

INVESTIGACIÓN Y ENSAYOS

Falencias normativas en el desistimiento de la tentativa en Chile

Normative shortcomings in the abandonment of the attempt in Chile

José Miguel Valenzuela Morales*

RESUMEN

Este artículo analiza las falencias normativas del desistimiento de la tentativa en la legislación chilena. Por ello se tratará estructuralmente la tentativa, luego, el desistimiento y la voluntariedad del autor, elemento de cuya exteriorización nacerá la no punibilidad, en su caso. Respecto de lo último, se tratarán sucintamente las teorías que explican la impunidad de la conducta del autor. Luego se dará revista al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia chilena, material a veces exiguo. En efecto, pueden asomar como causas la escasa casuística en Chile, ya que se advierten pocos procesos en la materia vistos en las Cortes de Chile, y un desarrollo doctrinal creciente, respuestas que, desde ya, se previene al lector, “flotan” en el contexto, como en la física alude el principio de Arquímedes.

Tentativa; punibilidad; desistimiento; voluntariedad; impunidad

ABSTRACT

This article analyzes the normative shortcomings of the abandonment of the attempt in Chilean legislation. Therefore, it will deal structurally with the attempt, then, the desistance and the voluntariness of the author, element of whose externalization will be born the non-punishability, in its case. Regarding the latter, the theories that explain the impunity of the perpetrator's conduct will be succinctly discussed. Then, we will review the development of Chilean doctrine and jurisprudence, sometimes meager material. Indeed, the causes may be the scarce casuistry in Chile, since few processes on the matter are seen in the Courts of Chile, and a growing doctrinal development, answers that, from now on, the reader is warned, “float” in the context, as in physics the principle of Archimedes alludes to.

Attempt; punishability; desistance; voluntariness; impunity

* Juez del Segundo Juzgado Civil de San Fernando. Mtr. en Derecho Penal Universidad de Talca-Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Correo electrónico: jmvalenzuelamoraes@gmail.com. ORCID: 0009-0004-2656-3642

Fecha de recepción: 2/4/2024

Fecha de aceptación: 23/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El enfoque del desistimiento de la tentativa puede develar su acontecer dependiendo con el cristal que se le mire en el proceso penal, ya que cada interviniente tendrá un paradigma distinto acerca de su concurrencia. Desde la mirada del autor, luego de retirada la conducta dirigida a la acción típica, la hace no punible. Su decisión deja huella en el acontecer material, desaparece lo que en principio significó una amenaza para un bien jurídico amparado por el Derecho. El emprendimiento del autor es abandonado, y tras ello, su no punibilidad, dos caras de la misma moneda: de una parte, la voluntariedad exteriorizada del autor plasmada en la decisión, y de otra, la gracia, perdón o indulto de la comunidad jurídicamente organizada, en palabras de nuestro máximo tribunal (Corte Suprema, 12.6.2019, rol 17.835-2019) citando a Muñoz Conde:

“Es un principio generalmente admitido que, en la tentativa, tanto se han realizado ya todos los actos de ejecución del delito, como si solo se ha realizado una parte de ellos, el desistir voluntariamente de la consumación del delito produzca, por razones político-criminales y preventivas evidentes (a enemigo que huye puente de plata), la impunidad del que desiste” (Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, 1996, Tirant lo Blanch, p. 441).

Acerca de la exteriorización de la voluntad, conviene precisar que se interrumpe la ejecución del delito “[...] por un impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo, y basta probar que hay un curso causal apto y dirigido al delito” (Hernández y Couso, 2011, p. 142). Desde un paradigma *ex post facto*, el adjudicador ha de enfrentarse a una compleja actividad deductiva para dilucidar el desistimiento de la tentativa, y su eficacia, por dos motivos. El primero, porque en Chile no existe regulación positiva acerca del desistimiento de la tentativa, no así de esta última, falencia que, por cierto, no facilita la tarea –sea dicho, de ninguno de los operadores, ni del justiciable– radicándose tanto su causa como la solución a nivel de tipicidad, ya que “El tipo de la tentativa es, entonces, al menos desde una perspectiva formal, un tipo dependiente” (Mañalich, 2004, p. 138).

El segundo, radica en subsumir el sustrato fáctico del desistimiento de la tentativa en la configuración desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, para lo que podrá recurrir a los indicios si los restantes medios de prueba no permiten formar convicción acerca de la participación punible. Allí yergue el problema de la filosofía de la lógica en relación con la justificación de la deducción, es decir, cómo justificar el método deductivo mediante la validez de una regla de inferencia (*modus ponens*). En este sentido, en la esfera nacional, desde siempre se ha sostenido que “el juez puede adquirir este conocimiento por cualquiera de los medios legalmente admitidos; también por ende, las presunciones, cosa que no siempre se ha tenido en cuenta” (Cury, 1963, p. 1093).

