestre de 1922, página 726 y 2º bimestre de 1926, página 167, respectivamente.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

delito frustrado, porque ella se presenta igualmente en la tentativa (16).

Acudiendo al mismo ejemplo anterior, habrá homicidio frustrado si el sujeto activo no tuvo impedimento para apretar el disparador del arma y se produjo el disparo dirigido hacia el corazón de la víctima, pero ésta quedó indemne por haberse incrustado el proyectil en un sólido reloj de bolsillo que portaba en su chaleco. También lo habrá en el caso del que proporcionó veneno a otro en dosis letal, sin que la muerte se produjera debido a que el envenenado recibió un contraveneno oportuno de parte de un médico que se percató de lo que sucedía. El delincuente realizó todo aquello que él debía hacer para dejar lanzado un curso causal mortífero, pero el resultado falló por haberse interpuesto un obstáculo que lo detuvo.

La tendencia de las legislaciones modernas es suprimir esta distinción entre tentativa propiamente tal y frustración, tanto porque ella no es bastante para justificar un tratamiento penal diverso respecto de una y otra, como porque en muchos tipos ella se hace difícil o produce complicaciones prácticamente insuperables (17).

La doctrina la considera con los nombres de **tentativa acabada** —delito frustrado— y **tentativa inacabada** —simple tentativa—, para el solo efecto de diferenciar las exigencias en caso de desistimiento voluntario, materia que precisaremos en el Nº 19.

---

(16) Caracterizan el hecho juzgado, como delito frustrado, las sentencias de la Corte Suprema de 24 de junio de 1911 y de 16 de abril de 1918, publicadas en "Gaceta de los Tribunales", 1.er semestre de 1911, página 983 y tomo de 1918, página 189, respectivamente.

(17) La distinción es particularmente difícil en los delitos de hurto o robo, según puede apreciarse en las sentencias: de la Corte Suprema, de 24 de noviembre de 1925, publicada en "Gaceta de los Tribunales" del mismo año, 2º semestre, página 440; y de la Corte de Apelaciones de Talca, de 12 de enero de 1926, publicada en "Gaceta del mismo año, 2º bimestre, página 167. Pero también pueden surgir dificultades con otros tipos, como ser la estafa (sentencia de la Corte de Apelaciones de Tacna, de 14 de octubre de 1912, publicada en "Gaceta" de 1912, 2º semestre, página 411) y el homicidio (sentencia de la Corte Suprema de 23 de julio de 1920, publicada en "Gaceta" del mismo año, 2º semestre, página 383).

Los proyectos chilenos de 1938 y 1945 eliminan la distinción entre tentativa y delito frustrado, y hablan solamente de tentativa para abarcar todo el proceso de realización delictivo que entra en la esfera de lo punible.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La ley penal chilena establece una menor pena para la tentativa que para el delito frustrado, según lo indicamos en el Nº 2.

El delito frustrado aparecerá, generalmente, cuando el sujeto activo se vale de alguna de las vías causales que en el párrafo 10 señalamos con las letras b) y c), pues con ellas deja lanzado y en marcha un proceso causal apto para continuar por sí mismo hasta consumar el hecho típico, el que, especialmente en el caso b), no necesita seguir impulsando o sosteniendo.

Araújo, siguiendo a Beling, precisa acertadamente que el delito frustrado no cabe en los delitos de simple actividad, sino tan sólo en los que requieren de un resultado externo.

La simple tentativa es posible, principalmente, cuando el curso causal va a ser conducido personalmente por el sujeto activo hasta su término, mediante una sostenida aplicación de su actividad corporal —caso a) del número precedente—. Una interrupción de ese curso antes de que el proceso haya sido llevado a su término por el agente y una vez que se demuestra encaminado a la producción del hecho típico, da origen a un grado de desarrollo punible a título de tentativa propiamente tal; pues con ello habría faltado que el agente sustentara, guiara o mantuviera el curso causal mediante nuevos actos de su parte.

La tentativa puede presentarse no solamente en los delitos con resultado externo, sino también en los de simple actividad, cuando éstos deban ser ejecutados por más de un acto.

En doctrina se ha discutido cuál es el momento consumativo en el hurto y en el robo (18), y esa controversia ha hecho necesario que la jurisprudencia establezca que la consumación no se produce sino cuando el sujeto activo está en situación de disponer libremente de las cosas sustraídas (19), de manera que si alcanza a

(18) Ver sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de marzo de 1945, publicada en "Gaceta de los Tribunales" del mismo año, 1.er semestre, página 236.

(19) Corte Suprema: Sentencia de 30 de junio de 1913, publicada en "Gaceta de los Tribunales" de ese año, página 1.239, y de 31 de octubre de 1946, publicada en "Revista de Ciencias Penales", Tomo IX, página 323. También pueden mencionarse, por su explicación respecto del momento consumativo en delitos de hurto o robo, los fallos de la Corte Suprema de 25 de marzo de 1919, 21 de abril de 1949 y 30 de octubre de 1950, publicados en "Gaceta de los Tribunales" de esos años: 1.er semestre, página 134, 1.er semestre, página 282 y 2º semestre, página 430, respectivamente.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tomarlas y huye con ellas, pero es perseguido y alcanzado, debe tenerse el hecho como delito frustrado (20). Esta tesis jurisprudencial que es la correcta, ha sido desconocida, sin embargo, por algunos fallos (21).

Las figuras de homicidio y lesiones han dado origen también a dificultades. El que dispara a otro para matarlo, es responsable de tentativa de homicidio si yerra el tiro (22) y de homicidio frustrado si acierta los disparos pero éstos no matan a la víctima sino que solamente la hieren (23). Pero siempre será necesario, para vincular el hecho al tipo de homicidio, que esté demostrado el propósito de causar la muerte (24).

12.— Tentativa y culpabilidad.

Hemos explicado ya, que, en nuestro concepto, el propósito de consumar el tipo autónomo que anima al sujeto activo de una tentativa —en sentido amplio—, es un elemento subjetivo diverso del dolo —ver Nº 9—; no obstante que la mayor parte de la doctrina sostenga que el dolo forma parte integrante de la noción de tentativa.

---

(20) Ver sentencia de la Corte Suprema, de 18 de diciembre de 1911, publicada en "Gaceta de los Tribunales" de 1911, 2º semestre, página 1.260; y sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 7 de noviembre de 1911, 7 de abril de 1913, 17 de septiembre de 1913 y 24 de junio de 1919, publicadas en "Gaceta" de esos años, Tomo 2º, página 793, página 645, página 2.781 y 1.er semestre, página 880, respectivamente; y de la Corte de Apelaciones de Talca, de 15 de marzo de 1916 y 24 de octubre de 1925, publicadas en "Gaceta" de esos años, 1.er semestre, página 680 y 2º semestre, página 540, respectivamente.

