

LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA PUNIBLE:
EL MODELO DEL DELITO IMPERFECTO*

JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO**
Universidad de Chile

SUMARIO: I. La tentativa como delito no consumado. II. La imperfección delictiva de la tentativa y el fundamento de su punibilidad. III. El dolo (eventual) como requisito de una imputación a título de tentativa. IV. La “(in)idoneidad” de la tentativa frente al delito putativo. V. El delito frustrado como tentativa acabada. VI. La resolución al hecho como presupuesto de la tentativa inacabada. VII. Inicio de la tentativa y “principio de ejecución”. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Tentativa, dolo y resolución al hecho, tentativa acabada e inacabada, principio de ejecución.

Nota preliminar: Este trabajo presenta los rasgos fundamentales de una concepción general de la tentativa de delito, a cuyo desarrollo estuvo dedicada una serie de artículos elaborados en el marco del proyecto Fondecyt (regular) N° 1160147, de los cuales se da cuenta en el aparato bibliográfico. Un trabajo posterior será destinado a hacer lo propio respecto de la concepción del desistimiento de la tentativa resultante de ese mismo proyecto de investigación. Se ha optado por restringir al mínimo indispensable las referencias ofrecidas en las notas al pie de página. A menos que se indique otra cosa, las disposiciones legales citadas corresponden a artículos del Código Penal (“CP”).

I. LA TENTATIVA COMO DELITO NO CONSUMADO

El paradigma del posible objeto de una imputación jurídico-penal se corresponde con la realización antijurídica de un determinado tipo de delito. Si se satisfacen los presupuestos para que la realización antijurídica del tipo sea imputable como un injusto personal y culpable, entonces estaremos en presencia de un delito consumado. La caracterización del correspondiente delito

* Agradezco a Camilo Garrido R., Antonia Martínez V., Benjamín Miranda R., Francisco Rivera A. y Camila Treimún C., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su colaboración en la revisión del texto.

** Doctor en derecho, Universidad de Bonn; profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl.

como consumado expresa que el comportamiento que se imputa satisface una descripción que lo convierte, precisamente, en una instancia de realización antijurídica del tipo en cuestión. En este sentido, el concepto de consumación funciona como criterio de *perfección delictiva*. Pero, tal como lo declara el art. 7º, un delito también puede resultar punible en caso de no alcanzar la consumación, sea en la forma de lo que la ley denomina un “delito frustrado”, sea en la forma de lo que la ley denomina una “tentativa”. Puesto que, como se mostrará más abajo, la noción legal de delito frustrado especifica una forma de punibilidad que se corresponde con una tentativa *acabada*¹, en lo que sigue –y a menos que se indique lo contrario– la expresión “tentativa” será usada *lato sensu*, como designativa de las formas de punibilidad que el CP etiqueta, respectivamente, como “delito frustrado” y “tentativa” (*stricto sensu*). En estos términos, el concepto amplio de tentativa no es sino el concepto de un delito *no consumado*. De esto se sigue que un delito tentado puede ser entendido como un delito *imperfecto*².

Tradicionalmente, la tentativa ha sido identificada con una “forma especial de aparición” del respectivo hecho punible. Según Beling, ello la convertiría en una forma de hecho punible “dependiente” y “derivativa”, lo cual quedaría determinado por la manera en que ella se relaciona con cualquiera sea el tipo de delito que, en cuanto título de punibilidad independiente, venga en consideración³. Esta falta de autonomía se expresa en que lo que llamamos “tentativa” se corresponda con una *tentativa de delito* y no, en cambio, con un *delito de tentativa*. Bajo un concepto estricto de tipo⁴, la particularidad estructural de una tentativa radica en que el comportamiento que se identifica con la tentativa en cuestión precisamente *no* es imputado como la realización antijurídica del tipo. Esto explica que Beling llegara a advertir que una tentativa de delito se distinguiría por su falta de adecuación al tipo –esto es, por su atipicidad bajo el tipo respectivo–, a pesar de lo cual ella exhibiría una *referencia al tipo*⁵. Esta

¹ Ello tiene como correlato que lo que el art. 7º denomina “tentativa” (a secas) se corresponde con una tentativa *inacabada*; *infra*, VI.

² Latamente al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, 3ª ed., Buenos Aires: Losada (1985), pp. 390 y ss.

³ BELING, Ernst. *La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma (1944), pp. 4 y s., pp. 12 y s.

⁴ Lo cual se traduce, entre otras cosas, en que no pueda hablarse de un “tipo” de la tentativa, que pudiera contraponerse al tipo del correspondiente delito consumado.

⁵ BELING, ob. cit., pp. 12 y s., 27 y ss. Detalladamente al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2 (2017), pp. 467 y ss.

proposición necesita ser cualificada, sin embargo, en consideración a que la razón por la cual el comportamiento enjuiciado no se corresponda con una realización antijurídica del tipo respectivo pudiera consistir en que ese comportamiento, realizando el tipo, quede cubierto por una causa de justificación. Con ello, si cabe asumir que la falta de consumación puede estar dada por el carácter justificado de la respectiva realización del tipo, y a menos que se defienda la teoría de los elementos negativos del tipo, habría que sostener que, en tal caso, el comportamiento eventualmente constitutivo de la tentativa no sería antijurídicamente adecuado al tipo.

Una consecuencia importante de esta observación radica en que, por esta vía, pierde todo sustento la posibilidad de diferenciar los casos en que puede reconocerse la existencia de una tentativa, por un lado, y los casos en los que pudiera hablarse de una “falta de tipo”, por otro. Contra la tendencia a ver en esta última categoría un criterio para la exclusión de la punibilidad de comportamientos que “ni siquiera” alcanzarían a ser constitutivos de tentativa⁶, Beling llegó a advertir que semejante “falta de tipo” es, antes bien, definitoria del concepto mismo de tentativa. Esto, justamente porque una tentativa de delito resulta punible a pesar de no realizar (antijurídicamente) el tipo correspondiente. Y de ahí que, para determinar las condiciones de cuya satisfacción tendría que depender la configuración de una tentativa punible, no pueda apelarse a la idea de una “realización parcial” del tipo en cuestión. Pues para todo tipo de delito vale que un determinado comportamiento o bien ha realizado el tipo en cuestión o bien no lo ha realizado, sin que haya espacio para una posibilidad pretendidamente intermedia. En esto consiste el postulado de la *indivisibilidad de la realización del tipo*.

Si por “tentativa” se entiende un delito no consumado, en el sentido ya analizado, y si la consumación o falta de consumación de un delito depende de que una determinada descripción resulte verdadera del comportamiento de cuya imputación se trata, entonces la comprobación de que en un caso cualquiera se configura una tentativa solo es posible desde una perspectiva *ex post*. Pues solamente *ex post* será posible tener certidumbre acerca de si el comportamiento enjuiciado satisface o no la descripción que lo convertiría en una instancia de realización antijurídica del tipo en cuestión. Esto último es decisivo para impugnar el tradicional recurso doctrinal a la noción de *iter criminis* para explicar la relación en la que se encontrarían los conceptos de delito consumado y delito tentado, en atención a los “estadios” o “fases” que, supuestamente y de manera

⁶ Acerca de la multiplicidad de sentidos que, a lo largo de la evolución histórica, han sido atribuidos a esa expresión, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 741 y ss., 778 y ss.

característica, atravesaría la materialización de un “proyecto delictivo”⁷. De acuerdo con el modelo del *iter criminis*, a lo largo del recorrido en cuestión el delito necesariamente tendría que alcanzar el “grado” de una tentativa antes de que, eventualmente, ese mismo delito llegue a consumarse⁸. Esto supone privilegiar la perspectiva *ex ante* desde la cual el autor mismo pudiera contemplar su propio comportamiento. Pero entender de este modo la relación entre tentativa y consumación lleva a asumir que lo que eventualmente puede llegar a consumarse no es otra cosa que una tentativa preexistente. Y esto es incompatible con la conceptualización de un delito tentado como un delito no consumado, bajo la cual hablar de una “tentativa consumada” equivale a incurrir en una contradicción en los términos⁹.

La metáfora del *iter criminis* sugiere una progresión en el camino de la materialización de un propósito, cuyos hitos inicial y terminal se identificarían, respectivamente, con la “ideación” y el “agotamiento” del correspondiente proyecto delictivo. De acuerdo con la pormenorizada caracterización ofrecida por Jiménez de Asúa¹⁰, el recorrido en cuestión admitiría ser dividido en una fase “interna” y otra “externa”. La fase interna consistiría en un proceso que normalmente comprendería una subfase de *ideación*, una subfase de *deliberación* y una subfase de *resolución* por parte del agente. Por su parte, la fase externa comprendería la totalidad del proceso a través del cual la resolución delictiva se objetivaría “materialmente”. De ahí que como primera subfase externa aparezca la *preparación*, la cual sería seguida por la *ejecución* del correspondiente hecho punible, tras la cual se iniciaría, a su vez, la subfase de su *agotamiento*. Jiménez de Asúa añadía que entre las ya aludidas fases interna y externa podría, contingentemente, ser reconocible una fase intermedia, consistente en la (eventual) manifestación de la resolución alcanzada como culminación de la fase interna. Esta manifestación de la resolución delictiva podría asumir la forma de una *proposición*, de una *conspiración* o de una *amenaza* (“incondicional”)¹¹, cuyo común denominador consistiría en la natura-

⁷ Para lo que sigue, MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, en *Isonomía*, N° 51 (2019), pp. 33 y ss.

⁸ Véase POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 25 y ss.

⁹ En detalle, MAÑALICH, “La tentativa de delito como hecho punible...”, ob. cit., pp. 469, 478 y ss.

¹⁰ Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 223 y ss., 228 y ss., 261 y ss., 512 y ss., 573 y ss., 961 y ss., 978 y ss.

¹¹ A favor de la categorización de la amenaza incondicional (o “simple”), penalizada como delito en el art. 296 N° 3, como la manifestación de una resolución delictiva, habla la

leza lingüística o “verbal” de la expresión de la resolución en cuestión¹². Esto último parece más acertado que la muy extendida caracterización doctrinal de la proposición y la conspiración, previstas en el art. 8º, como supuestas especies de *actos preparatorios* que serían excepcionalmente punibles¹³. Pues proponer a otro(s) la perpetración de un delito, o concertarse con otro(s) para su eventual perpetración, no equivale a adoptar una o más medidas encaminadas a posibilitar o facilitar su perpetración, siendo esto último lo que habría que entender, *grosso modo*, por “preparación”.