2. DE LA TENTATIVA

En lo restante se estudiarán los presupuestos de configuración del desistimiento de la tentativa en algunas de las sentencias dictadas por nuestros tribunales superiores de justicia desde 2020 en adelante, y también se repasará el estado actual de la doctrina respecto del tópic, no sin antes acudir al estudio de la tentativa en cuanto fase del *iter criminis*, la que, a diferencia de su desistimiento, sí presenta regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico penal y vasto desarrollo en la doctrina, según se expondrá *ut infra*. Como punto de partida, conviene recordar la siempre vigente definición de tentativa aportada por Welzel, quien la conceptualiza, desde la esfera de la tipicidad, señalando al efecto que:

“Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito. El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado. Por lo tanto, si basta para la consumación el *dolus eventualis*, entonces basta, también, para la tentativa” (Welzel, 1956, p. 193).

De lo transcrito, se advierte que en la tentativa objetivamente existe un obrar del autor encaminado a la comisión del delito. En cuanto a su faz subjetiva, concurre además del dolo, los “otros elementos subjetivos especiales que el respectivo tipo de la Parte Especial comprenda” (Mañalich, 2004, p. 163), así puede sostenerse que el elemento subjetivo, para la tentativa y la frustración, son equivalentes. Finalmente, es oportuno señalar que la tentativa encuentra regulación en el artículo 7 del Código Penal, el que establece que son punibles no solo el crimen o simple delito consumado (por esta razón se excluyen las faltas), sino el frustrado y la tentativa.

En la tentativa, el autor da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Belmar sostiene que si bien la tipicidad exige la concurrencia de todos los elementos contenidos en el tipo y en la tentativa y el delito frustrado “por la no realización de todos los elementos contenidos en el tipo penal” es posible constatar un “déficit de tipicidad en la tentativa”, y a su juicio, de esa manera parecen haberlo entendido “Politoff, cuando señala que la tentativa es un delito imperfecto; Cury, quien enfatiza que no cumple la descripción típica; o Novoa, quien señala que se trata de una forma delictiva accesoria o secundaria que funciona solo en relación con otro precepto autónomo o principal”, lo que subsanaría el legislador mediante la creación de tipos subordinados, que amplían la descripción del comportamiento punible y adquieren sentido solo al ser relacionados con los tipos principales (Belmar, 2017, p. 12).

2.1. *Tentativa e iter criminis*

Es posible destacar que las reglas de la tentativa “posibilitan que el adjudicador imponga la pena conminada en la norma punitiva en casos en que la realización del tipo es, no obstante, incompleta” (Mañalich, 2004, p. 138), y en este sentido las caracteriza el adelantamiento de la punibilidad. La causa de este adelantamiento o anticipo de la punibilidad es la protección de bienes jurídicos protegidos por la ley. No obstante, Mañalich refiere que el fundamento de todo adelantamiento de la punibilidad, tradicionalmente, obedece al principio del hecho, que se corresponde con la tesis de que “[e]n el Derecho penal moderno se parte de la distinción literal entre Moral y Derecho que prohíbe a este la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos” (Mañalich, 2004, p. 139).

El *iter criminis* principia con la ideación del autor acerca de cometer un delito y finaliza con su agotamiento. En este nivel de la teoría del delito se halla la tentativa, con la frustración y la consumación. En este camino, no son punibles, por regla general, los actos preparatorios, por su irrelevancia penal, salvo que la ley los estime punibles, como la conspiración y la proposición para cometer un crimen o simple delito, del artículo 8 del Código Penal. Jakobs afirma que “La tentativa comienza [...] cuando el autor expresa con su comportamiento por primera vez que se dispone a infringir la norma” (Jakobs, 2020, p. 492).

Asimismo, Hernández y Couso refieren que la tentativa operaría en los delitos que solo pueden descomponerse cronológicamente en etapas con “inicio” y “fin”, y que existiría discrepancia en la doctrina respecto de la tentativa en los delitos materiales y formales, “aunque la acción típica en este último caso no conste de varios actos externamente apreciables como distintos y separados en el tiempo” (Hernández y Couso, 2011, p. 147).

En consecuencia, podría concluirse que la ejecución parcial del tipo basta para el reproche, afirmación que no es del todo correcta, pues “no toda conducta que alcanza la fase de ejecución de un tipo de la Parte Especial, es punible. Desde ya, ha de tratarse de conductas dolosas”, restringiéndose además la punibilidad de la tentativa a los casos de tentativa de crimen o simple delito conforme con el Código Penal chileno, “de modo que la tentativa de falta resulta impune (en rigor, no existe un tipo dependiente de tentativa respecto de los tipos-falta de la Parte Especial)” (Mañalich, 2004, p. 155).

2.2. *Tentativa y algunas variantes de delitos*

Como se podrá advertir, la tentativa yergue con mayor nitidez en los delitos de resultado, precisamente por el “no resultado”. No obstante, en algunas categorías de delitos aparece, de contornos difusos, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto, de consumación retardada, de los delitos de omisión, de autoría mediata y además en la *actio libera in causa* (Farré, 1988, p. 48). Respecto de los últimos, se han propuesto criterios para dilucidar su principio de ejecución, centrados en que el hecho cause un

peligro directo para el bien jurídico protegido, y en cuanto al autor mediato y en la *actio libera in causa* “solo puede conectarse a la última conducta del autor mediato o del autor directo en situación de responsabilidad” (Farré, 1988, p. 84).