(21) Sentencias: de la Corte Suprema, de 1º de abril de 1924, publicada en "Gaceta de los Tribunales" de ese año, 1.er semestre, página 296; y de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de abril de 1929, publicada en "Gaceta" de 1929, 1.er semestre, página 551.

(22) Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de julio de 1911, "Gaceta de los Tribunales" de ese año, 1.er semestre, página 1.251.

(23) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de abril de 1914, "Gaceta de los Tribunales" de ese año, página 138.

(24) Sentencias: de la Corte Suprema, de 16 de diciembre de 1927 y de 13 de enero de 1930, publicadas en "Gaceta de los Tribunales" de esos años, 2º semestre, página 564 y 1.er semestre, página 222, respectivamente; y de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 28 de marzo de 1945, publicada en "Gaceta" de 1945, 1.er semestre, página 210.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Es conveniente, con todo, señalar algunas particularidades de la tentativa en relación con la culpabilidad, que deben ser consideradas cuando se busque establecer la responsabilidad penal por una ejecución delictual incompleta.

El dolo que requiere un hecho tentado para dar origen a responsabilidad penal no difiere del que requeriría el mismo delito consumado. El sujeto activo ha de procurar, en consecuencia, voluntaria y conscientemente, la plena realización del tipo autónomo que constituya hecho injusto. La valoración subjetiva habrá de ser hecha en relación con el hecho que él se propone y no en relación con el hecho parcial que alcanza a realizar. El dolo debe ser para consumar y no para quedar en grado de tentativa.

La generalidad de la doctrina acepta que para la punibilidad de la tentativa basta con que concurra el dolo eventual —Mezger, Welzel, Maggiore, Scarano—.

En cambio, uniformemente se admite, también, que la tentativa no es compatible con los delitos culposos —cuasidelitos—, puesto que en éstos no hay una voluntad dirigida al resultado que habría de surgir de la actividad que se realiza.

Lo cual no obsta a que, excepcionalmente, se mencionen casos en que una acción puramente culposa, que lleva a un fin determinado, pueda ser interrumpida en su desarrollo.

Mezger piensa que, conceptualmente, puede existir tentativa de delito culposo; y para confirmarlo alude el ejemplo de Frank, de aquel que, por error culpable, actúa en legítima defensa que objetivamente no existe, sin lograr causar daño al supuesto agresor. Sin embargo, estima que, según el Derecho Alemán vigente, tal tentativa de delito culposo no es punible en ninguna forma, por falta de la resolución que la ley exige.

Rodríguez Muñoz, en nota al Tratado de Mezger, juzga que esa misma conclusión es válida para el Derecho Español, pues aunque allí no se indique de modo tan claro la exigencia de la resolución, "es indudable que ha de considerarse como base de la tentativa".

Otros autores habían señalado otros casos posibles, como sería, por ejemplo, el de quien culposamente cree descargado un fusil, con el cual hace fuego apuntando sobre el pecho de una persona, no produciéndose el impacto porque el tercero esquivó oportunamente el proyectil.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Jiménez de Asúa ha designado a la culpa que se produce por error esencial vencible, como "culpa impropia".

13.— Situación de las faltas.

Por disposición del artículo 9º del Código Penal, "las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas". No hay, pues, tentativa punible tratándose de faltas.

Esto no significa que, teóricamente, sea imposible concebir una falta en grado de tentativa o frustrada, en especial si se trata de algunas que son enteramente iguales a un delito, pero con menor gravedad —por ejemplo, las del artículo 494, N.os 5 y 19—, sino que el legislador, por razones de política criminal, ha estimado innecesaria la pena para hechos tan leves, cuando ellos no alcanzan su consumación.

14.— La inidoneidad de la tentativa en la doctrina.

Al señalar los requisitos de la tentativa —ver Nº 9—, indicamos que uno de ellos era la aptitud de la actividad que desarrolla el sujeto activo para realizar el tipo proyectado.

Esto significa que la tentativa ha de ser realizable, lo cual, a su vez, presupone que el fin propuesto por el sujeto activo sea de aquellos que efectivamente pueden producirse y que la actuación desarrollada por ese sujeto sea idónea para alcanzarlo. De otro modo estaríamos ante un delito imposible de cometer.

Idoneidad de la tentativa es la aptitud de la actividad desarrollada por el agente para determinar la producción del hecho propuesto.

Esa idoneidad no puede ser resuelta en forma abstracta o genérica —como resultaría de la aplicación del criterio que sustenta la causalidad adecuada—, esto es, apreciando dentro de un cálculo de probabilidades si al antecedente dado debe seguir el resultado que se intenta; sino que debe juzgársela en relación con el caso particular que se presenta, atendidas sus circunstancias y las condiciones que concurren. Así, un pinchazo con un alfiler puede ser inidóneo para dar la muerte, considerado de una manera genérica, pero será idóneo si el individuo pinchado es un hemofílico.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La idoneidad se establece apreciando en relación al caso concreto, mediante la consideración de todos los elementos o circunstancias particulares relativas a él, si la actividad del sujeto activo tuvo la eficiencia o potencialidad causal bastante para haber llevado hasta la realización plena del hecho típico propuesto. Ciertamente, la ausencia de algún impedimento u obstáculo que haya desviado o detenido el curso causal preparado por el sujeto activo, será elemento de gran valor para decidir su inidoneidad, porque esa ausencia comprobará la ineptitud del curso dicho para llegar al término propuesto.

El fin delictivo que el sujeto se propone, adquiere especial relieve en la consideración de la idoneidad de la tentativa, pues ésta tiene que ser analizada forzosamente en relación con aquél. Un palo de escoba puede ser ineficaz para dar muerte a otro, pero es enteramente apto para causarle lesiones (25).

Dos tendencias diversas intentan explicar el problema de la idoneidad en la tentativa: la teoría subjetiva y la teoría objetiva.

Conforme a la primera, se tiene por idónea toda actividad que, según el agente y conforme a su opinión subjetiva, sea apropiada para realizar plenamente el fin propuesto. Ella fue elaborada por von Buri y debido a su influencia determinó las sentencias del **Reichsgericht** alemán.

La posición de von Buri puede fundamentarse de la siguiente manera: Es de la esencia de la tentativa el que no se presente en ella la consumación del delito. No habiendo consumación, igual da que el sujeto se haya servido de medios inidóneos o idóneos para realizar su propósito, puesto que la realización objetiva se torna absolutamente irrevelante; objetivamente, no existe lesión jurídica ni en todo, ni en la mitad, ni en parte. El punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en la creencia del agente, viene a ser por ello el único compatible con la lógica.