Entre los múltiples defectos que aquejan al modelo del *iter criminis*, destaca la suposición de que todo delito se vería, en primer lugar, ideado y, más tarde, preparado. Si bien la forma de punibilidad de la tentativa solo es compatible con una adscripción de dolo¹⁴, no es efectivo que la perpetración de todo delito doloso tenga que estar antecedida por tales subfases “internas”. Ejemplo: al calor de una discusión que rápidamente sube de tono al interior de un bar, A propina un fuerte golpe de puño en el ojo de V, quien a resultas de ello sufre un desprendimiento de retina. En este caso, el delito (doloso) de lesión corporal perpetrado por A puede no haberse visto preparado en lo absoluto. Adicionalmente, el modelo del *iter criminis* tampoco logra dar cuenta de la estructura de la tentativa de un delito omisivo. Pues la omisión de una acción o el no-desarrollo de una actividad no exhiben, como tales, fase *ejecutiva* alguna. Pero es todavía más determinante la incapacidad del modelo del *iter criminis* para marcar el “lugar” que ocupa la consumación, incluso allí donde la noción de ejecución parece tener alguna plausibilidad fenoménica. Si la consumación de un delito no consiste sino en que el respectivo tipo se vea antijurídicamente realizado de manera imputable, entonces la consumación no se corresponde unívocamente con hito alguno que sea susceptible de ser reconocido a lo largo del pretendido “recorrido” que atravesaría la materialización del eventual “proyecto delictivo”.

consideración de que la disposición legal expresamente condicione su punibilidad a que la eventual perpetración del hecho punible en cuyo anuncio consista esa amenaza no dé lugar a la imposición de una pena más severa. En caso contrario, la amenaza en cuestión adquiriría, por ello, el carácter de un hecho anterior copenado en relación con el delito cuya perpetración se corresponderá con el cumplimiento de esa amenaza. Esto hace reconocible que el injusto exhibido por semejante amenaza incondicional no es legislativamente considerado como un injusto (plenamente) autónomo respecto del injusto del delito cuya perpetración es anunciada a través de la amenaza en cuestión.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 261 y ss.

¹³ Véase MERA, Jorge. “Art. 7º y Art. 8º”, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing (2011), pp. 165 y ss.

¹⁴ Al respecto, *infra*, III.

Así, sería errado asumir que *al cabo* de la fase ejecutiva el delito en cuestión necesariamente habría de “alcanzar” la consumación. Pues es imaginable, por un lado, que alguna de las condiciones de las cuales dependa la consumación del delito se verifique recién transcurrido un cierto lapso después de que haya quedado concluida la correspondiente “ejecución”. Ello será el caso, paradigmáticamente, cuando el resultado cuyo condicionamiento sea exigido por el tipo de cuya realización se trata acaezca de manera más o menos retardada o “tardía”, sin que ello comprometa la imputabilidad de su producción o no-impedimento, según corresponda. Y también es imaginable, por otro lado, que el delito correspondiente no llegue a consumarse, a pesar de haber quedado concluida su “ejecución”, tal como ello se da tratándose de la tentativa acabada de un delito comisivo. En efecto, bajo el inc. 2º del art. 7º la existencia de un delito frustrado depende de que el autor haya llegado a poner “de su parte todo lo necesario para que el [delito] se consume”, sin que esto último llegue a verificarse. Ello sugiere que la distinción entre la consumación del delito y el eventual acabamiento de la tentativa de ese delito es sensible a una variable semántica que el modelo del *iter criminis* no logra visibilizar: la consumación de un delito depende de que el comportamiento imputable satisfaga una determinada descripción, para lo cual no es suficiente que la correspondiente “ejecución” haya podido quedar concluida. Finalmente, hay que notar que es asimismo concebible que la consumación del delito dependa de la verificación de condiciones que sean compatibles con que la concreta instancia de realización antijurídica del tipo se extienda más allá del instante de su consumación, tal como ello ocurre tratándose de la perpetración de un delito permanente.

II. LA IMPERFECCIÓN DELICTIVA DE LA TENTATIVA Y EL FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD

Que una tentativa de delito resulte punible a pesar de que el comportamiento imputable a su autor no realiza antijurídicamente el respectivo tipo de delito, implica que, así imputado, ese comportamiento no llega a exhibir las propiedades fundantes de la ilicitud asociada a la realización antijurídica de ese mismo tipo. De acuerdo con lo ya sugerido, precisamente aquí radica la imperfección delictiva que es distintiva de toda tentativa. Esto explica la perenne controversia doctrinal que existe en lo tocante al fundamento de su punibilidad. A este respecto, suelen ser contrapuestas concepciones “objetivistas” (o “peligrosistas”), por un lado, y concepciones “subjetivistas”, por

otro¹⁵. En general, las concepciones objetivistas, absolutamente dominantes en la discusión doctrinal chilena¹⁶, afirman que la punibilidad de una tentativa tendría que quedar condicionada por la satisfacción de una exigencia de peligrosidad, pudiendo subdistinguirse concepciones que identifican esa exigencia con un requisito de peligrosidad *ex post* y concepciones que la identifican, en cambio, con un requisito de peligrosidad *ex ante*. La falta de plausibilidad de las concepciones objetivistas puede comprobarse en la errática manera en la cual, desde la perspectiva provista por una concepción semejante, es planteada la tradicional caracterización de una tentativa como idónea o inidónea¹⁷. Por su parte, las concepciones subjetivistas declaran suficiente para la punibilidad que el comportamiento potencialmente constitutivo de la correspondiente tentativa haga reconocible la existencia de una actitud interna de “enemistad hacia el derecho” atribuible al agente. La falta de plausibilidad de las concepciones subjetivistas se vuelve manifiesta en las dificultades aparejadas a la demarcación de lo que puede contar como una tentativa frente a lo que, por contraste, tendría que ser considerado un mero “delito putativo” (o “imaginario”)¹⁸.

La alternativa más reconocida a las concepciones objetivistas y subjetivistas se corresponde con la llamada “teoría de la impresión”, que apunta al efecto de conmoción social que sería generado por la tentativa de un delito¹⁹. Esta concepción se ve aquejada por la falta de sustento empírico de la afirmación de ese supuesto efecto psicológico-social, cuya significación propiamente jurídica tampoco resulta fácil de discernir. De ahí que parezca preferible la fundamentación ofrecida por la llamada “teoría de la expresión”²⁰. De acuerdo con esta, la punibilidad de la tentativa tendría que basarse en la consideración de que el comportamiento imputable a ese título puede ser interpretado como el quebrantamiento de la misma de norma en cuya trasgresión consiste el correspondiente delito consumado. Más precisamente: el comportamiento constitutivo de una tentativa tendría que ser visto como expresivo de una falta de reconocimiento de la norma en cuestión como premisa vinculante. Frente a otras versiones de

¹⁵ Detalladamente, POLITOFF, ob. cit., pp. 106 y ss., 110 y ss.

¹⁶ Véase POLITOFF, ob. cit., pp. 133 y ss., en directa referencia al problema de la punibilidad de la llamada “tentativa inidónea”.

¹⁷ *Infra*, IV.

¹⁸ *Infra*, IV.

¹⁹ Para una defensa matizada de esta concepción, véase CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2005), pp. 579 y ss.

²⁰ Véase JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons (1997 25/21 y ss.

una concepción expresivista, que proclaman que la diferencia entre las modalidades de quebrantamiento de la norma respectiva correspondientes al delito consumado y a la tentativa sería puramente “cuantitativa”, la conceptualización de la tentativa como un delito imperfecto implica asumir que esa diferencia es *cualitativa*. Esto radica en que un comportamiento imputable como tentativa del delito en cuestión se distingue por *no ser objetivamente congruente* con la declaración implícita de la cual ese comportamiento es, no obstante, expresivo²¹. Gráficamente: quien dispara con un arma de fuego apuntando contra otro ser humano, sin que el disparo alcance a este último, ejecuta una acción que es interpretable como una falta de reconocimiento de la prohibición del homicidio como premisa vinculante, *a pesar* de que esa acción no llega a producir la muerte de otro ser humano.

La conceptualización de la tentativa (*lato sensu*) como un delito imperfecto logra explicar satisfactoriamente algunos aspectos de su régimen de punibilidad y penalidad. En primer lugar, la posibilidad de que la punibilidad de una tentativa se vea excluida por un “desistimiento” depende, precisamente, de que lo que se imputa como una posible tentativa consista en un delito no consumado. Pues es justamente la evitación o el impedimento de la consumación aquello en lo que puede consistir semejante desistimiento. En segundo lugar, que la regulación legal en general condicione la punibilidad de las faltas a su consumación²², tal como se sigue de lo dispuesto en el art. 9º en relación con el art. 7º, vuelve plausible la sugerencia de que el legislador reconoce una diferencia no meramente gradual entre un delito consumado y su correspondiente tentativa (*lato sensu*). Finalmente, la muy significativa rebaja de penalidad que, por defecto, la ley asocia a la frustración y a la mera tentativa²³, según lo dispuesto en los arts. 50 y siguientes²⁴, también es indicativa de la muy diferente valoración que, *de lege lata*, reciben el delito consumado y el no consumado.

²¹ Véase MAÑALICH. “La tentativa de delito como hecho punible ...”, ob. cit., pp. 475 y ss.

²² La más importante excepción a ello la provee la penalización, en el art. 494 bis, del llamado “hurto falta” en grado de frustrado; al respecto, OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 25 (2018), pp. 201 y ss.

²³ Lo cual obviamente no obsta a que, en determinados ámbitos, la ley opte por equiparar la penalidad entre las configuraciones “perfecta” e “imperfecta”, tal como ello sucede bajo el art. 450.

²⁴ Que lleva a que el marco penal correspondiente a un delito frustrado se obtenga a través de la rebaja de un grado, en tanto que el correspondiente a una mera tentativa, a través de la rebaja en dos grados, a partir del límite inferior del marco previsto para el correspondiente delito consumado.