En relación con lo anterior, y a lo que vendrá, conviene dejar establecido que no procede el desistimiento de la tentativa en el delito consumado, por regla general, y “no es posible tampoco ningún desistimiento de delitos preparatorios o de pura actividad que hayan sido elevados a tipos independientes” (Welzel, 1956, p. 203). Sin perjuicio, hay algunas excepciones, en los delitos de incendio y el falso testimonio en causa judicial, entre otros.

2.3. Teorías acerca de la punibilidad de la tentativa

Acerca del fundamento de punición de la tentativa, existen distintas teorías que intentan explicarla. Antes de su repaso, conviene señalar que se alza pacífico el que las tentativas idóneas son punibles, pues “la opinión ampliamente dominante (en lo que toca a Chile, Cury, Labatut, Etcheberry, Garrido, Novoa, Politoff, Matus) considera que los hechos constitutivos de tentativa deben ser idóneos, adecuados para la consumación del delito, lo que se deduciría de la exigencia legal relativa a que dichos actos deben ser ‘directos’” (Hernández y Couso, 2011, p. 145). Cuestión distinta lo es el tratamiento de la tentativa inidónea y su punibilidad, a la que se aludirá *ut infra*.

Variadas son las teorías que intentan explicar o fundamentar la punición de la tentativa. En relación con las “teorías objetivas” se vinculan estrechamente con la teoría de la imputación objetiva, concibiendo que la punibilidad de la tentativa esté determinada en función de la peligrosidad. Una importante corriente doctrinaria, representada por Feuerbach en su *Tratado de Derecho Penal* (1989), propone la formulación de un juicio de peligrosidad *ex post* como criterio de punibilidad de la tentativa; y que ese juicio excluye la punibilidad de la tentativa inidónea. Otra doctrina, representada por Roxin, radica la determinación de la peligrosidad de la tentativa *ex ante* y la evaluación del resultado *ex post* para determinar su punición de acuerdo a si la conducta crea el riesgo y ese riesgo se representa en el resultado.

Las “teorías subjetivas” plantean que la punibilidad de la tentativa se justifica a partir de la motivación del hecho, que reside en la realización del tipo subjetivo por parte del autor. Luego “la teoría de la impresión”, una teoría mixta, entre la subjetiva y la objetiva, la justifica por la conmoción social que provoca el comportamiento enjuiciado, posición a la que adhieren Maurach y Jescheck. Respecto de la teoría de la “impresión social” que implica aquel, afectando el orden jurídico y su certeza. Esta teoría concibe que la voluntad del autor se encamina hacia la lesión de un bien jurídico protegido por el Derecho. Finalmente, la “teoría de la expresión” apunta a que la punibilidad está determinada por la legitimidad de la intervención punitiva anterior a la realización del tipo, ya que la tentativa como la consumación suponen ataques a la validez de la norma (Mañalich, 2004, pp. 145-147).

3. DIGRESIÓN

Finalmente, en forma previa al estudio del desistimiento de la tentativa, se hará un breve esbozo de dos conjugaciones de la punibilidad de la tentativa, que si bien parecen distanciarse del objeto de estudio, no resulta menos cierto que revisten especial interés.

3.1. *Tentativa inidónea, visiones acerca de su punibilidad o impunidad*

Como se dijo, las tentativas idóneas son punibles. En Chile se ha sostenido que “la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible) es impune, porque uno de los requisitos de la tentativa es precisamente la idoneidad de los actos realizados para lograr la consumación” (Hernández y Couso, 2011, p. 147). Conviene precisar que una posición discrepante a la anterior, representada por Cury, postula la punibilidad de la tentativa inidónea, incluida la absoluta:

“Puesto que debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado” (Hernández y Couso, 2011, p. 155).

Roxin propone dos hipótesis de punición mediante “una teoría unificadora, de acuerdo con esto, la punibilidad de la tentativa se comprende como una puesta en peligro cercana al tipo o como una infracción de la norma cercana al tipo, que causa una conmoción jurídica” (Mañalich, 2004, p. 147); la primera constituye el fundamento de sanción en la tentativa idónea; la segunda, el fundamento de punición de la tentativa inidónea. El Tribunal Supremo español, desde 1995, se ha pronunciado en dos fallos aislados por la no punibilidad de la tentativa inidónea, y preponderantemente por “la punibilidad de aquellos comportamientos inidóneos que se desarrollan objetivamente conforme al plan del autor” (Caballero, 2009, p. 4). En síntesis, la fundamentación de la punición se centra en la idea de peligro y el momento en que se vincula con el bien jurídico protegido.