La jurisprudencia alemana vinculó erróneamente esta teoría con la tesis causal de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el fracaso del resultado prueba que en toda tentativa carece de importancia la idoneidad de los medios, ya que la no producción

(25) En nuestro artículo señalado en la nota 11, se encuentra alguna problemática relativa a los tipos de homicidio y lesiones.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del resultado manifiesta que faltó la condición que lo había determinado y, faltando ésta, todas las demás que pudieran haber concurrido son indiferentes. Toda acción que no ha conducido al resultado —agregó— se manifiesta como una acción absolutamente inapropiada para producirlo (26).

Concluyen los subjetivistas que la punibilidad de la tentativa no se funda en la existencia de una acción apta para causar el hecho punible proyectado, sino solamente en el propósito del sujeto activo.

La teoría subjetiva fue acremente combatida por la doctrina penal alemana, especialmente por Binding, Beling, Mayer y Mezger.

Este último la declaró un sofisma, una confusión y una doctrina extraviada —"Tratado"—; sin embargo, en su posterior "Libro de Estudio" rectificó muchos juicios y postuló como camino justo una teoría mixta subjetivo-objetiva. Graf zu Dohna, con singular humor, declara que según la teoría subjetiva debiera ser penado quien golpea violentamente el piso en la idea de que... con ello puede hacer saltar a su antípoda.

Según la teoría objetiva, una acción es idónea para la realización del hecho típico propuesto por el sujeto activo, cuando, con arreglo a un juicio objetivo formulado por un observador externo, ella sea apropiada para realizar efectivamente el propósito de aquél. Nuestra explicación acerca de la idoneidad es, como fácilmente se aprecia, de índole objetiva.

Los positivistas, atendida su posición doctrinal que miraba más al delincuente que al hecho material realizado, se inclinaron por la punibilidad del delito imposible, ya que la exteriorización que el autor hacía en él de su propósito delictivo constituía una expresión sintomática de su peligrosidad. Garófalo aconsejó, no obstante, hacer distingos, porque estimó que la perversidad que no es capaz

(26) **Hellmuth Mayer** ha sostenido que la jurisprudencia del **Reichsgericht**, reflejada principalmente en sentencias que penaron intentos de aborto en mujeres no embarazadas, no ha de ser apreciada como una voluntad del tribunal de plegarse a la teoría subjetiva, sino como decisiones con sentido práctico dadas en casos en que el estado de embarazo —difícil de probar "a posteriori"— no pudo ser acreditado, no obstante que los jueces estaban íntimamente convencidos de que existió. Corrobora su posición, afirmando que nadie denuncia a los tribunales las tentativas verdaderamente inidóneas.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de llegar a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad y porque la falta de energía o la torpeza que acusan ciertas elecciones de medios revelan incapacidad del sujeto para cometer delitos.

En opinión de Juan del Rosal, se advierte en los Códigos Penales una penetración de la punibilidad de la tentativa imposible, que representa el triunfo de una concepción más subjetiva de la responsabilidad por varios factores, entre los que menciona: acentuación del principio de utilidad y defensa; valoración penal de la interioridad de la persona, fruto del proceso de etización del pensamiento jurídico penal; contemplación del principio de autor y consiguiente referencia a la peligrosidad del individuo, y, en general, predominio del sistema subjetivista sobre el objetivista.

Tradicionalmente, tratando esta materia con el nombre de delito imposible, se ha hecho la distinción entre inidoneidad de los medios e inidoneidad del objeto.

Existiría la primera si se intenta envenenar a otro con sal común, creyéndola arsénico, o si se pretende disparar a otro un arma descargada. La segunda se dará cuando se intente matar a quien ya antes había fallecido o cuando se procure el aborto de mujer que no está embarazada.

Además, tanto una como otra especies de inidoneidad se dividen en absoluta y relativa.

Hay inidoneidad absoluta cuando los medios empleados o el objeto sobre el cual se emplean esos medios, hacen imposible, por ley natural, obtener el hecho delictuoso intentado; por ejemplo, en los casos de envenenamiento con sal común y del atentado contra un cadáver, ya propuestos.

Hay inidoneidad relativa cuando los medios o el objeto tienen por sí mismos la aptitud para conseguir el resultado, pero éste no llega a producirse en el caso concreto por circunstancias particulares que en él hacen inoperante el intento; por ejemplo, disparar en contra de persona que se encuentra a distancia a la cual no alcanza el proyectil, o disparar contra el lecho de la víctima, creyendo que ella está acostada con él, cuando en realidad acaba de abandonarlo.

La tendencia general de los que analizan la inidoneidad en la tentativa conforme a la clasificación anterior, ha sido la de declarar

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

impune la tentativa absolutamente inidónea, sea por los medios o el objeto, y sancionar la relativamente inidónea.

Dentro de este criterio, muchos aceptan la aplicación de medidas de seguridad para algunos casos de tentativa absolutamente inidónea (27). Fundamento de esta idea es que en esa tentativa absolutamente inidónea no se ha puesto en peligro efectivo el bien jurídico protegido, no obstante que en algunos casos se haya manifestado la peligrosidad del agente.

Tales distingos no tienen, sin embargo, un valor absoluto.

La inidoneidad de la actividad desplegada por el agente puede deberse a que se utilice una vía inapropiada o a que se empleen medios inadecuados para el efecto propuesto.

Si tal ocurre, no hay objetivamente una tentativa; sólo se presenta un propósito de delinquir, no manifestado en forma idónea, aun cuando muchas veces deje traslucir claramente la intención del agente. Allí la perpetración del delito tentado es imposible, puesto que ella habrá de fracasar aun cuando ningún obstáculo o impedimento se interponga. Y puesto que no se ha iniciado un curso causal apto para llegar a su término, nada tendremos que objetivamente pueda ser considerado en relación con el delito propuesto. Conceptualmente, no estamos ante una tentativa, objetivamente considerada, sino ante una mera intención delictuosa manifestada en forma irrealizable.

El caso más evidente e indiscutido para demostrar la verdad de lo afirmado, se encuentra en el empleo de medios supersticiosos para lograr la finalidad criminal; por ejemplo, el sujeto que, en el retrato de la persona cuya muerte busca, clava alfileres o hace otras maniobras mágicas que cree equivocadamente eficaces para su propósito (28).

---

(27) Es el criterio del Proyecto Silva-Labatut (artículo 7) y de la Reforma de 1945 (artículo 8º).

(28) Al empleo de medios supersticiosos como casos en que es evidente la la impunidad de la tentativa —si es que así puede llamársela—, se refiere **Mezger** en su "Libro de Estudio". Ha habido consenso para rechazar la punibilidad de intentos delictuosos imposibles de prosperar y que solamente acusan en el autor una "exquisita necedad", como lo decidió un tribunal de Praga al absolver a una cocinera que quiso matar por rivalidad de amores a otra empleada de la misma casa, colocando debajo de la cama de ésta una insignificante cantidad de pólvora.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, consideraciones de otra índole podrán aconsejar la adopción de medidas de carácter penal en algunos de esos casos en que se usan medios inidóneos para el fin propuesto. Esto ocurre especialmente en los casos en que la inidoneidad es puramente relativa, esto es, cuando con leves variaciones de circunstancias, el intento pudo ser apto para la consumación del delito.