III. EL DOLO (EVENTUAL) COMO REQUISITO DE UNA IMPUTACIÓN A TÍTULO DE TENTATIVA

¿Pero de qué depende que un comportamiento que no satisface la descripción que lo convertiría en una instancia de realización antijurídica del tipo en cuestión pueda ser, no obstante, interpretado como un quebrantamiento imperfecto de la misma norma en cuya trasgresión consistiría el respectivo delito consumado? La respuesta puede obtenerse a partir de la caracterización que Hart hiciera de “la técnica característica del derecho penal” en cuanto herramienta de control social, consistente en “especificar, a través de reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella”²⁵. Un aspecto sobresaliente de esta técnica se encontraría, ahora bien, en que de aquellos cuyo comportamiento tendría que ser guiado por las reglas en cuestión se espera que “‘se apli[quen]’ las reglas a sí mismos”²⁶. Así, alguien para quien la prohibición del homicidio se presenta –en cuanto regla– como un modelo de comportamiento correcto tiene que ocuparse, por sí mismo, de identificar las circunstancias que la harían situacionalmente aplicable a su respecto. Esto determina que sea con base en su propia representación de las circunstancias que esa persona tiene que juzgar si aquello que se dispone a hacer es algo que ella tendría que no hacer, para así ajustar su comportamiento a aquella prohibición. En el ejemplo ya considerado, el disparo efectuado mientras el arma es apuntada en contra de otro ser humano sería interpretable como un quebrantamiento de la prohibición del homicidio en la medida en que el agente haya advertido que estaba apuntando el arma hacia otro ser humano, y con ello que el disparo que estaba *ad portas* de efectuar podía llevar, de manera suficientemente probable, a la muerte de ese mismo ser humano.

Esto último explica por qué, de manera generalizada, se asume que la forma de punibilidad de la tentativa es exclusivamente compatible con el dolo *qua* título de imputación subjetiva²⁷. La interpretación del comportamiento enjuiciado como una trasgresión de la norma en cuestión, a pesar de que ese comportamiento no llega a satisfacer objetivamente una descripción fundante de su ilicitud bajo esa misma norma, depende crucialmente de que el potencial autor haya tenido por existentes circunstancias que, de haberse dado efecti-

²⁵ HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1963), p. 49.

²⁶ HART, ob. cit., p. 49.

²⁷ Así, y por todos, POLITOFF, ob. cit., pp. 165 y s.

vamente, habrían llevado a que su comportamiento satisficiera la descripción relevante. En este sentido, a toda tentativa subyace una *discrepancia* entre la representación que el agente *ex ante* tiene del comportamiento en cuestión, por un lado, y la descripción de ese comportamiento que *ex post* se muestra como verdadera, por otro. Por eso Hälschner podía observar que la tentativa conlleva, en todos sus casos, “un error del agente” como un elemento conceptual necesario²⁸. Y de lo anterior se sigue, *a contrario sensu*, que una adscripción de imprudencia solo es viable en referencia a un comportamiento que en efecto llega a realizar antijurídicamente el respectivo tipo de delito²⁹. Pues recién en referencia a una determinada instancia de realización antijurídica del tipo tiene sentido plantear la pregunta de si un agente que no fue capaz de evitarla pudo, no obstante, haber asegurado su capacidad de evitarla observando el cuidado que de él era esperable.

Pero lo anterior no zanja la cuestión de si todas las formas de dolo serían igualmente suficientes para que se configure una tentativa punible. Si bien el asunto sigue dividiendo a la doctrina³⁰, en la praxis judicial ha tendido a ser dominante la tesis de que, dado el tenor del art. 7º, una punibilidad a título de tentativa (*lato sensu*) sería incompatible con una imputación a título de dolo eventual. El argumento recurrentemente esgrimido para ello apunta a la exigencia de dolo directo supuestamente establecida en el inc. 3º del art. 7º, según el cual la existencia de una tentativa inacabada depende de que el agente dé “principio a la ejecución del [delito] por hechos directos”. En los términos de la línea de decisión asumida como invariable, hasta hace poco, por la Corte Suprema, esta cláusula exigiría, más bien, que el agente dé principio a la ejecución mediante “hechos *directamente encaminados* a la consumación”. Y si se asume, adicionalmente, que entre los presupuestos subjetivos de una tentativa inacabada y de una tentativa acabada no cabría reconocer diferencia alguna, entonces de ello se seguiría que también la existencia de un delito frustrado (*qua tentativa acabada*) sería incompatible con una adscripción de dolo eventual³¹.

²⁸ Véase MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27 (2019), pp. 297 y s.

²⁹ Más detalladamente, MAÑALICH, “La tentativa de delito como hecho punible ...”, ob. cit., pp. 488 y s.

³⁰ Véase MERA, ob. cit., pp. 148 y ss.; LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo 93, N° 3 (2016), *passim*.

³¹ Véase, entre muchas otras, la polémica sentencia de la Corte Suprema, 11.07.2017, rol N° 19.008-2017; latamente al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Incompatibilidad

La tesis de la incompatibilidad entre tentativa y dolo eventual es dogmáticamente insostenible. A pesar de que ello no es usualmente advertido, la tesis interpretativa tradicionalmente defendida por la Corte Suprema implica que, en rigor, solo el dolo directo de primer grado sería compatible con la existencia de una tentativa (*lato sensu*). Pues tal como ella misma lo ha hecho explícito en alguna ocasión, la exigencia de que el comportamiento del potencial autor esté “directamente encaminado [...] a la consumación” equivale a la exigencia de una “intención o propósito de lograr la consumación del delito”³². Con ello, tampoco el dolo directo de segundo grado bastaría para la constitución de una tentativa. Por otro lado, es problemática la afirmación de que los presupuestos subjetivos de una tentativa acabada serían idénticos a los de una tentativa inacabada. Si bien todo habla a favor de reconocer esa equivalencia en lo que respecta a la fisonomía del dolo, la tentativa inacabada exhibe una peculiaridad estructural que se expresa en la necesidad de que al potencial autor sea atribuible, asimismo, una “resolución al hecho”, que como tal no puede ser confundida con el dolo³³. En tercer lugar, y decisivamente, redefinir la exigencia de “hechos directos” como una exigencia de “hechos *directamente encaminados* a la consumación” constituye una tergiversación de la disposición legal. Dado el contexto inmediato en el que se inserta esa cláusula, su interpretación más obvia y razonable consiste en atribuirle la función de contribuir a fijar el criterio de reconocimiento del inicio de una tentativa (inacabada), en contraste con lo que pudiera presentarse como un acto meramente preparatorio³⁴. Como tal, la cláusula carece de toda posible relevancia para discriminar entre las formas de dolo que pudieran ser compatibles con la configuración de una tentativa punible. Y tal como ello ha llegado a ser recientemente admitido por la Corte Suprema³⁵, la forma de dolo mínimamente suficiente para la punibilidad del respectivo delito consumado tiene que ser asimismo suficiente para la punibilidad de su tentativa (acabada o inacabada). Esta es una implicación de que el dolo eventual represente la forma básica de dolo.

entre frustración y dolo eventual?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27 (2017), pp. 175 y ss.

³² Ello se afirma en el cons. 54 de la sentencia referida en la nota anterior.

³³ *Infra*, VI.

³⁴ *Infra*, VII.

³⁵ Por sentencia de la Corte Suprema, 5.05.2021, rol N° 16945-2021. Para una contextualización de este giro “jurisprudencial”, véase MAÑALICH, Juan Pablo y OLAVE, Alejandra. “Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Chilena”, en *Discusiones*, N° 27 (2021), pp. 174 y ss., 180 y ss.

IV. LA “(IN)IDONEIDAD” DE LA TENTATIVA FRENTE AL DELITO PUTATIVO

Ya se observó que el debate acerca del fundamento de punibilidad de la tentativa ha estado tradicionalmente dominado por la pugna entre concepciones objetivistas y subjetivistas. En lo fundamental, la pregunta en torno de la cual esa pugna queda más claramente plasmada apunta a si la punibilidad de una tentativa tendría que depender de su idoneidad: mientras que las concepciones objetivistas ofrecen una respuesta afirmativa a esta pregunta, las concepciones subjetivistas la responden negativamente. Esto presupone, sin embargo, que la distinción entre tentativas idóneas y tentativas inidóneas sería inteligible y practicable. No es en absoluto claro, empero, que ello sea así. Aun cuando el punto no siempre es hecho explícito, en la doctrina suele asumirse que la caracterización de una tentativa como idónea o inidónea tendría que hacerse desde una perspectiva *ex post*. Esto explica que como ejemplos paradigmáticos de una tentativa pretendidamente “inidónea” de homicidio se aluda al caso de alguien que dispara con un arma de fuego contra el cadáver de un ser humano, confundiéndolo con un ser humano vivo, así como al caso de quien, apuntando contra otro ser humano, tira del gatillo de un arma no cargada. En uno y otro caso, la falta de idoneidad de la tentativa quedaría determinada por su falta de peligrosidad, constatada *ex post*. Pero el problema está en que, desde semejante perspectiva *ex post*, toda tentativa tendría que ser caracterizada como inidónea³⁶.

A veces se intenta hacer descansar la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas en la distinción entre las nociones de peligro concreto y peligro abstracto: mientras que sería idónea aquella tentativa que genera un peligro concreto para el respectivo bien jurídico, una tentativa inidónea solo traería aparejada la creación de un peligro abstracto para aquel. Pero esto es problemático. Al igual que la noción de lesión, las de peligro concreto y peligro abstracto son nociones que especifican la forma de menoscabo que, para el correspondiente bien jurídico, tendría que quedar aparejada a la realización del tipo en cuestión. Y en la medida en que el delito del que se trate no esté tipificado como uno de lesión, sino como un delito de peligro concreto o de peligro abstracto, no tendría sentido alguno apelar a esas nociones para caracterizar en qué pudiera consistir la tentativa de ese mismo delito. Sería claramente absurdo, por ejemplo, sostener que la idoneidad de una tentativa de falso testimonio, que es un delito de peligro abstracto contra el correcto

³⁶ Para lo que sigue, y detalladamente, MAÑALICH, “Tentativa error y dolo ...”, ob. cit., pp. 322 y ss.

ejercicio de la jurisdicción, pudiera depender de que el comportamiento en cuestión genere un peligro concreto de que llegue a “materializarse” el peligro abstracto que sería propio de la consumación de tal delito.