3.2. *Tentativa y dolo eventual*

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal tradicionalmente adhiere a la tesis de tentativa y dolo directo (Corte Suprema, 12.09.2007, rol 1719-2007), en la misma línea de Cury. En el mismo sentido, en el caso “Jhon Cobin o disparos en Reñaca”, los hechos se ejecutaron en Chile en el contexto del denominado “estallido social” de 2019, y también el máximo tribunal decantó en la exigencia de dolo directo para la punición de la tentativa; sin embargo, en el caso “Catrillanca” (Corte Suprema, 05.05.2021, rol

16.945-2021), adhiere a la tesis de tentativa y dolo eventual para la punibilidad. Acerca de lo último, es importante señalar que Londoño ha propuesto:

“[T]ender un puente entre una determinada noción de dolo y una determinada noción de injusto de la tentativa: es decir, una noción consciente del aporte esencial de la *lesividad* como cofundante del injusto penal y que, por tanto, no considere la *tentativa del delito* como injusto penal pleno o *cualitativamente autosuficiente*. Con ello se recordará, la obvia constatación de que la posición tradicional aquí descrita estaría escindiendo el tipo de la parte especial, dando lugar a un tipo diferenciado para la tentativa (subjectivamente más exigente)” (Londoño, 2016, p. 127).

4. DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

El desistimiento implica abandonar, abstenerse de una idea o propósito. En la especie, el autor decide detener el curso del delito. Lo anterior es propio de su voluntad expresa, lo que conlleva la impunidad de su conducta, en inicio, con germen delictivo. Nótese que el delito no ha de consumarse, ya que no se puede abandonar, algo fenecido. Se ha dicho también que “El desistimiento puede ser entendido como un comportamiento del autor consistente en el impedimento imputable de la consumación del delito respectivo” (Belmar, 2017, p. 38). Así, uno de los elementos configuradores del desistimiento es la exteriorización de la voluntad del autor, tendiente a abandonar la conducta típica, y su consecuencia unívoca “la exclusión de la punibilidad desistida”, no obstante que “su fundamento, naturaleza jurídica, límites y requisitos, son discutidos” (Belmar, 2017, p. 39).

En los delitos de resultado, el abandono de la acción puede advertirse desde dos puntos de vista. El primero, en el caso de la acción no terminada que produce un resultado típico, generalmente concurrente en la tentativa inacabada o mera tentativa. El segundo, en la interrupción o impedimento activo de la producción del resultado cuando este se produciría de no mediar la intervención del autor, generalmente concurrente en la tentativa acabada o delito frustrado (Belmar, 2017, p. 38). La precisión indicada permite la clasificación del desistimiento, esto es, activo, relativo a la primera variante y pasivo, relativo a la segunda. Como se dijo, el desistimiento de la tentativa no encuentra amparo en la regulación positiva en Chile, sino más bien la doctrina se ha encargado de construir su conceptualización mediante dos argumentos interpretativos, a saber:

“*a contrario sensu* del art. 7 inc. 2° CP, cuando el resultado en el delito frustrado no se verifique por causas dependientes de la voluntad del autor el hecho no es punible; luego se señala *a fortiori* que si se reconoce el desistimiento para el delito frustrado, con mayor razón debiese hacerse para la tentativa inacabada –reforzado por el hecho de haber un reconocimiento expreso en el caso de la conspiración y proposición–” (Belmar, 2017, p. 39).

4.1. Elementos del desistimiento en los casos de actuación en solitario

En cuanto a los elementos del desistimiento de la tentativa, pueden distinguirse los elementos objetivos y subjetivos. Se presentan los primeros en la autoevitación de la consumación del delito (Domínguez, 2013, p. 99); y los segundos, cuando se exterioriza la voluntad del autor en orden a abandonar la conducta. En cuanto a los requisitos objetivos –y en los delitos de resultado– se circunscribe principalmente “a que el resultado típico no se produzca, pues de lo contrario el delito estaría consumado y no habría posibilidad de desistimiento alguno” (Belmar, 2017, p. 54).

4.1.1. Elementos objetivos

Como se adelantó, en la tentativa inacabada la ejecución del tipo es parcial, faltan uno o más elementos para que el delito se consume; y, en la tentativa acabada, la ejecución es total, mas no se verifica por causas independientes de la voluntad del autor. En ambos casos operará el desistimiento. Además, como Garrido, Cury, Politoff entienden concurrente el desistimiento de la tentativa en el delito frustrado, de ahí el distingo entre desistimiento y arrepentimiento activo, en términos tales que:

“No es posible hablar de desistimiento de un delito frustrado, toda vez que desistirse significa dejar de hacer algo y en el delito frustrado todo está hecho; y de lo hecho no es posible desistirse. Sin embargo, con respecto al delito frustrado, existe lo que se conoce como ‘arrepentimiento activo’ o ‘eficaz’ que da lugar, por regla general, a una atenuación de la pena” (López, 1985, p. 41).

Respecto del desistimiento de la tentativa inacabada, se requieren cuatro requisitos para su configuración; a) la omisión de continuación en la realización de las acciones tendientes a la consumación; b) que dicho desistimiento sea voluntario; c) que el desistimiento sea definitivo; y, d) que los actos ejecutados no constituyan, por sí mismos, un delito (Domínguez, 2013, p. 102). En cuanto a la omisión, se configura cuando el autor se abstiene “[...] de proseguir ejecutando lo que se había iniciado y está aún por concluir” (Cury, 1977, p. 118). Respecto de lo volitivo, se analizará *ut infra*; y en relación con lo definitivo del desistimiento, es posible indicar que “hay dos posiciones bien diferenciadas: un sector entiende que la definitividad se debe medir con una consideración concreta, y otro sector, en cambio, exige una consideración abstracta” (Domínguez, 2013, p. 104).