Una consideración válida para autorizar la punibilidad de estas tentativas inidóneas es, por ejemplo, la impresión que los demás miembros de la colectividad reciben acerca de que habría un ataque en contra del ordenamiento jurídico —von Bar—. Una conmoción de esa clase y la consiguiente pérdida de la seguridad jurídica colectiva, constituyen por sí mismas un mal social que la ley puede precaver disponiendo aplicación de pena a quien lo promueve.

Lo anterior es sin perjuicio de las medidas preventivas o de seguridad que puedan adoptarse respecto del que procuró realizar un delito imposible, por la efectiva peligrosidad social que con ello haya exteriorizado.

La casuística posible en esta materia es tan rica, que difícilmente pueden resolverse todas las cuestiones que surgen, más allá del enunciado de principios tan generales como los señalados.

Por lo que se refiere a la inidoneidad de los medios, debe, desde luego, insistirse en que la clasificación de ellos en inidóneos absoluta y relativamente es muchas veces impracticable de manera general. Una cucharada de agua con azúcar puede ser inocua para un hombre sano, pero administrada repetidamente a un diabético puede llevarlo a la muerte; una corriente de aire no será apta para dar muerte a otro, considerada genéricamente, pero podría causar la muerte de un enfermo de pulmonía —ejemplos de Maggiore—.

La mayor parte de las veces, las circunstancias de hecho permiten que una misma inidoneidad sea juzgada con criterio enteramente diverso, como lo demuestra el caso del disparo hecho desde distancia superior al alcance del arma. En efecto, disparar con un revólver que alcanza a 100 metros contra una persona situada a 120 metros de distancia, es bien distinto que dispararlo contra alguien situado a 10 kilómetros. El primer hecho despierta una justificada alarma, y el segundo no será tomado en cuenta ni denunciado a la justicia. Sin embargo, si ambos son examinados desde

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el punto de vista causal, se advierte que con ninguno de ellos era posible la comisión del delito en la forma concreta en que se intentó. Bastaba, en efecto, que la víctima se hallara pocos centímetros más allá del alcance del arma, para que su muerte estuviere fuera de lo posible; el resultado no podía lograrse aunque la distancia fuera de 100,5 metros, de 1.000 metros o de 10.000 metros.

Uno de los factores que hace diferentes los hechos, si se los considera desde el punto de vista de la alarma social, es el relativo a las posibilidades inmediatas que tiene el sujeto activo de lograr su fin cuando tiene el firme propósito de llegar a él; porque en el primer ejemplo antes citado, fracasado el disparo podría el sujeto activo acercarse algunos pasos e intentar otro, esta vez dentro del radio de acción del arma, cosa que no es tan fácil en el segundo. Comprobamos, además, con ello, la imprecisión del distingo entre inidoneidad absoluta y relativa y su inutilidad práctica en muchas ocasiones.

La misma clasificación de inidoneidad de medios y de objeto se hace difusa ante el caso del sujeto activo que toma el revólver, lo apunta y oprime el disparador, sin que el proyectil alcance al sujeto pasivo por haberse errado la puntería. Difícil resultaría decidir si faltó la idoneidad del medio o del objeto, que no se hallaba en el punto hacia el cual salió el proyectil.

Examinado el caso desde el punto de vista causal, parece que hubiera de negarse la existencia de una tentativa por falta de aptitud del curso causal determinado que impulsó el sujeto activo, ya que el disparo así dirigido no podía alcanzar al sujeto pasivo.

Pensamos, sin embargo, que este caso no puede tenerse como de tentativa inidónea, sino como una tentativa que tuvo aptitud para llegar a la consumación. Para ello basta retrotraer el examen al momento en que el agente empuñaba en sus manos el revólver y lo dirigía hacia su víctima, tratando de hacer puntería. Fijado el hecho en ese instante de su desarrollo, no podría negarse la existencia de un curso causal apto, constituido por apuntar a otro con revólver cargado con ánimo de dispararle. Este curso causal no llegó al fin propuesto por haberse apretado el disparador en un momento en que la dirección del proyectil no iba a coincidir con el cuerpo del sujeto pasivo. Pero la trayectoria aberrante del proyectil es posterior a aquel instante anterior, en el que el hecho

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

llegó a cumplir con todas las exigencias necesarias para fundar una incriminación por tentativa.

Una sentencia de la Corte de Concepción, de 21 de julio de 1911 —publicada en la Gaceta de los Tribunales de 1911, 1.er semestre, página 1251—, declara que hay tentativa punible en caso de disparo con rifle que hirió al caballo que montaba la víctima.

Hay casos en que la inidoneidad de medios beneficia al bien jurídico que el sujeto activo quiere lesionar. Si un individuo desea provocar un choque de trenes y para ello mueve la palanca que hace el cambio de líneas, puede suceder que por un descuido precedente del guardavías, el cambio haya servido justamente para evitar un choque que de otro modo se hubiera producido. La actitud del sujeto activo podría, talvez, exteriorizar su propósito delictivo, pero no podría fundamentar una incriminación penal por no existir hecho objetivo alguno de su parte que hubiere constituido un proceso impulsado hacia un hecho típico. Por el contrario, lo único que obró fue útil para evitar tal hecho.

Cuando el delito intentado es irrealizable porque falta el objeto mismo de la acción delictuosa, la dificultad es resuelta por los autores modernos señalando la ausencia de tipicidad de la acción, debido precisamente a la no existencia de la persona o cosa sobre la cual ella tendría que haber recaído para ser típica.

El que dispara sobre un cadáver —creyendo que el cuerpo vive—, no se puede decir que incurra en tentativa inidónea por falta de objeto, sino que ha desarrollado una conducta que no ajusta con el tipo de homicidio, que exige un sujeto pasivo con vida (29). Lo mismo podría decirse del que intenta provocar aborto en mujer que no está embarazada y del que pretende hurtar una cosa que le pertenece a él mismo.

Con esta tesis de la falta de tipo se resuelven, sin duda alguna, como impunes los casos en que el objeto del delito no existe absolutamente: pero el problema permanece para aquellos otros en que ese objeto existe, pero no se encuentra en el lugar hacia donde

(29) **Bettiol** opina que en ese caso puede surgir, no obstante, responsabilidad penal por vilipendio de cadáver —parcialmente contemplado en el artículo 321 del Código Penal Chileno—. Disentimos del parecer del ilustre penalista, en razón de la falta de culpabilidad con que obraría el sujeto en relación con ese tipo, por ignorar que se trataba de un cadáver.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el sujeto activo dirige su acción —ejemplo del disparo a un lecho, donde no está la víctima buscada porque acaba de abandonarlo—. Estos son los casos que la doctrina tradicional califica de inidoneidad relativa del objeto. En estas situaciones, conceptualmente debe rechazarse la existencia de una tentativa por falta de un curso apto para llegar al término buscado por el sujeto activo.