Es usual que la denominación “tentativa inidónea” sea tratada como equivalente a la de “delito imposible”³⁷. Esto contribuye a detectar cuál es el defecto fundamental que aqueja a la caracterización de una tentativa como idónea o inidónea. Ese defecto consiste en que la caracterización en cuestión implícitamente descansa en una selección arbitraria de las circunstancias que son tenidas por suprimibles o no suprimibles, para así responder la pregunta de si la consumación del delito en cuestión era posible o imposible. A este respecto, el análisis suele quedar referido a casos en los cuales lo que estaría en juego sería la tentativa de un delito de resultado puro, con el foco puesto ya en la (in)idoneidad del objeto en el cual habría de tener lugar la transformación constitutiva del respectivo resultado, ya en la (in)idoneidad del medio –o más precisamente: del *método*– de cuya utilización dependería el acaecimiento de esa transformación. Esta distinción podría parecer difícil de implementar, si se considera un caso como el siguiente: A dispara con un revólver contra V, estando V cubierto por una armadura impenetrable para una bala. Con todo, tendría que ser claro que lo que explica aquí la imposibilidad de la consumación del respectivo homicidio concierne al medio, y no al objeto. Pues por “objeto” de un posible homicidio viene en consideración todo ser humano (nacido) vivo, condición que V cumple en nuestro caso. Pero esta aclaración deja intacto el hecho de que, para que la consumación del homicidio hubiera sido posible en el mismo caso, habría sido necesario que las circunstancias constitutivas de la situación hubieran sido diferentes, verbigracia: que V no hubiese llevado puesta la armadura, o que A, en vez de un revólver, se hubiese valido de una bazuca.

La única vía disponible para intentar preservar una distinción entre casos de tentativa idónea y casos de tentativa inidónea, vinculándola a la adopción de una perspectiva *ex post*, consiste en discriminar entre algunas circunstancias que se toman como insustituibles y otras que se toman como sustituibles para determinar si, *en un mundo distinto del actual*, el comportamiento del potencial autor habría podido llegar a realizar antijurídicamente el tipo. Pero de esta manera, la “posibilidad” o “imposibilidad” de la consumación

³⁷ Véase MERA, ob. cit., pp. 154 y ss., quien acertadamente denuncia, con todo, lo errática que resulta la tradicional subdistinción doctrinal entre la “inidoneidad absoluta” y la “inidoneidad relativa” que pudiera exhibir una tentativa, a la que suele echarse mano para así identificar la imposibilidad de la consumación con una inidoneidad de la primera de esas dos clases.

del delito deviene enteramente relativa a la descripción de las circunstancias bajo la cual es enjuiciado el comportamiento del agente. Y la posibilidad de la consumación de un delito que, en el mundo actual, no llegó a consumarse solo es imaginable en referencia a un mundo distinto del actual. Pero contra lo que suele asumirse, esto vale para toda tentativa: desde un punto de vista *ex post*, la falta de consumación del delito respectivo es indicativa de que, en las exactas circunstancias que fijaban la situación del potencial autor, su comportamiento no podía realizar antijurídicamente el tipo.

Para ilustrar lo anterior, consideremos primeramente las siguientes dos variaciones de un mismo caso, que involucra la (*in*)idoneidad del objeto bajo el tipo del homicidio³⁸: (a) A dispara con un arma de fuego apuntando contra lo que él cree sería V, un ser humano que estaría durmiendo cubierto por la frazada de su cama, en circunstancias de que V ha muerto, a consecuencia de un infarto, un par de minutos antes de que A efectuara el disparo; (b) A dispara con un arma de fuego apuntando contra V, que se encuentra durmiendo cubierto por la frazada de su cama, pero que súbitamente muere, a consecuencia de un infarto, un instante antes de que la bala impacte en su cuerpo. Contra lo que pudiera pensarse, desde el punto de vista de la posibilidad de consumación del homicidio en cuestión, no hay diferencia alguna entre los dos casos. Mientras que en (a) V no podía ser matado a través del disparo efectuado por A, por tratarse de un ser humano que ya se encontraba muerto al momento en que tuvo lugar el disparo, en (b) V tampoco podía ser matado por A de esa manera, por tratarse de un ser humano que iba a morir antes de que la bala pudiera impactarlo letalmente. La situación en la que A ejecuta su acción se encuentra, en ambos casos, configurada por circunstancias antecedentes que determinan que la muerte de V no pudiera resultar de la ejecución del disparo. Y la circunstancia de que, en el caso (b), V todavía estuviera vivo cuando A se disponía a efectuar el disparo no logra modificar la conclusión de que, dada la condición fisiológica de V, ese disparo no era apto para producir su muerte.

Ahora bien, nada distinto podría valer para esta nueva variación del caso, en la cual la doctrina mayoritaria no dudaría en afirmar la existencia de una tentativa pretendidamente “idónea” de homicidio: (c) A dispara con un arma de fuego apuntando contra V, que se encuentra durmiendo cubierto por la frazada de su cama y que, no obstante sufrir el impacto de bala, logra ser salvado por el equipo médico que fuera alertado por la policía, después de

³⁸ Para lo que sigue, con mayor detenimiento, MAÑALICH, “Tentativa, error y dolo...”, ob. cit., pp. 325 y ss.

que un vecino informara telefónicamente haber oído el disparo. Aquí es un curso salvador, desplegado por el equipo médico, a su vez alertado por la policía, lo que explica que el homicidio no se haya consumado. Y el desarrollo de ese curso salvador se explica, a su vez, por un conjunto de circunstancias antecedentes, entre las cuales figuran: la disposición del vecino a informar del disparo, la disposición de los agentes policiales a llamar al equipo médico que llevó a cabo el salvamento, y la disposición de estos profesionales a desplegar el salvamento. Así, para que en el caso (c) el disparo efectuado por A hubiera podido llevar a la muerte de V, habría sido necesario que alguna de esas circunstancias hubiera estado ausente. Y desde este preciso punto de vista, entonces, el caso no es diferente de los casos (a) y (b). En contra de esta equiparación, tal vez, alguien podría esgrimir la siguiente objeción: el hecho de que en (c) V haya sufrido un impacto de bala mostraría que se trata aquí de un caso a todas luces diferente de los dos primeros. Pero esto último es tan cierto como irrelevante. Pues la diferencia así apuntada no concierne a si, en cada uno de los tres casos, a A es imputable una tentativa de homicidio. La diferencia radica, más bien, en que en (c) a A es asimismo imputable, con independencia de ello, un delito consumado de lesión corporal, el cual se encontraría en relación de concurso ideal con la correspondiente tentativa de homicidio.

El análisis de casos en los cuales usualmente se tematiza la *(in)idoneidad del medio* a través del cual pudiera ser perpetrado el delito tendría que llevarnos a la misma conclusión. Considérense, para estos efectos, las dos variaciones del caso siguiente³⁹: (d) A tira del gatillo de un arma apuntando contra V, ubicado a unos pocos metros de distancia, desconociendo que la pistola está descargada; (e) A tira del gatillo de un arma apuntando contra V, ubicado a unos pocos metros de distancia, desconociendo que la pistola tiene el seguro puesto. Estructuralmente, los dos casos son equivalentes. Que para A hubiera sido “más fácil” revertir la falta de aptitud letal del arma en (e) que en (d), deja intacto el hecho de que en uno y otro caso se da una circunstancia, desconocida por A, que determinaba que la ejecución de la acción consistente en tirar del gatillo no pudiera resultar en la muerte de V. Nuevamente, nada distinto tendría que valer para esta variación ulterior del caso, en la cual la doctrina ampliamente mayoritaria querría reconocer la existencia de una tentativa pretendidamente “idónea” de homicidio: (f) A tira del gatillo de su arma apuntando contra V, ubicado a unos pocos metros de distancia, desviándose la bala a consecuencia de una súbita ráfaga de viento. Que en (f) el arma usada

³⁹ Con mayor detalle, MAÑALICH. “Tentativa, error y dolo...”, ob. cit., pp. 328 y ss.

por A haya sido “en sí misma” idónea para ser usada letalmente contra V, nada dice acerca de la aptitud de la maniobra consistente en tirar del gatillo para, dadas las demás circunstancias constitutivas de la situación, impactar letalmente a V. Esto, porque entre esas circunstancias adicionales también se encuentra el estado climático manifestado en la “súbita” –lo cual significa aquí: *imprevista*– ráfaga de viento que determinara el desvío del trayecto de la bala. Sostener que en el caso (f) la consumación del homicidio habría sido posible, supondría desconocer que la posibilidad de que la descripción “matar a otro ser humano” resulte verdadera de una acción no depende de la aptitud abstracta del artefacto del cual pudiera valerse el agente, sino de la totalidad de las circunstancias que han de proveer la correspondiente oportunidad para dar lugar a la transformación típicamente relevante.

La argumentación precedente ha pretendido mostrar que la *imposibilidad circunstancial* de la consumación es definitoria de la estructura de toda tentativa. Esto priva de sustento a la suposición de que la distinción misma entre tentativas idóneas y tentativas inidóneas sería inteligible y practicable. No se trata, en tal medida, de dar razón a quienes, adoptando alguna posición tendencialmente subjetivista, defienden la punibilidad de la llamada “tentativa inidónea”⁴⁰. Pues para ponerlo a modo de eslogan: cuando colapsa una distinción, colapsa por ambos lados. Antes bien, se trata de que la pregunta por la (in)idoneidad de una tentativa no es una pregunta cuya respuesta pueda iluminar la determinación de su punibilidad. Y ello vuelve insostenible la interpretación que un amplio sector de la doctrina hace de la ya aludida cláusula del inc. 3º del art. 7º, según la cual el autor ha de dar principio a la ejecución del delito “por hechos directos”, en el sentido de una exigencia de idoneidad⁴¹. Si se advierte que, desde un punto de vista *ex post*, la falta de aptitud para la consumación –esto es, la inidoneidad– del comportamiento del agente es una marca de toda tentativa, entonces semejante interpretación de la fórmula en cuestión no tiene asidero.

La tesis de que la imposibilidad circunstancial de la consumación es inherente a toda tentativa de delito nos provee de un criterio para demarcar los casos en los cuales cabe afirmar la existencia de una tentativa, por un lado, de aquellos (muy heterogéneos) casos en los cuales no se configura tentativa alguna, sino solo un *delito putativo* (o imaginario), por otro. Para

⁴⁰ Así, empero, CURY, ob. cit., pp. 576, 579 y s.