Respecto de lo último, una posición considera que el autor abandona la ejecución de la acción típica a pesar de representarse su continuidad en otro momento; la otra, considera que el autor abandona la acción típica, pero incondicionalmente, sin posibilidad de continuación. En efecto, se ha sostenido al respecto que para la definitividad del desistimiento “[...] basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla

de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante” (Muñoz, López y García, 2013, p. 198).

Finalmente, en cuanto al requisito de que los actos ejecutados no constituyan por sí un delito, es oportuno indicar que “no será posible el desistimiento cuando a pesar de no haberse consumado el delito planeado los actos ejecutados constituyan por sí otros delitos” (Domínguez, 2013, p. 105), por ejemplo, quien desiste del delito de violación no queda relevado de la responsabilidad penal por las eventuales lesiones a la víctima con ocasión de su oposición.

Por otra parte, el desistimiento de la tentativa acabada exige la concurrencia de todos los requisitos de la tentativa inacabada, además, que el autor impida la producción del resultado, mediante una acción. Si bien la acción típica ejecutada implica la lesión de un bien jurídico, y que el autor despliega lo necesario para que este se produzca, el desistimiento implica un reverso en el actuar mediante una acción objetiva tendiente a evitar dicho resultado, o al contrario, una “relación normativa de imputación, de atribución del autor de la evitación del resultado. O sea, la controversia está planteada entre las teorías causales y las teorías de la imputación objetiva” (Domínguez, 2013, p. 106).

4.1.2. Elemento subjetivo. La voluntariedad

Para alcanzar la impunidad, el autor debe manifestar el desistimiento por un acto voluntario, no condicionado, no forzado, ni dependiente de factores externos a ella. Welzel sostiene que “El abandono es voluntario si se realiza independiente de factores forzosos de impedimento, es voluntario si el autor se dice: yo no quiero a pesar de que puedo; es involuntario si se dice: yo no puedo, aunque quisiera (Frank, § 46, II)” (Welzel, 1956, p. 200). La voluntariedad del desistimiento es la contrapartida de la culpabilidad en la tentativa “y por lo tanto solo puede estar relacionada con el crimen o simple delito intentado y con la posibilidad de consumarlo”, sea por arrepentimiento, temor a la pena, o incluso “quien es persuadido por otro [...] aunque tal desistimiento no sea espontáneo: voluntario no es sinónimo de espontáneo” (Van Weezel, 2023, p. 322).

Respecto de lo último y en relación con la iniciativa del desistimiento, en términos generales, puede afirmarse que provendrá del agente, pero no es la única forma de principiarla “[...] debe admitirse un desistimiento voluntario por sugerencia o consejo de un tercero e incluso cuando se valga de un tercero como auxilio” (Zaffaroni, 2005, p. 842). Para Zaffaroni, la tentativa puede desistirse “mientras objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación, lo que ocurre cuando la chance de abandono se cancela si el desistimiento como hecho no puede ser imputado al agente como obra voluntaria suya” (Zaffaroni, 2005, p. 840).

La motivación del desistimiento obedece a la sola conveniencia o la posibilidad de elección del autor, pues “aunque considera el resultado todavía posible, por motivos propios (autónomos) no quiere ya alcanzar el resultado que perseguía [...]”, y por el contrario, “no hay desistimiento si la posibilidad de elección del autor ha desaparecido

y, aunque quisiera, no puede consumar su delito” (Politoff, Matus y Ramírez, 2006, pp. 381). Mañalich sostiene que la evitación o el impedimento de consumación es imputable al agente del delito tentado “como una toma de posición a favor de la norma por él ya quebrantada”, la que “ha de identificarse con un reconocimiento positivo de la norma en cuestión como premisa vinculante” (Mañalich, 2020, p. 798).

El autor precisa que, por lo anterior, los criterios de imputación del desistimiento de la tentativa son distintos a los utilizados para determinar una conducta penalmente relevante, “esto es, un comportamiento que precisamente tendría que resultar imputable como una toma de posición personal en contra de la norma respectiva” (Mañalich, 2020, p. 799). Describe, que las condiciones para considerar que una conducta exhiba una toma de posición en contra de una norma determinada y las condiciones para considerar una toma de posición a favor de la misma norma, presentan una asimetría estructural.

A juicio del autor, esta asimetría estructural se expresaría en los niveles en los que es posible organizar los criterios de imputación del desistimiento: el de los presupuestos y del ejercicio de la capacidad de acción del agente, y en el nivel de los presupuestos y del ejercicio de su capacidad de motivación. Así, “en el primer nivel, se trata de la imputación de la evitación o el impedimento de la consumación del delito respectivo como desistimiento de la tentativa, en el sentido de una *imputatio facti*; en el segundo nivel, de la imputación del desistimiento así constituido como toma de posición voluntaria a favor de la norma, en el sentido de una *imputatio iuris*” (Mañalich, 2020, p. 799).