Sin embargo, consideraciones diversas podrán aconsejar la adopción de medidas de carácter penal, especialmente en los casos en que, con leves variaciones de circunstancias, el intento hubiera sido realizable —pues no es igual, en el ejemplo del disparo al lecho, que el sujeto estuviese en la pieza de baño contigua o que estuviese en otra ciudad—, ya que la alarma social que él podría causar bastaría para fundamentar una sanción. Nos remitimos en este aspecto a lo que expresamos en relación con la inidoneidad de medios. También aquí podrían contemplarse medidas de seguridad para el que intentó el delito imposible.

La transformación de la tentativa absolutamente inidónea por falta de objeto, en problema de falta de tipo, se debe especialmente a Beling, quien, afirmando su impunidad, la calificó como una "nada jurídico-penal". Graf zu Dohna ha hecho abundantes distingos en ella, acudiendo al error como base de fundamentación de la tentativa. Mayer traslada la cuestión a la antijuridicidad.

Para Mezger, el caso de la denominada ausencia de tipo es una tentativa, porque el concepto de la tentativa lo obtiene dicho autor desde el punto de vista subjetivo del autor; pero esa ausencia de tipo determina, objetivamente, debido a la falta de puesta en peligro del bien jurídico, la impunidad de la tentativa.

No siempre la ausencia de tipo que hace irrealizable el hecho delictuoso que el sujeto activo intenta ejecutar, se debe a falta del objeto de la acción, vale decir, de la persona o cosa material sobre la cual ha de recaer el proceso causal; también pueden faltar otros elementos típicos. Por ejemplo, constituirá delito imposible la bigamia que intente realizar un sujeto ya casado que contrae nuevo matrimonio, ignorando que su primera mujer acaba de fallecer. La jurisprudencia alemana ha desechado la posibilidad de que incurra en responsabilidad penal el que, considerándose erróneamente empleado público, realiza un acto que es típico cuando es ejecutado por empleado público.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por ello es que se señalan como casos de falta de tipo, impunes penalmente, todos aquellos en que el autor actúa en circunstancias tales que hacen imposible, de antemano, la consumación del tipo.

Dentro de nuestra concepción de la tentativa como un proceso causal interrumpido, dichos casos de ausencia de tipo quedan fuera del problema de la tentativa, por la muy simple razón de que en ellos el proceso causal preparado por el sujeto activo ha llegado a su término, pero la finalidad perseguida no se ha logrado porque faltaba algún elemento típico (30). La impunidad de tales casos la resolvemos, por consiguiente, conforme a los principios de la falta de tipicidad.

En suma, nuestra concepción de la tentativa como un proceso causal apto para producir el hecho delictuoso que se propone el agente, interrumpido por obstáculos extraños a él, permite delinear claramente la tentativa —que debe ser idónea—, del delito imposible, en el que hay inidoneidad de la actividad del agente.

Pero hemos de reconocer que consideraciones prácticas ajenas a la tentativa, especialmente la alarma social que el hecho provoca y la peligrosidad revelada por el agente, extienden la punibilidad, bajo el título de tentativa —relativamente inidónea, por lo general—, a los hechos que no deben formar parte del concepto jurídico de tentativa. Ejemplo de esta clase es el del ratero que mete la mano en el bolsillo de otro, para sustraerle dinero, pero el bolsillo está vacío.

15.— El delito imposible y el error.

Cada vez que un individuo intenta cometer un hecho delictuoso, cuya realización es imposible, por inidoneidad de la actividad desplegada por él o por ausencia de algún elemento del tipo respectivo, tiene que mediar un error de hecho de su parte acerca de la idoncidad de los medios o del objeto u otros elementos de hecho.

En efecto, si el agente supiera que el hecho al cual refiere su actividad no puede llegar a realizarse, no podría afirmarse que tiene el propósito de realizarlo y fallaría el supuesto básico de una tentativa.

---

(30) Graf zu Dohna recalca la diferencia entre tentativa inidónea y casos de ausencia de tipo.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Indudablemente, es la equivocada creencia de que es un veneno aquello que en realidad es sólo sal común, o de que está cargada el arma que realmente está descargada, o que está vivo el que en verdad es cadáver, o que se halla encinta la mujer que verdaderamente no lo está —para referirnos a los ejemplos primeramente propuestos en el párrafo anterior—, lo que lleva al sujeto activo a desarrollar una actividad que piensa le podrá conducir al hecho que se propone consumar.

El artículo 49 del Código Penal de Italia en vigor, trata del delito imposible conjuntamente con el delito putativo. Los comentaristas italianos acostumbran a explicar que en el delito putativo hay una imposibilidad jurídica de delinquir, por no ser el hecho constitutivo de delito conforme a la ley, y que en el delito imposible el hecho propuesto por el agente es efectivamente delictuoso, pero no puede ser realizado porque los hechos no son como los imagina dicho agente; en ambos interviene como factor común un error de parte del sujeto.

La ubicación del mencionado artículo 49, tras dos preceptos legales relativos al error de hecho, confirma la vinculación que se concede al delito imposible con la teoría del error.

16.— El delito imposible en la legislación chilena.

El Código Penal Chileno no se ocupa del delito imposible. Sus redactores dejaron entregada la dilucidación de su suerte jurídica a los principios doctrinarios.

Podría afirmarse que el concepto legal de simple tentativa y de delito frustrado no es compatible con la figura del delito imposible, puesto que, según explicamos en el Nº 11, la exigencia de realización de actos directos para la primera supone que se ejecuten actos adecuados para culminar en una consumación.

Pero un argumento de esta clase parecería tener fuerza para excluir del concepto legal de tentativa —en sentido amplio— solamente al delito imposible por absoluta inidoneidad de la actividad desarrollada o de los medios empleados. El delito imposible por inidoneidad absoluta del objeto, que, según vimos —Nº 14—, se reduce en definitiva a una falta de tipicidad, escaparía también del ámbito de la tentativa punible. Más sujeto a debate quedaría, en cambio, el valor de tal argumento en relación con hechos en los que se estime

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que hay inidoneidad puramente relativa de los medios o del objeto, particularmente cuando por las circunstancias del caso aprecie en ellos la opinión común un peligro grave para el bien jurídico en juego.

Hasta la dictación de la Ley Nº 11.625, de 1954, la cuestión podía mantenerse en el plano de lo puramente doctrinario. Sin embargo, el artículo 33 de la ley recientemente citada trajo una manifiesta referencia al delito imposible, cuando aludió a hechos comprobados "no constitutivos de delito por falta de idoneidad del medio empleado o inexistencia del objeto".