⁴¹ Así, entre otros, MERA, ob. cit., pp. 144 y ss. Acerca de la impertinencia de la invocación de esa cláusula para intentar fundamentar la falta de punibilidad de la tentativa “inidónea”, véase LONDOÑO, ob. cit., pp. 120 y s.

que el comportamiento atribuible al agente sea constitutivo de una tentativa, es necesario poder afirmar lo siguiente: si las circunstancias efectivamente hubieran sido como se las representó el agente, entonces su comportamiento sí habría realizado antijurídicamente el correspondiente tipo de delito. En este preciso sentido, a toda tentativa subyace un error “invertido” acerca de las circunstancias de hecho, a saber: una representación errada de las circunstancias del hecho, que aquí resulta ser fundante de dolo. Y es precisamente esto último lo que no se da en los casos en los que, por contraste, cabe hablar de un delito putativo, que no es delito alguno y que, por ende, no resulta punible en lo absoluto⁴².

Lo anterior supone comparar el mundo actual, en el cual la consumación del delito se ha mostrado como circunstancialmente imposible, con un mundo posible, alternativo al mundo actual, en el cual la representación de las circunstancias con la que contaba el agente hubiera sido acertada: si en ese mundo alternativo el comportamiento en cuestión hubiera realizado antijurídicamente el tipo, entonces ese comportamiento es constitutivo de una tentativa del delito respectivo en el mundo actual. Para que semejante comparación arroje resultados unívocos, empero, es imprescindible que el respectivo mundo posible, definido por su correspondencia objetiva con la representación de las circunstancias atribuible al potencial autor, sea concebido como nomológica y jurídicamente idéntico al mundo actual. Esto equivale a decir que ese mundo posible tiene que ser imaginado como un mundo cuya configuración natural respondería exactamente a las mismas leyes o regularidades causales con base en las cuales podemos explicar lo que acaece en el mundo actual, y a la vez como un mundo en el cual regiría exactamente el mismo sistema jurídico bajo el cual tendría que ser enjuiciado el comportamiento del agente. De esto se sigue que haya que negar la existencia de una tentativa si la consumación del respectivo delito se presenta o bien como nomológicamente imposible, o bien como jurídicamente imposible. En una y otra constelación solo cabe hablar de un “delito putativo”, que no es delito alguno.

Así, hay que negar la existencia de una tentativa en los casos en los cuales el agente está afectado por un *error nomológico*, una subcategoría de los cuales la conforman los casos (erráticamente) etiquetados como de “*tentativa irreal*” o “*tentativa supersticiosa*”. Un ejemplo elocuente del primer grupo de casos lo brinda el célebre fallo del (antiguo) Tribunal Supremo del Imperio alemán, de 14 de marzo de 1901, que condenó como autora de una tentativa

⁴² Para lo que sigue, y en detalle MAÑALICH. “Tentativa, error y dolo ...”, ob. cit., pp. 334 y ss., 337 y ss., 350 y ss.

de aborto a una joven mujer que, creyéndose embarazada tras besar a (y haber sido besada por) un hombre, consumió una ingente cantidad de cubos de azúcar, en la expectativa de estar condicionando así la muerte de la pretendida criatura. Un ejemplo recurrentemente invocado del segundo grupo de casos sería el siguiente: A procede a insertar alfileres en un muñeco de trapo que (según A) representaría a V, bajo la creencia de que ello habría de condicionar una hemorragia interna en V, que en definitiva habría de causar su muerte. En uno y otro caso hay que negar que la imposibilidad de la consumación del respectivo delito dependa de una o más circunstancias de hecho que el potencial autor se hubiera representado como existentes. Antes bien, en uno y otro caso el agente se representa erróneamente que la infraestructura natural del mundo actual respondería a una o más leyes o generalizaciones causales que son –según nuestro conocimiento científicamente afianzado– imaginarias. En uno y otro caso únicamente cabe hablar, por lo mismo, de un delito putativo.

Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para los casos en los cuales el potencial autor cree que su comportamiento quedaría sometido a una o más reglas jurídicas que resultan ser, sin embargo, imaginarias o imaginariamente aplicables. Un paradigma especialmente importante de esta constelación lo encontramos en los casos en los que el agente está afectado por un error “invertido” sobre la ilicitud, lo cual equivale a decir: por una suposición errónea de la ilicitud de su comportamiento. Ejemplo: creyendo que por la sola celebración de una compraventa la cosa vendida se convertiría en ajena, V destruye el reloj que ha vendido, pero que todavía no ha entregado en tradición al comprador C. En este caso, lo que explica que el comportamiento de V no realice antijurídicamente el tipo del daño de cosa ajena es la imposibilidad jurídica determinada por las reglas civiles que fijan las condiciones para que opere la transferencia del dominio sobre la cosa vendida. Se trata aquí, en tal medida, de un delito putativo. A idéntica conclusión hay que llegar en los casos en los cuales una persona que, bajo el tipo de un delito especial (“propio”) cuenta como *extraneus*, erróneamente se atribuye la cualidad que la convertiría en *intraneus*. A pesar de que a este respecto suele hablarse (equivocadamente) de una “tentativa subjetivamente inidónea”, en estos casos no se configura tentativa alguna del correspondiente delito especial. Y la razón para ello es esta: una persona que no pertenece al círculo de destinatarios de una norma no está en posición de quebrantarla, sea perfecta o imperfectamente⁴³.

⁴³ Detalladamente sobre esto, MAÑALICH. “Tentativa, error y dolo...”, ob. cit., pp. 355 y ss., 364 y ss.

V. EL DELITO FRUSTRADO COMO TENTATIVA ACABADA

Ya se sugirió que la distinción, plasmada en el art. 7º, entre un delito frustrado y tentativa *stricto sensu* se deja reformular como la distinción entre dos formas que puede exhibir una tentativa, a saber y respectivamente: la forma de una tentativa acabada y la forma de una tentativa inacabada. Esto implica que, en los términos de la disposición legal, la caracterización de un delito como frustrado es equivalente a la caracterización de la tentativa en cuestión como acabada. Y se anticipó también que el inc. 2º se vale de la fórmula de que el agente haya puesto “de su parte todo lo necesario para que el [delito] se consume”, para determinar de qué depende que la tentativa cuente como acabada. A pesar de que se trata de una cuestión controvertida⁴⁴, todo habla a favor de tomar esta fórmula como expresiva de un criterio objetivo que es sensible, empero, a la representación de las circunstancias que sea atribuible al potencial autor. Esto significa que, si bien la caracterización de la tentativa como acabada no depende en lo absoluto de que el agente la considere acabada, esa caracterización sí necesita estar fundada en su representación de las circunstancias.

Con ello, la pregunta crítica pasa a ser la siguiente: ¿de qué depende que pueda decirse del potencial autor que este ha puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consume? Sobre la base del modelo del *iter criminis*, la respuesta tendría que apuntar a que se haya extinguido la “fase ejecutiva”. El problema es que, como ya se mostrara, esta última noción no es suficientemente “elástica”. Así, verbigracia, la perpetración de un *delito omisivo* no se corresponde con “ejecución” alguna, sin que haya razones para negar que la tentativa de semejante delito pudiera asumir la forma de una tentativa acabada. Ejemplo: tras atropellar al peatón P, y advirtiéndole que este ha quedado gravemente herido, el conductor C se retira del lugar dejando a P expuesto al riesgo cierto de morir a consecuencia de una hemorragia; algunos minutos más tarde, P es socorrido por el conductor de otro vehículo, que alcanza a llevarlo todavía con vida a un hospital, donde P logra ser salvado. Al haberse convertido en garante de la vida de P por injerencia, C tendría que ser responsabilizado aquí como autor de un homicidio omisivo frustrado, lo cual supondría que la tentativa en cuestión cuente como acabada.

El criterio para el acabamiento de la tentativa de un delito cualquiera puede ser formulado como sigue: una tentativa cuenta como acabada si el potencial autor ha *aprovechado exhaustivamente* la oportunidad con la que, según su re-

⁴⁴ Véase MERA, ob. cit., pp. 161 y s.

presentación de las circunstancias, cuenta para desplegar un comportamiento que, de haber sido acertada esa representación, tendría que haber realizado antijurídicamente el tipo en cuestión⁴⁵. En la medida en que, por el contrario, el agente no haya aprovechado exhaustivamente la oportunidad para realizar antijurídicamente el tipo, la tentativa tendría que contar como inacabada. La situación que, según la representación atribuible al agente, brinda a este la oportunidad para comportarse de manera típicamente antijurídica es la situación en la cual él puede cumplir o infringir el deber fundamentado por la norma. Y esta “situación de deber” sirve como criterio para reconocer, a su vez, la *identidad* de la respectiva tentativa: un comportamiento que no ha llegado a realizar antijurídicamente un tipo de delito se corresponde con una y la misma tentativa (de ese delito) si tal comportamiento puede interpretarse como la infracción de un mismo deber, situacionalmente fundamentado por la norma de cuya trasgresión se trata. Para ilustrar el punto, consideremos el caso siguiente: en contra de sus expectativas, A advierte que no ha logrado impactar a V con el primer disparo de su arma de fuego; inmediatamente a continuación, A percute un segundo disparo, que tampoco alcanza a V; teniendo la posibilidad inmediata de efectuar un tercer disparo, A se retira del lugar sin disparar nuevamente. El caso nos plantea la pregunta de cuántas tentativas de homicidio serían imputables a A, y la respuesta a esa pregunta está internamente conectada con cómo deba resolverse si una determinada tentativa cuenta como acabada o inacabada.

La solución de un caso como el recién planteado es justamente lo que ve enfrentadas a la tesis de la *consideración individual* (“TCI”), por un lado, y a la tesis de la *consideración global* (“TCG”), por otro⁴⁶. Según la TCI, al cabo del primero de los disparos por él efectuados A se habría convertido en autor de una tentativa “ya” acabada. Y de esto se seguiría que el segundo disparo tendría que identificarse con una segunda tentativa de homicidio, asimismo acabada. De acuerdo con la TCG, por el contrario, la tentativa de homicidio asociada al primero de los dos disparos se habría presentado como “todavía” inacabada, en la medida en que A haya reconocido que aún contaba con la posibilidad de efectuar uno o más disparos adicionales contra V. Con ello, a A solo sería imputable una tentativa de homicidio, la cual tendría que ser caracterizada como inacabada. Esto, porque A no llegó a efectuar el tercer

⁴⁵ Para una presentación detallada de esta solución, MAÑALICH. “Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa”, ob. cit., pp. 563 y ss.