Acerca de la motivación de la voluntariedad del desistimiento de la tentativa, hay quienes exigen un plus en lo relativo a la valoración de sus motivos. Así, se ha planteado que la motivación puede obedecer a motivos éticos o motivos interesados. Los primeros actúan desde una faz preventiva “y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad” (Muñoz, López y García, 2013, p. 198), como por ejemplo, el miedo a la pena, en abstracto, conduce a la impunidad; y los segundos, deberán valorarse separadamente, en vista de la faz preventiva, general y especial, sin consideración moral, como por ejemplo “El miedo concreto a la pena (el sujeto desiste, por ejemplo, porque ha sido descubierto) debe por el contrario ser valorado, desde el punto de vista preventivo, negativamente” (Muñoz, López y García, 2013, p. 198).

Como contrapunto, Jakobs plantea respecto de la tentativa, que la exteriorización de la voluntad y la interacción socialmente inadecuada del autor respecto de una posible víctima en una posible ejecución o inicio de ejecución de un delito, es una plataforma legítima para la invasión de la privacidad de su autor, en el sentido de que con ocasión de la ejecución perceptible como perturbadora “surge la habilitación para preguntar por lo ocurrido con anterioridad y así procesar la defraudación de la expectativa de que la norma se cumpliría” (Jakobs, 2020, p. 490).

En cambio, en el desistimiento involuntario el autor abandona la ejecución del hecho por estimar que no puede consumarlo, o bien, por resultar sujeto a “alguna forma de *vis* absoluta o de *vis* compulsiva (esto es, a circunstancias que impiden al sujeto desplegar una conducta que le sea imputable” (Van Weezel, 2023, p. 322) o incluso “[...] si se

ha descubierto o teme serlo inminentemente [...] si por el descubrimiento el resultado fuera impedido (R.G., 65-149)” (Welzel, 1956, p. 201). También puede considerarse la ausencia de voluntariedad, en los casos de delitos no consumados por inadvertencia del autor, por ejemplo, el autor vierte la taza que contenía el veneno o porque cree erróneamente que el delito se ha consumado (Politoff, Matus y Ramírez, 2006, p. 384), ya que “[...] un delito consumado no puede quedar impune, por el solo hecho de que el autor se hubiera propuesto cometer otro más grave” (Welzel, 1956, p. 202).

5. TEORÍAS SOBRE LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

El tópico se ha intentado explicar mediante tres paradigmas, algunos contrapuestos, como las teorías psicológicas, y las valorativas o normativas; y otras que conjugan elementos de ambas. Así, las teorías psicológicas como apunta su nombre “cifran la voluntariedad en el influjo psíquico o psicológico, donde determinadas circunstancias externas o internas ejercen influencia sobre el sujeto que desiste” (Domínguez, 2013, p. 110), es decir, tratan los motivos psíquicos que llevaron al autor a desistir. Estas teorías basan su constructo en la fórmula de Frank, graficada en que “el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede, y es involuntario si no quiere porque no puede” (Mañalich, 2004, p. 171).

Roxin critica las teorías psicológicas sosteniendo al efecto que “esta solución es incorrecta en la medida en que identifica los supuestos del desistimiento involuntario con los supuestos que él califica como de tentativa fracasada o fallida” (Mañalich, 2004, p. 171). Además suma a la crítica el argumento de que las teorías valorativo-jurídicas se centran en cierto modo en “las normas de la lógica del delincuente” (Jäger, 2000, p. 20). La complejidad que presentan estas teorías radica en averiguar los procesos psicológicos del autor y cómo han de ser acreditados en juicio.

En cuanto a las teorías valorativas, destacan “por subrayar la necesidad de valorar los motivos que inspiraron la renuncia a la consumación” (Domínguez, 2013, p. 112). Aquí, los parámetros cualitativos para valorar si la voluntariedad es ajustada al ordenamiento jurídico dependerán de la delimitación del elemento subjetivo del desistimiento, es decir, su (s) motivo (s). Roxin, a este respecto, propone que el desistimiento debe construirse desde una valoración político-criminal, es decir, de la razón de la exención de la pena “así el desistimiento será voluntario cuando el abandono de la prosecución pueda ser interpretado como un distanciamiento respecto de la racionalidad interna de la actividad criminal, en tanto que será involuntario cuando el mismo abandono solo represente una confirmación de dicha racionalidad” (Mañalich, 2004, p. 171). Véase en este sentido, además a Zaffaroni, 2005, pp. 842 y siguientes.

Por su parte, las teorías mixtas, que en la doctrina alemana intentan “llenar el vacío en la discusión actual y, a través de una asimilación de las Teorías de la Autoría y

el Desistimiento, establecer la afirmación del elemento volitivo sobre una nueva base” (Jäger, 2000, p. 20), ello a la luz del § 24 del Código Penal alemán, que regula específica y expresamente el desistimiento de la tentativa en los siguientes términos:

“(1) No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación. (2) Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigará por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho” (López, 1998, p. 10).