Dicho texto legal envuelve la clara afirmación de que el delito imposible no origina responsabilidad legal en los dos casos que él señala, que son: a) inidoneidad del medio empleado; y b) inexistencia del objeto del delito. Pero no puede pretenderse que su tenor dé solución total a los problemas del delito imposible, porque siempre podrá argumentarse que la inidoneidad del medio es aquella que mira a la aptitud del medio en sí mismo y no en las circunstancias concretas del hecho, y que la inexistencia del objeto se refiere a su ausencia absoluta y no a su presencia en lugar diferente de donde lo creía el sujeto. Será necesario, pues, acudir siempre a los principios doctrinarios y para ello nos remitimos a lo expresado en el Nº 14.

En el acta de la sesión 75 de la Comisión Redactora del Código Penal hay un indicio sobre los principios a los que en esta materia se dió acogida en el Código, pues con referencia al delito de bigamia —artículo 382— "se hizo presente que no debía castigarse el segundo matrimonio cuando el primero era sólo putativo, porque, **según los principios adoptados en este Código,** el que creyendo cometer delito no lo comete en realidad, no merece pena". Ciertamente que la constancia referida cobra pleno valor sólo para los casos de imposibilidad delictuosa por falta de tipo.

La jurisprudencia chilena ha negado sostenidamente la punibilidad del delito imposible. Así consta de sentencias de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 4 de agosto de 1938 —publicada en "Revista de Ciencias Penales", Tomo 4º, página 434— y de 27 de mayo de 1943 —publicada en "Gaceta de los Tribunales" de 1943, 1.er semestre, página 296—, y de sentencia de la Corte de Santiago, de 26 de junio de 1944 —publicada en "Jurisprudencia al Día", año

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1944, página 173—. Todos los casos señalados tratan de delitos que podrían caracterizarse como imposibles por inidoneidad absoluta.

Insuficiente en su fundamentación parece, en cambio, el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, de 23 de marzo de 1925 —publicado en "Gaceta de los Tribunales" de 1925, 1.er semestre, página 671—, que declara impune al que saca un revólver y lo apunta en contra de otro sin que el arma diera fuego, en atención a que "no habiéndose comprobado que el revólver estuviera cargado, forzoso es admitir uno de estos dos extremos: o que el revólver no estaba cargado o que estándolo, se encontraba descompuesto; y en ambos casos el delito de homicidio o de lesiones fue radical y absolutamente imposible, según las leyes de la naturaleza física". Agrega esta sentencia que el delito "sólo existió en la imaginación del hechor y que un delito sin realidad física posible no ha podido ser comenzado, como que comenzar un delito es realizarlo en parte, y por cierto que ello no puede ser alcanzado cuando el hecho es imposible de todo punto"; demostrando así dicho fallo una buena información teórica junto a una incompleta apreciación de los hechos.

17.— El desistimiento en la tentativa.

Puede ocurrir que el sujeto que ha entrado ya en la fase de tentativa punible, resuelva interrumpir el proceso y no continuar su actividad tendiente al delito. En tal caso, la no realización del delito será debida a desistimiento de la tentativa.

Corresponde dilucidar, pues, la situación jurídica a que da origen ese desistimiento.

Casi toda la doctrina y la legislación extranjera admite que no debe imponerse pena por una tentativa desistida voluntariamente (31).

Esta posición se fundamenta especialmente en razones prácticas de política criminal, ya que existe un evidente interés social en estimular el desistimiento de la tentativa, a fin de que el delito no

(31) El cánon 2.213 del Código de Derecho Canónico, libera de responsabilidad al que espontáneamente desiste de la ejecución ya empezada del delito, siempre que de la tentativa no se haya seguido daño o escándalo. Excluyen la pena, por desistimiento voluntario de la tentativa, el artículo 56 del Código Penal de Italia; el artículo 46 del Código Penal Alemán y el artículo 43 del Código Penal de Argentina.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

llegue a consumarse. Por ello es que von Liszt aconseja "puente de oro" para el que desiste. Además, al que repara el mal que había causado y da un ejemplo con su vuelta al imperio de la ley, no debe imponérsele pena, según Pacheco. Por cierto que no podría encontrarse tampoco "peligrosidad" en el individuo que vuelve atrás antes de consumar el hecho delictuoso.

Se han buscado también razones dogmáticas para fundamentar la impunidad de la tentativa desistida. Entre ellas puede mencionarse la tesis de Pessina relativa a que dos fuerzas iguales y contrarias —las dos fases de la voluntad del agente— se destruyen (32), y la que afirma que desaparece el peligro de lesión jurídica con el desistimiento voluntario.

Al señalar en el Nº 9 los requisitos propios de la tentativa, mencionamos como uno de ellos el que se interpusiera a la actividad del sujeto activo un obstáculo o impedimento ajeno a su voluntad; con ello quedó anticipado que si el proceso que lleva al delito se detiene por voluntad de ese sujeto, no estaremos en presencia de una tentativa verdadera y no habrá lugar a pena.

La mayor parte de los autores consideran el desistimiento como una causa de impunidad —Mezger—, como una causa de exclusión de la pena —Maggiore, Bettiol— o como una excusa legal absolutoria —Dohna, Soler—. Se usan, de este modo, diversas denominaciones para lo que en el fondo no es sino la eliminación de la sanción penal, por motivos de pura conveniencia, para un hecho que conservaría su calidad de típico, antijurídico y culpable.

Rodríguez Muñoz, en sus notas al "Tratado" de Mezger, sostiene que tal afirmación no es válida para el Código Penal Español, en el cual el concepto de tentativa exige que el delito no llegue a cometerse por causa o accidente que no sean el propio y voluntario desistimiento del sujeto. De modo que si está ausente ese requisito y la tentativa no surge porque el agente mismo desistió, se da una "ausencia de antijuridicidad tipificada". Conforme a este criterio, no es

(32) **Bettiol** argumenta que si el arrepentimiento del delincuente es tomado en cuenta para favorecerlo, aún después de cometer el delito, con mayor razón debe considerársele si se produce antes de que el hecho llegue a consumarse. Hemos de ver, no obstante, que el desistimiento no siempre exige arrepentimiento.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que haya conducta de tentativa y esté solamente suprimida la pena, sino que objetivamente no existe una tentativa.

Entre nosotros, Labatut, siguiendo la misma idea, afirma que el desistimiento de la tentativa no constituye una excusa absolutoria, sino el desaparecimiento de la tentativa misma, de la cual es elemento integrante la interrupción de la ejecución por causas ajenas a la voluntad del actor.

Aun cuando lo que hemos expresado parece que nos sumara a la posición de Rodríguez Muñoz, debemos hacer una reserva. El desistimiento en la tentativa puede sobrevenir en cualquier instante de un proceso que se desarrolla en el tiempo, a partir de un momento en que ha adquirido ya los caracteres de una actividad conscientemente dirigida a la consumación del delito. Ese proceso puede constituir por ello una conducta antijurídica y culpable. Sin embargo, como hemos tenido a la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo y la hemos contemplado exclusivamente en su aspecto objetivo, formal e incoloro —Nº 3—, esa conducta antijurídica y culpable no llegará a ser típica, en cuanto no alcance la consumación, sino en el caso de que su no consumación se deba a causas independientes de la voluntad del agente.