⁴⁶ Para lo que sigue, MAÑALICH. “Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa”, ob. cit., pp. 567 y ss.

disparo con el que, según su representación de las circunstancias, aún contaba para condicionar causalmente la muerte de V⁴⁷. En lo que ahora interesa, y en los términos ya sugeridos, la disputa puede reconstruirse como sigue: mientras que según la TCI habría que asumir que uno y otro disparo representan infracciones de deberes diferentes, bajo la TCG habría que asumir, más bien, que uno y otro disparo se corresponden con la infracción de un mismo deber.

A favor de la solución ofrecida por la TCG habla, a mi juicio decisivamente, lo siguiente: ¿cómo habría que resolver el caso ya analizado si introduyéramos la muy sensible variación de que, todo lo demás siendo igual, V hubiera sido letalmente impactado por el segundo de los disparos efectuados por A? En la medida en que, frente a esta variación del caso, lo correcto sea reconocer nada más que un (único) homicidio consumado imputable a A, ello sugeriría que uno y otro disparo tienen que ser unificados, en cuanto conjuntamente constitutivos de la infracción de un mismo deber. Y lo mismo tendría que valer, entonces, si volvemos nuestra mirada hacia la versión original del caso: en la medida en que uno y otro disparo puedan ser unificados como conjuntamente constitutivos de la infracción de un mismo deber situacionalmente fundamentado por la prohibición del homicidio, entonces habría que asumir que estamos ante una única tentativa. Esto último es compatible con que reconozcamos la posibilidad de una redefinición “dinámica” de la respectiva situación de deber, a saber: la posibilidad de que, según su propia representación de las circunstancias, el agente vea modificadas sus alternativas de comportamiento a lo largo del proceso en que infringe el deber ya situacionalmente fundamentado por la norma, desde el punto de vista de la evitabilidad de una y la misma instancia de realización antijurídica del tipo.

Tendría que ser claro que la estrategia de solución favorecida por la TCG admite ser implementada con diferentes grados de laxitud o estrictez. Una *versión estricta* de la TCG se obtiene a través del siguiente refinamiento de esa estrategia, en referencia a la versión original de nuestro caso: para que la respectiva tentativa pueda ser considerada como “todavía” inacabada, es necesario que, tras efectuar el primer disparo y advertir que V no ha sido impactado, A quede *inmediatamente* en posición de ejecutar una o más acciones a través de las cuales, según su representación de las circunstancias, él

⁴⁷ De ahí que, bajo la TCG, la renuncia a efectuar ese tercer disparo pudiera ser interpretada como un desistimiento “pasivo” de una tentativa “todavía” inacabada, como tal capaz de suprimir la punibilidad de esta.

podría causar la muerte de V. En cambio, si según su representación de las circunstancias la posibilidad de ejecutar una ulterior acción eventualmente letal para V requeriría de alguna maniobra *preparatoria*, entonces habría que negar que haya identidad entre la tentativa asociada al primer disparo y la tentativa que pudiera quedar asociada al comportamiento posteriormente desplegado por A. En tal caso, la tentativa de homicidio asociada a ese disparo tendría que ser considerada como “ya” acabada. Esto ocurriría si, tras hacer uso de la última bala cargada en su pistola, A tuviera que volver a cargar su arma antes de poder disparar nuevamente.

En la doctrina chilena prevalece hegemónicamente la idea de que la forma de punibilidad de la frustración sería privativa de aquellas especies de delito que exhiben la estructura típica de delitos de resultado⁴⁸, y más precisamente: de delitos de resultado causalmente condicionado. Pero esto es un error, que se explica por la suposición de que, tratándose de delitos de resultado convencional o institucionalmente condicionado, así como de delitos de actividad (o inactividad), el hecho de que el agente ponga de su parte todo lo necesario para que el delito se consume necesariamente equivaldría a que el delito se consume⁴⁹. Que ello no es así, lo ilustra un caso como este: después de haber ingerido lo que ella cree serían cinco cervezas de su predilección, C sale del bar en dirección a su vehículo, subiéndose a este para entonces conducirlo de regreso hasta su casa; sin que C lo sepa, sin embargo, la mesera M, amiga de C, se ocupó de que las últimas cuatro de las cinco cervezas ingeridas por C fueran “libres de alcohol”. Siendo el manejo en estado de ebriedad un delito de actividad, aquí no cabría poner en cuestión que, de ser acertada la representación que ella tenía de las circunstancias al desplegar la conducción de su vehículo, el comportamiento de C habría realizado antijurídicamente el tipo en cuestión. Y dado que C efectivamente llegó a conducir el vehículo en la creencia de haber ingerido cinco cervezas con contenido alcohólico, la tentativa en cuestión tendría que ser caracterizada como acabada. Que esta posibilidad sea sistemáticamente pasada por alto en la discusión doctrinal, quizá se explique con cargo a que, según el parecer más extendido, la tentativa acabada imputable a C tendría que ser catalogada como “inidónea”. Pero como ya se ha mostrado, la distinción misma entre tentativas idóneas y tentativas inidóneas no resulta sostenible.

⁴⁸ Véase MERA, ob. cit., p. 161.

⁴⁹ Para una refutación de este aserto, en inmediata referencia a la punibilidad –legislativamente reconocida en el art. 494 bis– de un hurto frustrado, véase OLAVE, ob. cit., pp. 189 y ss., 201 y ss.

VI. LA RESOLUCIÓN AL HECHO COMO PRESUPUESTO
DE LA TENTATIVA INACABADA

Ya se ha sugerido que, mientras que aquello que la ley denomina “delito frustrado” exhibe la forma de una tentativa acabada, lo que la ley llama “tentativa” a secas exhibe la forma de una tentativa inacabada. De acuerdo con el inc. 3º del art. 7º, para que se configure una tentativa *stricto sensu* es necesario que el agente haya dado “principio a la ejecución del [delito] por hechos directos”, aunque “faltan[do] uno o más [hechos directos] para su complemento”. Esta última exigencia negativa es definitoria del concepto de una tentativa inacabada: la circunstancia de que el potencial autor no haya llegado a desplegar la totalidad de los “hechos directos” mínimamente suficientes para que, en la respectiva situación, su comportamiento hubiera podido realizar antijurídicamente el tipo es indicativa de que él no llegó a poner de su parte “todo lo necesario” para que el delito se consumara. A diferencia de la fórmula con la que el inc. 2º define la noción de delito frustrado *qua* tentativa acabada, empero, el tenor de la fórmula del principio de ejecución por hechos directos, plasmada en el inc. 3º, solo parece inmediatamente compatible con la estructura de la tentativa de un delito comisivo, y más precisamente: de un delito consistente en *hacer* algo. Esto plantea la pregunta de si, bajo la prohibición de analogía, es admisible una ampliación de esa fórmula que la adapte, en particular, a la estructura propia de la tentativa de un delito omisivo⁵⁰.

Pero antes de entrar en ello hay que hacer explícita una implicación de la caracterización de una tentativa como inacabada, en los términos del inc. 3º. Tratándose de una tentativa inacabada, el comportamiento del agente no se corresponde con un aprovechamiento exhaustivo de lo que, según su representación de las circunstancias, se presentaba como la oportunidad para realizar antijurídicamente el tipo. En tal medida, ese comportamiento no logra ser, por sí mismo, inequívocamente expresivo de una falta de reconocimiento de la norma en cuestión como premisa vinculante. Esto vuelve necesario recurrir a algún criterio de compensación de la “insuficiencia declarativa” del comportamiento desplegado por el agente. Ese criterio de compensación lo encontramos en la exigencia de una *resolución al hecho*⁵¹. Esta puede ser entendida como la intención del potencial autor de desplegar un comportamiento que, de ser acertada su representación de las circunstancias, habría de satisfacer una descripción que lo convertiría en una instancia de realización antijurídica del tipo,

⁵⁰ *Infra*, VII.

⁵¹ En detalle, MAÑALICH. “Tentativa y resolución-al-hecho...”, ob. cit., pp. 30 y ss., 37 y ss.

mas sin que esto último necesite formar parte del contenido de la intención en cuestión. De ahí que semejante intención no pueda ser confundida con un dolo directo de primer grado. La necesidad de que al agente pueda adscribirse tal resolución al hecho se sigue de la propia fórmula del inc. 3° del art. 7°: la circunstancia de que para la consumación hayan faltado uno o más “hechos directos” determina que la tematización de semejante tentativa inacabada solo sea inteligible con cargo a la hipótesis de que el agente se encontraba resuelto a completar la “ejecución” del delito. Y esto explica que, como contrapartida, tal criterio de compensación sea del todo superfluo tratándose de una tentativa acabada, precisamente porque el autor de esta sí ha llegado a poner de su parte “todo lo necesario” para que el delito se consume. Con ello, la existencia de un delito frustrado no depende de que a su autor sea atribuible una resolución al hecho, lo cual muestra que los presupuestos subjetivos de un delito frustrado y una tentativa *stricto sensu* no son idénticos.

Que la correspondiente resolución al hecho logre servir como criterio de compensación del carácter inacabado de la tentativa en cuestión, se sigue de la función que en general puede atribuirse a una intención, y más precisamente: a una intención “previa” que el agente pudiera formarse en cuanto a hacer o no hacer algo determinado. En efecto, formarse una intención, en este último sentido, equivale a adoptar un *compromiso práctico*. Así, y en contraste con alguien que meramente tiene una inclinación favorable a, o que tiene un deseo de, hacer X, quien se forma una intención de hacer X es alguien que pasa a estar comprometido con hacer X, en la medida en que, según su propia representación de las circunstancias, se presente una situación que le brinde la oportunidad de hacer X. En terminología dogmática, que el potencial autor se haya formado una resolución al hecho significa que, en el momento relevante para la decisión, él se ha decidido a favor de una alternativa de comportamiento que es incompatible con el seguimiento de la norma en cuya trasgresión consistiría el delito en cuestión. Y esto último no se verá afectado por la eventualidad de que la realización de esa resolución al hecho pudiera depender de la efectividad de una o más circunstancias que, de acuerdo con la representación de las circunstancias atribuible al agente, se encuentren más allá de su control. En esto consiste la posibilidad de una resolución al hecho que repose sobre “fundamentos fácticos inciertos”.