En efecto, Jäger sostiene que el precepto contiene un elemento de voluntad y además uno subjetivo de imputación relativo a la voluntariedad, el que debe ser cualificado en torno a la exigencia de la formación de una voluntad libre en quien desiste. A base de esto, propone que “con esto se hace evidente completar el criterio de la voluntad con principios que, en el marco de la teoría de la autoría mediata bajo el aspecto de la autonomía, son de siempre reconocidos” (Jäger, 2000, p. 28), acerca de lo que ahonda aclarando que “visto de otro modo: así como un autor puede ser inducido hacia una comisión o una omisión por circunstancias excluyentes de la autonomía, entonces puede llegar a estar dispuesto a la omisión de la consumación o a la evitación de la misma por circunstancias semejantes” (Jäger, 2000, p. 29).

Al respecto, Jäger propone parámetros para excluir la voluntariedad a causa de amenazas; por inimputabilidad del autor al momento del desistimiento; error; y a causa de pérdida del sentido de la acción (Jäger, 2000, pp. 29-34). Como se advierte, las fórmulas para determinar la voluntariedad tienden a brindar parámetros o índices de solución a casos difíciles. Se ha sostenido, además, que el ordenamiento jurídico ofrece reglas o límites para indagar y establecer la voluntariedad en el desistimiento, a modo ejemplar, que quien desiste no requiera necesariamente hacerlo por móviles axiológicamente calificados como buenos (en contraste a las teorías valorativas); y que la coacción no es un móvil válido para desistir (Restrepo, 2015, pp. 171-174), en efecto, véase nítidamente el tipo del § 24 del Código Penal alemán recién transcrito.

6. TEORÍAS ACERCA DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Las teorías acerca del fundamento de la impunidad pueden clasificarse en dos categorías: en relación con la exclusión del carácter injusto del hecho o la exclusión de la culpabilidad, según se verá. Conviene indicar que dichas teorías han evolucionado con

el paso del tiempo, pero se previene que en vista del objeto y extensión de este artículo, solo se esbozarán sus postulados centrales.

6.1. *Teorías clásicas*

Explican la impunidad subsecuente al desistimiento, por la cancelación del dolo del agente (Pessina), y la ausencia del elemento subjetivo del tipo. También, algunas la sitúan desde la supresión del injusto. Cury sostuvo que “cuando el autor se detiene desaparece el peligro para el sistema de valores impuesto por el ordenamiento jurídico; o bien exterioriza de esa manera una contricción que implicaría un sufrimiento parcialmente semejante al de la pena, justificando así su atenuación o exclusión” (Cury, 1977, p. 110). Esta teoría concibe el desistimiento como “una causa de exclusión del injusto y, particularmente, como una causa de exclusión de la tipicidad, esto es, como un elemento negativo del tipo” (Mañalich, 2004, p. 166). La crítica a la supresión del injusto radica en que el desistimiento implica la anulación retrospectiva de este, y la impunidad de los partícipes por accesoriedad.

Una teoría clásica, utilitarista, es la denominada del “puente de oro” o “puente de plata”, que explica la impunidad del agente como incentivo para la evitación de la consumación del delito, que puede reportar beneficios a la víctima, por no afectar bien jurídico. Se le critica que es difícil encontrar casos en que el autor se ha motivado por la impunidad y por “el hecho de resultar contraria a la exigencia de voluntariedad del desistimiento, pues como lo expresa Roxin, también debería surtir efecto despenalizador el desistimiento involuntario para poder tenderle al autor un puente de oro que favoreciera a la víctima” (Mañalich, 2004, p. 167). Otras teorías clásicas explican el fundamento de la impunidad del desistimiento por otros motivos, como son la insignificancia de la culpabilidad; el resarcimiento de la culpabilidad; y el fin de la pena.

6.2. *Teorías contemporáneas*

Variadas teorías explican el fundamento de la no punibilidad en el desistimiento, sea por razones de equidad, y aplicación de los principios de *ultima ratio* y mínima intervención penal (teoría de la equidad); por prevalencia al interés de la víctima y el cumplimiento del deber de garante por injerencia (teoría del interés de la víctima); o de la reversión imputable de la puesta en peligro (teoría de la reversión del peligro). Otra vertiente justifica la impunidad en aquella parte que la amenaza de coerción cesa con la compensación de la conducta que la motiva (teoría del pago de la deuda). Por su parte, la teoría del desistimiento como modificación del hecho plantea que la impunidad yergue cuando el autor domina con seguridad todos los riesgos que exceden el nivel permitido, modificando voluntariamente la orientación de su conducta (David, 2009, pp. 67-77).

No obstante lo anterior, existe una teoría que distingue la justificación de la impunidad del desistimiento, en la tentativa acabada y la inacabada. Respecto de la primera,

obedecería a razones de justicia, con ocasión de la supresión del injusto; en cuanto a la segunda, obedecería a razones de política criminal “vinculadas con la ausencia de necesidades de pacificación social y de reafirmación normativa, debiéndose ubicar por tanto en el nivel de la punibilidad” (David, 2009, p. 90). Bacigalupo señala que a su juicio la posición acertada acerca del fundamento de la no punibilidad es la de Jakobs y Stratenwerth, entre otros, en el sentido de que hay razones de política criminal que la justifican “Pero se debe considerar que el autor resulta menos culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación sobre un disvalor inicial del acto y un acto posterior positivo” (Bacigalupo, 1999, p. 477).