Por esta razón, al desistimiento lo situamos como un requisito negativo de la tipicidad.

18.— El desistimiento que excluye la tentativa.

El desistimiento que suprime la tentativa ha de ser voluntario, calidad que se comprueba conforme a la siguiente fórmula de Frank: El autor se dice: "no quiero llegar hasta el fin, aunque puedo hacerlo". No es, por lo tanto, el caso del que tiene que reconocer: "no puedo llegar a la meta propuesta, aunque quisiera". Lo cual significa, a su vez, que la consumación no faltó por la presencia de un obstáculo o impedimento de aquellos a que aludíamos en el Nº 9 bajo la letra d), sino por libre decisión del sujeto activo.

Los obstáculos o impedimentos que excluyen un desistimiento voluntario pueden ser tanto físicos —se quiebra la ganzúa con que se intentaba abrir la caja de caudales —como psíquicos —escuchar ruido de llegada de policía—. Si son ellos los que impidieron la consumación, no podrá invocarse el desistimiento. Frecuentemente, los

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obstáculos psíquicos extraños al sujeto activo envuelven una coacción que se impone a la voluntad de éste; y la resolución de desistir debe ser libre y no producto de una coacción (33).

La voluntariedad del desistimiento no excluye que éste pueda deberse a sugestión ajena; el que suspende la ejecución del delito persuadido por otro, ha desistido voluntariamente —Maggiore—. Por ello da margen a confusión el hablar de desistimiento espontáneo (34).

El desistimiento voluntario supone una renuncia definitiva a la conclusión de la actividad punible; es incompatible con una interrupción de la actividad tendiente al delito con miras a reiniciarla más adelante en condiciones más favorables. En este último caso habría mera postergación de la resolución delictuosa (35).

El desistimiento voluntario, en cambio, no necesita provenir de un móvil bueno o ético —como lo quisieron Carmignani, Garófalo y Florian—. Por ello es que no solamente un auténtico arrepentimiento del propósito delictuoso, sino también el miedo a la pena, la desilusión sobre las ventajas que proporcionaría el delito pro-

---

(33) **Soler** distingue dos casos diversos en el temor de ser descubierto, como impedimento psíquico de la consumación. El temor de ser descubierto antes de consumar el delito no excluiría la tentativa punible, pero sí la excluiría el temor de ser descubierto después de consumado el hecho que nadie actualmente podrá impedir.

(34) Hay algunos autores y leyes que hablan de desistimiento espontáneo en lugar de desistimiento voluntario. **Mezger** explica que el autor no debe haber sido impedido en la consumación del delito por circunstancias externas, independientes de su voluntad, para que quede excuida la pena, con lo cual no queda suficientemente aclarada la situación del que desiste persuadido por otro.

(35) Sin embargo, se ha sostenido por algunos que basta desistir de la situación concreta, en tanto que el autor no quiera utilizar la situación ya creada para continuarla. **Mezger** acepta esta última posición en principio, pero admite que es correcta la opinión de **Schönke** en el sentido de que el hecho de diferir la ejecución no implica abandonarla. **Vannini** distingue entre el desistimiento de la ejecución del delito y el desistimiento del propósito delictuoso, sosteniendo que basta el primero para eludir la sanción. **Bettiol** estima esta tesis contraria a la **ratio legis.**

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

yectado y la repugnancia que provoque la acción delictuosa, bastan para aceptar su existencia y sus efectos (36).

Se opone a la voluntariedad del desistimiento, la falsa creencia del sujeto activo de que existe un impedimento u obstáculo que le impedirá la consumación del delito. Para estos efectos, el obstáculo supuesto se equipara al obstáculo real.

La aplicación práctica de los principios expuestos da origen a numerosos y difíciles problemas.

Soler da una regla práctica, que es útil pero no siempre certera. Considerando que todo delito supone el empleo de determinados medios, como cierto grado de violencia, determinadas operaciones, etc., concluye que "cuando esos medios estaban a disposición del sujeto, de manera que sin impedimento podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento".

La jurisprudencia alemana sostiene la punibilidad de la tentativa cuando el autor que actúa con propósito indeterminado de hurtar cualquier cosa, no encuentra nada que sustraer, o cuando el que actúa con propósito de hurtar cosa determinada de cierta especie no encuentra ninguna cosa de esa especie. En cambio, esa jurisprudencia admite la impunidad cuando el sujeto renuncia a su propósito de hurto porque las cosas que encuentra no corresponden, por su cuantía o su valor, a sus esperanzas.

Si los actos que había alcanzado a realizar el que desiste voluntariamente, eran por sí mismos constitutivos de delito, sin tomar en consideración el fin propuesto que se abandonó, esos actos deben ser penados. El desistimiento voluntario excluye la sanción de lo que se resolvió no ejecutar y no se alcanzó a realizar, pero no puede cubrir hechos punibles ya concluidos. Por eso, el que desis-

(36) Por eso critica **Mezger** la redacción del Nº 2 del artículo 46 del Código Penal Alemán, que habla de "arrepentimiento activo" **Alimena** justifica que se acepte un desistimiento interesado, como es el que es provocado por el miedo a la pena, como causa de excusa, argumentando que si la pena obra como coacción psicológica, debe reconocerse que su función es bien extensa, puesto que opera hasta "en aquel momento fugaz en que el hombre levanta el brazo armado". **Bettiol**, apartándose en cierta forma de una admisión amplia de móviles que impulsen el desistimiento, declara que éste debe originarse en un sentimiento positivamente valorable, por fundamentar en el arrepentimiento el efecto del desistimiento voluntario.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tió libremente de cometer un robo, responderá penalmente por la destrucción de una cerradura que alcanzó a violentar (37).

En el caso de delito perpetrado por varios sujetos, el desistimiento solamente excluirá la tentativa si proviene de todos ellos, a menos que uno desista individualmente y al mismo tiempo impida que los demás aprovechen de la contribución que a él correspondía en el acto conjunto, caso en el cual sólo él será favorecido.

El desistimiento tiene que ser anterior a la consumación del delito propuesto. Después de ésta sólo cabe un arrepentimiento que no elimina la responsabilidad penal, aun cuando en ciertos casos constituya una causal de disminución de pena —artículos 142 inciso final y 456 del Código Penal— o una circunstancia atenuante.

Hay, sin embargo, algún caso en que puede excepcionalmente eximir de pena —artículo 129 del Código Penal—.

19.— Caso especial del delito frustrado.