Lo anterior equivale a decir que la atribución de la respectiva resolución al hecho es compatible con que la tentativa (inacabada) en cuestión resulte imputable a título de dolo eventual⁵². Para ilustrar el punto, considérese el caso

⁵² Para lo que sigue, MAÑALICH. “Tentativa y resolución-al-hecho...”, ob. cit., pp. 44 y ss.

siguiente: A pretende ejercitar su puntería en el disparo con una escopeta, para lo cual selecciona un objetivo ubicado a una distancia tal que, para A, resulta dudoso si se trata de un espantapájaros, como él quisiera que fuera, o en cambio de un trabajador agrícola que pudiera encontrarse de pie, contemplando el horizonte; tras apuntar hacia su objetivo, y en el instante de empezar a mover su dedo índice para tirar del gatillo, el tercero T –que tampoco sabe si aquello contra lo cual A está *ad portas* de disparar es un espantapájaros o un ser humano vivo– se lanza sobre A, botándolo al suelo e impidiendo así que este efectúe el tiro. Tendría que ser claro que, al disponerse a efectuar el disparo, A no tenía la intención –sea última o intermedia– de matar a otro ser humano. Pues lo que él perseguía era, únicamente, alcanzar con su tiro el objetivo seleccionado. Esto basta para descartar una adscripción de dolo directo de primer grado de homicidio. Al mismo tiempo, que para A haya sido dudoso que aquello contra lo cual se disponía a disparar fuera o bien un espantapájaros o bien un ser humano (vivo), lleva a que también deba descartarse la adscripción de un dolo directo de segundo grado. Antes bien, a A solamente podría atribuirse un dolo eventual de homicidio, a pesar de que todo habla a favor de atribuirle, al mismo tiempo, la requerida resolución al hecho, constituida por la intención de disparar contra aquello que él había seleccionado como su objetivo.

Para explicar que la atribución de la correspondiente resolución al hecho sea compatible con una adscripción de dolo (“meramente”) eventual, la consideración decisiva es la siguiente. En el caso recién presentado, la descripción de lo que A estaba *ad portas* de hacer, bajo la cual cabe atribuirle la intención constitutiva de la resolución al hecho, no coincide con la descripción que conferiría potencial significación delictiva a ese mismo disparo, siendo esta última descripción la determinante para fundar la correspondiente adscripción de dolo. Bajo la descripción del inminente disparo como “disparar contra algo que es o bien espantapájaros o bien un ser humano (vivo)”, A tenía la intención de efectuar el disparo, pero no bajo su descripción como “matar a un ser humano (vivo)”. Esta última es una descripción cuya satisfacción a través del disparo que él se disponía a efectuar solo viene en consideración como el objeto de una creencia predictiva –no revestida de una “seguridad rayana en la certeza”– atribuible a A, que resulta ser fundante de dolo (eventual).

VII. INICIO DE LA TENTATIVA Y “PRINCIPIO DE EJECUCIÓN”

Para para que se configure una tentativa inacabada no es suficiente que al potencial autor pueda ser atribuida la respectiva resolución al hecho. Sostener lo contrario llevaría a desconocer la *exigencia de objetivación* que ha de satisfacer toda tentativa eventualmente punible, expresada a través de la máxima

–atribuida a Ulpiano– según la cual “nadie es castigado por el pensamiento”: *cogitationis poenam nemo patitur*. Para que resulte satisfecha esta exigencia de objetivación, es necesario que la resolución al hecho se vea actualizada. Este requisito de actualización de la resolución al hecho es el requisito asociado a la noción de un *inicio de la tentativa*. Uno de los problemas más difíciles de los que se ocupa la dogmática de la tentativa es el de identificar el criterio adecuado para tener por satisfecho ese requisito⁵³.

Una primera propuesta aparece con la llamada “teoría objetivo-formal”, que identifica el inicio de una tentativa con el hecho de que el respectivo tipo de delito quede parcialmente realizado. Esto suele ser reformulado en el sentido de que el comportamiento atribuible al potencial autor tendría que realizar algún elemento del tipo. Pero lo anterior desconoce que la realización del respectivo tipo de delito tiene que entenderse sometida a un principio de indivisibilidad: la realización aislada de alguno de los elementos en los que pudiera descomponerse el tipo no equivale a una “realización parcial” de este. Más allá de esto, la imposibilidad de hacer aplicable semejante criterio para determinar el inicio de la tentativa de un delito de resultado puro –como lo es, entre otros, el homicidio– explica que la solución objetivo-formal se entienda dogmáticamente superada. Tampoco puede estimarse adecuado el criterio favorecido por la llamada “teoría de la peligrosidad”, según la cual una tentativa tendría que considerarse iniciada en el instante en que el comportamiento del agente ha generado un “peligro concreto” para el respectivo bien jurídico. Aun pasando por alto el problema que en general afecta a las justificaciones “peligrosistas” de la punibilidad de la tentativa⁵⁴, el criterio así perfilado es manifiestamente inepto para fijar el inicio de la tentativa de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Y la insuficiente generalidad –o “elasticidad”– del respectivo criterio también afecta a las propuestas que privilegian la conexión que el comportamiento enjuiciado pudiera mostrar con la “esfera de la víctima”, complementada por una exigencia de “proximidad temporal”. Pues es claro que semejante criterio resulta *ab initio* inaplicable tratándose de la tentativa de cualquier delito cuya estructura típica sea incompatible con la tematización de la posición de alguna víctima, lo cual vale, desde ya, para la tentativa de cualquier delito contra un bien jurídico colectivo.

Como criterio para el inicio de la tentativa de un delito cualquiera solo puede venir en consideración una fórmula que resulte insensible a la especificidad

⁵³ Para lo que sigue, y detalladamente, MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3 (2019), pp. 823 y ss.

⁵⁴ *Supra*, II y IV.

de la estructura típica del delito de cuya posible tentativa se trate. Esto es lo que ofrece la llamada “teoría de la acción intermedia”. De acuerdo con esta, la tentativa de un delito cualquiera cuenta como iniciada, si y solo si para el potencial autor no es necesario ejecutar u omitir acción alguna para quedar en posición de desplegar el comportamiento que, según su representación de las circunstancias, habría de realizar antijurídicamente el tipo en cuestión. Así presentado, el criterio especifica una condición negativa, a saber: la condición de que, bajo su representación de las circunstancias, para el agente *no* sea necesario “preparar” la posible perpetración del delito ejecutando u omitiendo alguna acción (en tal medida) “intermedia”, en cuanto previa al comportamiento “principal” que pudiera corresponderse con la realización antijurídica del tipo de delito. La precisión es importante, por cuanto hace reconocible que la satisfacción del criterio *no* depende en lo absoluto de que en algún punto de tiempo haya sido necesaria la ejecución u omisión “preparatoria” de semejante acción intermedia. Esto último es, sin embargo, lo que tiende asumirse cuando se adopta el (problemático) modelo metafórico del *iter criminis*⁵⁵.

Una reformulación positiva del criterio provisto por la teoría de la acción intermedia lleva a darle la forma de una exigencia de “inmediatez de acción”, en cuyo contexto el término “acción” tendría que ser tomado como designativo de lo que el potencial autor, según su representación de las circunstancias, tendría que hacer o no hacer para realizar antijurídicamente el correspondiente tipo a través de su comportamiento. De acuerdo con esto, una tentativa solo puede entenderse iniciada en el instante en el cual, según su representación de las circunstancias, el potencial autor cuenta con la oportunidad para implementar la intención constitutiva de la respectiva resolución al hecho. De ahí que, por ejemplo, no pueda entenderse iniciada la tentativa de un abuso sexual de menor impúber, penalizado (como delito consumado) bajo el art. 366 bis, en un instante en que el potencial autor se encuentre todavía desplazándose, ya acompañado del menor, hacia el lugar en el que habría de ser desplegada la acción sexual. En correspondencia con lo ya observado en cuanto al criterio de reconocimiento del carácter acabado de una tentativa, el criterio para reconocer ya iniciada una tentativa (inacabada) también se distingue por ser objetivo, a la vez que sensible a la representación de las circunstancias con la que cuente el agente: se trata de un criterio objetivo, aunque referido a las circunstancias fácticas que el agente tuvo por existentes en la situación crítica para su decisión.

⁵⁵ *Supra*, I.

El criterio de la inmediatez de acción nos brinda un punto de partida adecuado para reconstruir la fórmula establecida en el inc. 3° del art. 7°⁵⁶, que en lo fundamental reproduce la fórmula originalmente plasmada en el art. 2° del *Code Pénal* de 1810, mediada por su recepción en el art. 3° del CP español de 1848⁵⁷. Lo crucial es advertir que la cláusula “por hechos directos” funciona como una frase especificativa respecto de la frase “da[r] principio a la ejecución del [delito]”. Esto quiere decir que la primera cláusula no expresa una exigencia semánticamente independiente de la exigencia de que haya un principio de ejecución. De acuerdo con esto, la fórmula del principio de ejecución por hechos directos expresa la exigencia de que el potencial autor, representándose como existentes circunstancias que le proveerían la oportunidad para hacer algo a través de lo cual se vería antijurídicamente realizado el tipo, “ponga en marcha” la materialización de la correspondiente resolución al hecho. La aplicación del criterio así obtenido necesariamente tendrá que modularse según cuál sea la estructura típica del delito de cuya posible tentativa se trate⁵⁸.

Que, para propósitos distintos de la determinación del carácter “meramente” tentado de un eventual hecho punible, algunas otras disposiciones legales hagan uso de la noción de principio de ejecución, no logra alterar la conclusión precedente. Ello sucede, verbigracia, bajo el art. 157 del COT, que atribuye competencia relativa para conocer de la imputación de un presunto delito al tribunal “en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio”, declarando que para tal efecto “[e]l delito se entenderá cometido en el lugar donde se hubiere dado *comienzo a su ejecución*”. Más allá de que tal fórmula no resulte *expressis verbis* aplicable a ciertas clases de hecho punible, tal regulación procesal se distingue por ser necesariamente insensible a la distinción entre consumación y tentativa. Pues que “el hecho que da motivo al juicio” pudiera ser constitutivo de un delito consumado o tentado, es algo que tendría que ser establecido a través de la sentencia de término pronunciada por el tribunal cuya competencia relativa habrá quedado fijada de ese modo. Esto es consistente con que la individuación del correspondiente *hecho procesal* no pueda quedar determinada por la calificación jurídica de las circunstancias que lo configuran.

⁵⁶ Para lo que sigue, y en detalle, MAÑALICH, Juan Pablo. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7°, inc. 3° del Código Penal chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 28 (2021), secc. 1.

⁵⁷ Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 512 y ss., 515 y ss.