Lo que se ha explicado corresponde al desistimiento en la simple tentativa, caso en el cual, por no haber completado el agente todo lo que por su parte debía realizar para la consumación, basta la suspensión o abandono de su actividad para que el delito no llegue a realizarse.

En la tentativa simple, la objetividad del desistimiento consiste, así, en la mera cesación de la actividad del sujeto activo que tiende a la consumación.

Muy otro es el caso del delito frustrado.

Como en el delito frustrado el agente puso ya de su parte todo lo necesario para que el hecho punible se consumara, dejando lanzado un proceso causal destinado a proseguir hasta la realización del delito; la única manera de impedir el resultado delictuoso es oponer a ese proceso una contención que lo detenga o un contraimpulso que lo haga volver atrás.

---

(37) Tratándose de tentativa de homicidio desistida, en cuyo curso se alcanzó a inferir lesiones a la víctima, **Mezger** y **Jiménez de Asúa**, con referencia a legislaciones extranjeras que exigen un elemento subjetivo en el tipo de homicidio, resuelven que no podría aplicarse pena por las lesiones inferidas, debido a ausencia de dolo de lesiones. Estimamos inaplicable esta solución para la ley chilena.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El agente que quiera desistir necesita desarrollar, por ello, un comportamiento activo que sujete la fuerza causal que ya había dejado impulsada hacia el efecto delictuoso, mediante la introducción de un nuevo curso causal contrapuesto o al menos paralizante del anterior.

No es posible pues, como en la tentativa simple, cesar en la actividad tendiente al delito, sino que es menester poner en movimiento factores que eviten un resultado delictuoso que en otra forma sobrevendría (38).

Por requerir el delito frustrado, o tentativa acabada, un actuar positivo del agente, muchos autores denominan al desistimiento que en él surte efectos excluyentes de la tipicidad, un "arrepentimiento activo".

Ejemplos conocidos de la doctrina como de desistimiento en tentativa acabada, son los del que logra salvar al que él mismo había arrojado al agua para que se ahogara y del que mediante un eficaz contraveneno salva la vida al que había dado veneno.

Todas las exigencias expresadas en el Nº 18 deben estar presentes, también, en el desistimiento activo necesario para el delito frustrado.

20.— Problemática de la legislación chilena sobre desistimiento.

La aplicación de los principios explicados en los tres números anteriores, al Código Penal de Chile, no está exenta de dificultades, principalmente porque nuestra ley no menciona en forma expresa el desistimiento en la tentativa.

No obstante, es posible concluir que el desistimiento voluntario quita a la tentativa existente su carácter típico.

En efecto, al definir el delito frustrado el inciso segundo del artículo 7º del Código, señala como requisito necesario el que el delito no se consume "por causas independientes" de la voluntad del delincuente. Luego, cuando no llega la consumación por causas

(38) El artículo 46 del Código Penal Alemán exige que el desistimiento en la tentativa acabada se produzca antes de que la acción haya sido descubierta. Generalmente, tal descubrimiento supone una coacción psíquica para que el agente desista, lo que quita al desistimiento su carácter de voluntario que es el que le imprime fuerza para excluir la responsabilidad penal. Ver sobre este punto la nota 33.

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que dependen de la voluntad del agente, no hay delito frustrado.

Puede deducirse de ello que el desistimiento voluntario y eficaz del agente, que hace que no se verifique el delito, excluye la tipicidad del hecho.

A fortiori, el desistimiento voluntario habrá también de eliminar la responsabilidad penal en la simple tentativa, que es una fase menos avanzada que el delito frustrado.

Podrían buscarse argumentos en contra de la tesis expuesta:

1º El artículo 3º del Código Penal Español de 1848, base del nuestro, exigía expresamente en la simple tentativa que el agente no prosiguiera la ejecución del delito "por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". Con ello reconocía de manera expresa el efecto excluyente de responsabilidad del desistimiento voluntario. La Comisión Redactora de nuestro Código varió el concepto, sin consignar razones, y eliminó toda referencia al desistimiento —sesión 4ª—.

2º El artículo 8º del Código Penal define la proposición y la conspiración —ver Nº 7—, figuras ambas que corresponden a fases menos avanzadas de la preparación de un hecho punible, y en su inciso final declara exento de pena al que desiste de ellas, solamente con la condición de que se cumplan varios requisitos, entre ellos, que el sujeto desista "antes de principiar a poner por obra el delito", que desista antes de iniciarse procedimiento judicial y que lo haga "denunciando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias".

3º En el acta de la sesión 41, la Comisión Redactora debatió el precepto que corresponde al actual artículo 192 del Código Penal y dejó constancia de su rechazo a un posible "arrepentimiento fingido" del delincuente ante el temor de ser sorprendido en su delito y se manifestó el propósito de restringir la exención en caso de renuncia voluntaria a los delitos que supongan complicidad o concierto de varios delincuentes, manteniéndola solamente como medio de auxiliar a la justicia mediante el estímulo del perdón.

Sin embargo, pensamos que la recta interpretación de la ley conduce a conceder efecto liberatorio de responsabilidad al desistimiento voluntario de la tentativa, tanto porque en forma alguna consta que fuera propósito de los redactores del Código mudar el concepto de tentativa o negar eficacia al desistimiento, como porque

Artículo: El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible
Revista: Nº124, año XXXI (Abr-Jun, 1963)
Autor: Eduardo Novoa Monreal

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el inciso final del artículo 8º reconoce efectos a la delación más que al desistimiento, señalando las exigencias que aquélla debe reunir.

Por lo demás, la proposición y la conspiración no son fases del proceso de generación del delito que se sancionen de modo general, sino casos enteramente excepcionales vinculados también al concurso de delincuentes, que no autorizan para trasladar sus reglas, también excepcionales, a una figura delictiva general como es la tentativa. Todo ello sin perjuicio de lo que expresa la definición del delito frustrado y de las razones doctrinarias, válidas absolutamente para la legislación chilena.

Los Proyectos Ortiz-von-Bohlen —artículo 26— y Silva-Labatut —artículo 5º— excluyen la pena de la tentativa desistida "espontáneamente". Parecido criterio hay en el Proyecto de Reforma de 1945 —artículo 8º—.

La jurisprudencia chilena ha declarado que no procede sancionar al que desiste voluntariamente de una tentativa o delito frustrado (39).

---

(39) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago: de 19 de diciembre de 1941, publicada en "Revista de Ciencias Penales", Tomo V, página 278, y de 9 de julio de 1942, publicada en "Gaceta de los Tribunales" de 1942, 2º semestre, página 234. La misma Corte condenó, por mayoría de votos, el 4 de mayo de 1935, al que apagó un incendio que había provocado, por temor de ser sorprendido; la Corte Suprema, en sentencia de 18 de junio de 1936, casó dicho fallo y absolvió al reo por estrecha mayoría, decisión que no podemos aplaudir.