⁵⁸ En detalle acerca del inicio de la tentativa de un delito “complejo” o de un delito “compuesto”, véase MAÑALICH. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción...”, ob. cit., secc. 3.

Lo anterior se condice con que, por otro lado, el criterio de reconocimiento del inicio de una tentativa no necesite coincidir con el criterio del cual dependa la licitud de una intervención policial referida a la posible perpetración de un hecho punible, a pesar de la proximidad fenoménica que pueda existir entre los ámbitos de aplicación de una y otra regulación. *De lege lata*, esto se suscita a propósito del control de identidad que un funcionario policial queda obligado a practicar dándose cualquiera de las situaciones descritas en el art. 85 del CPP. Una de esas situaciones consiste en que, en relación con la persona de cuya identificación se trata, “exista algún indicio de que ella hubiere cometido o *intentado cometer* un crimen, simple delito o falta”, o bien “de que se *dispusiere a cometerlo*”. Con cargo a una interpretación del verbo “intentar” como designativo de la correspondiente resolución al hecho, la noción de “intentar cometer” un crimen, simple delito o falta puede ser equiparada a la noción técnica de una tentativa (inacabada). Pero esto no impide reconocer la autonomía que a este respecto exhibe la norma que impone el deber de practicar el correspondiente control de identidad. Pues este también resulta obligatorio para el funcionario policial que tiene indicios de que la persona en cuestión ha intentado perpetrar un hecho constitutivo de falta, a pesar de que, en razón de lo establecido en el art. 9° del CP, una tentativa de falta por defecto no resulta punible. Y esa autonomía se expresa de manera todavía más prístina en que, en los términos del art. 85 del CPP, el control de identidad también proceda respecto de una persona de quien cabe sospechar que se *dispone a* perpetrar un hecho punible, situación que no necesita alcanzar el umbral marcado por la fórmula del inc. 3° del art. 7° del CP.

Ya fue sugerido que la fórmula del principio de ejecución por hechos directos no logra ser literalmente aplicable para la determinación del inicio de la tentativa de un delito omisivo. La pregunta presupone que puede existir tal cosa como la tentativa de un delito omisivo, lo cual no debería ser puesto en cuestión⁵⁹. La especificidad del inicio de semejante tentativa se reduce al hecho de que el potencial autor ha de encontrarse en una situación que, bajo su representación de las circunstancias, le brinde una oportunidad para omitir una acción o no-desarrollar una actividad que él, empero, tendría que ejecutar o desarrollar para así evitar la realización del tipo del correspondiente delito omisivo⁶⁰, estando ya resuelto a comportarse de ese modo. La pregunta se reduce, entonces, a si el tenor del inc. 3° del art. 7° cubre el inicio de la tentativa

⁵⁹ Acertadamente, MERA, ob. cit., pp. 147 y s.

⁶⁰ Problema distinto es que el tipo en cuestión se encuentre o no “propiamente” formulado por la ley.

de un delito omisivo, así entendido. Y la respuesta a esta pregunta es negativa, dada la connotación “activista” de la fórmula del principio de ejecución por hechos directos. En efecto, la exigencia así formulada solo parece poder ser satisfecha por un comportamiento que, de llegar a desplegarse completamente según la representación atribuible al agente, consistiría en *hacer* algo. Esto se ve apoyado por la manera en que el art. 492 contrapone las nociones de “ejecutar [...] un hecho” e “incurr[ir] en una omisión”⁶¹. Ello confiere plausibilidad a la hipótesis de que, en atención a los usos lingüísticos plasmados en el texto legal, no tiene sentido hablar de la “ejecución” de una *omisión*.

Pero lo anterior no implica que, *de lege lata*, haya que descartar sin más la punibilidad de la tentativa inacabada de un delito omisivo. Pues ello sería sumamente difícil de reconciliar con el hecho de que, como contrapartida, la fórmula del inc. 2º del art. 7º, que fija el criterio del cual depende la configuración de un delito frustrado, sea perfectamente aplicable para determinar el acabamiento de la tentativa (*lato sensu*) de un delito omisivo. Esto, en razón de la neutralidad, ya advertida, de la exigencia de que el autor “pon[ga] todo de su parte para que el [delito] se consuma”. Y no parece haber razón sustantiva alguna por la cual la tentativa de un delito omisivo solo hubiera de resultar punible en la forma de una tentativa acabada. Así, la pregunta se reduce a si la prohibición de analogía tolera que la fórmula que determine las condiciones bajo las cuales se entienda iniciada la tentativa (inacabada) de un delito omisivo se obtenga de una transformación de la fórmula del principio de ejecución por hechos directos.

Otro problema de “adaptación” de la fórmula plasmada en el inc. 3º del art. 7º lo plantea la determinación del inicio de una tentativa imputable en autoría mediata o en coautoría⁶². Estas dos formas de autoría tienen en común, en contraste con la autoría directa, que ellas suponen que un comportamiento que *prima facie* se presenta como ajeno sea, no obstante, imputable como propio, sea al autor mediato, sea a cada uno de los coautores. Sobre este denominador común, la diferencia específica entre una y otra radica en que semejante imputación opera *unidireccionalmente*, tratándose de la autoría mediata, en tanto que *multidireccionalmente* tratándose de la coautoría. Así, a quien responde como autor mediato se imputa el comportamiento desplegado por la “persona de delante” como la infracción de un deber propio. En cambio, a cada una de las

⁶¹ Esta última expresión también figura, distintivamente, en la formulación de la eximente del N° 12 del art. 10.

⁶² Para lo que sigue, MAÑALICH. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción...”, ob. cit., secc. 2.

(dos o más) personas que responden como coautoras se imputa una infracción de deber conjunta, constituida a través del comportamiento desplegado por todas y cada una de ellas. Y si ello vale cuando el quebrantamiento de la norma en cuestión resulta imputable a título de delito consumado, no hay razón alguna por la cual algo distinto hubiera de valer, *mutatis mutandis*, cuando se trata de su quebrantamiento (imperfecto) a título de tentativa.

Precisamente un rechazo de esta última proposición subyace a las diferentes variantes de la llamada “solución individual”⁶³. En referencia a la autoría mediata, tal solución consiste en referir la pregunta por el inicio de la tentativa al comportamiento de la propia persona de atrás, estimando suficiente o bien que esta se disponga a incidir sobre la persona de adelante, tal como lo propone la así llamada “solución individual estricta”, o bien que la primera haya concluido la ejecución de su “acción de incidencia” sobre la segunda, “soltando de sus manos” el suceso, en los términos de la “solución individual modificada”. En referencia a la coautoría, la adopción de la solución individual se traduce en que la tentativa solo cuente como iniciada para el o los potenciales coautores que, bajo una consideración aislada, hayan comenzado a desplegar su respectiva contribución individual. En uno y otro contexto, la defensa de la solución individual descansa en un esfuerzo por reducir una y otra forma de autoría a la estructura de la autoría directa. Pero ello es incompatible con su comprensión general como esquemas de adscripción de agencia que se distinguen por no ser reducibles al esquema propio de la autoría directa. De ahí que, en consideración a la especificidad estructural de la autoría mediata y de la coautoría, sea preferible adoptar la llamada “solución global”.

Tratándose de una posible tentativa imputable en autoría mediata, la solución global lleva a poner el foco en el comportamiento de la persona “delante”, aunque bajo la representación de las circunstancias que sea atribuible al potencial autor mediato, complementada por cualquiera sea la representación de las circunstancias con la que contingentemente pudiera llegar a contar la “persona de delante”. Ejemplo: si A hace creer a B que el objetivo que divisa en el horizonte sería un espantapájaros, y no un ser humano (vivo), logrando así que B se disponga a efectuar un disparo, entonces la eventual tentativa de homicidio imputable a A como autor mediato habrá contado como iniciada recién en el instante en el que B haya dado principio a la ejecución del disparo.

⁶³ Al respecto, HERNÁNDEZ, Héctor. “Art. 14”, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing (2011), pp. 381 y s., sosteniendo que esta sería la solución mayoritariamente favorecida en la discusión doctrinal chilena.

En tal caso, el comportamiento desplegado por B estaría siendo interpretado como la implementación de la resolución al hecho atribuible a A *qua* autor mediato, en conformidad con la fórmula del inc. 3° del art. 7°. Tratándose de una posible tentativa imputable en coautoría, y asimismo de acuerdo con la solución global, su inicio tendría que ser reconocible, respecto de todos los potenciales coautores por igual, en referencia a la oportunidad que, bajo la representación de las circunstancias que les sea conjuntamente atribuible, se abra para que uno o más de ellos materialice siquiera un fragmento del “hecho global” que habría de realizar antijurídicamente el tipo. En tal caso, el comportamiento desplegado por el o los coautores en cuestión podrá ser interpretado como la implementación de la resolución al hecho atribuible a todos y cada uno de los coautores, en conformidad con la misma fórmula. Nótese que si la tentativa (inacabada) imputable en autoría mediata o en coautoría lo fuera de un delito omisivo, la fórmula del principio de ejecución por hechos directos tendría que verse correspondientemente adaptada, teniendo en cuenta las particularidades estructurales de una u otra forma de autoría, según corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- BELING, Ernst. *La doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: Depalma (1944).
- CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile (2005).
- HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1963).
- HERNÁNDEZ, Héctor. “Art. 14”, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing (2011), pp. 365-382.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons (1997).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, 3ª ed., Buenos Aires: Losada (1985).
- LONDOÑO, Fernando. “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo 93, N° 3 (2016), pp. 95-130.
- MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2 (2017), pp. 461-493.
- _____. “¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27, (2017), pp. 171-182.

- _____. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, en *Isonomía*, N° 51 (2019), pp. 29-64.
- _____. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política Criminal*, vol. 14, N° 27 (2019), pp. 296-375.
- _____. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3 (2019), pp. 821-844.
- _____. “Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa”, en HILGENDORF, Eric; LERMAN, Marcelo & CÓRDOBA, Fernando (coords.), *Brücke bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*. Berlín: Duncker & Humblot (2020), pp. 563-576.
- _____. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7°, inc. 3° del Código Penal chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 28 (2021), e3480.
- MAÑALICH, Juan Pablo y OLAVE, Alejandra. “Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema Chilena”, en *Discusiones*, N° 27 (2021), pp. 165-184.
- MERA, Jorge. “Art. 7° y Art. 8°”, en COUSO, Jaime & HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing (2011), pp. 141-176.
- OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 25 (2018), pp. 175-207.
- POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999).