7. UBICACIÓN SISTÉMICA DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Su ubicación se relaciona con la justificación de la impunidad del desistimiento. Las teorías clásicas la conciben como un elemento negativo del tipo de la tentativa; la teoría de la insignificancia o del resarcimiento, en la categoría de la culpabilidad; la teoría del fin de la pena, como una causa de exclusión de la responsabilidad o excusa legal absolutoria; otros, en la categoría del tipo “teniendo la naturaleza jurídica de una verdadera causa de atipicidad” (Domínguez, 2013, p. 92). Con matiz, David sostiene que “El desistimiento constituye un presupuesto negativo de la norma de sanción, ya que su concurrencia determina la no aplicación de la pena”, así no configura un elemento negativo del tipo, ni una causa de justificación, pues “No se refiere al carácter prohibido de una conducta, sino a la responsabilidad penal por una contradicción de la norma” (David, 1994, p. 356).

También, el desistimiento de la tentativa es considerado como una causal de atipicidad (Novoa), y como causa de exclusión del injusto, por ausencia de dolo (Cury). Por su lado, Mañalich alude a que “la doctrina española dominante entiende el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa” (Mañalich, 2004, p. 169). También hay quienes consideran el desistimiento como una causa de exclusión de la pena, en la esfera de la punibilidad (Domínguez, 2013, p. 86). Este paradigma bifurca en dos sentidos, uno, que lo concibe como una verdadera excusa absolutoria, y otro, que sus efectos se reflejan en el levantamiento de pena, adscribiendo Muñoz Conde, García Arán, Bacigalupo, Cobo del Rosal, Vives Antón, Jiménez de Asúa, Cerezo Mir; y en la doctrina alemana, a Beling, Von Litz, Mayer, Mezger, Merkel, Wessels, Maurach, Gössel y Zipf y Stratenwerth.

Respecto de lo último, es de conveniencia distinguir entre las causas personales de exclusión de la pena y las causas personales de supresión o levantamiento de la pena. Las primeras “son determinadas circunstancias que existen en el momento de la comisión del hecho y excluyen su punibilidad” (David, 2009, p. 109), por ello la pena no se genera, y en las segundas existen “luego del surgimiento de la punibilidad y, por tanto, la eliminan retroactivamente” (David, 2009, p. 109), así la pena se genera, pero

es suprimida después, y retroactivamente. Es oportuno indicar que cuando se alude a causas personales de exclusión, el desistimiento beneficia estrictamente solo a quien desiste, según se tratará. No obstante a juicio de Labatut, el desistimiento no es una excusa legal 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 autor” (Novoa, 2005, p. 137).

Ahora bien, las excusas legales absolutorias se encuentran como presupuestos de la punibilidad, hecho el recorrido de la acción, la tipicidad y antijuridicidad actuando como exclusión personal de la responsabilidad penal o como causal de supresión de la punibilidad, como se dijo. Las excusas absolutorias tienen diversos fundamentos, de carácter extrapenal o político-criminales y de naturaleza político-jurídica, últimos que actúan “por su inconsecuencia con los fundamentos que legitiman la pena. Dicho de otra manera: también en la legítima defensa, por ejemplo, se renuncia a la pena por ser incompatible su aplicación con la idea central que legitima la pena” (Rusconi, 2013, p. 273).

A su vez, la excusa absolutoria debe consagrarse en la ley, en texto explícito o implícito, a modo de control preventivo, por ello la necesidad de tipificar el desistimiento de la tentativa en el Código Penal chileno aparece plausible, como garantía del justiciable que abandonó eficazmente el suceder típico. Szczaranski sostiene al efecto que “no obstante la existencia de un delito [...] la propia ley punitiva dispone la inaplicabilidad de la amenaza penal respecto de determinadas personas” (Szczaranski, 2003, p. 1). Así, el sentido de la norma positiva que garantice el desistimiento de la tentativa aminora el riesgo de reproche penal a quien desiste eficazmente, y respeta la conducta refractaria del autor, perdiendo la pena justificación político-criminal, por ello “la doctrina tradicional califica al desistimiento en el conato de delito como una excusa absolutoria, con consecuencia liberadora de pena, y radica su fundamento en razones de política criminal” (Garrido, 1984, p. 185).

8. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Habiendo concluido el repaso acerca de los elementos y ubicación sistemática del desistimiento de la tentativa, conviene siempre resaltar que una vez cumplidos los requisitos de su configuración, conlleva en el acontecer material efectos para el propio autor, esto es, la impunidad de la conducta. Respecto de los partícipes, el asunto se explica desde distintas hipótesis en Chile, según se esbozará. Es importante anunciar además que también en ciertos casos subyacen ciertos delitos en la tentativa desistida, a los que no se extiende la no punibilidad como efecto propio del desistimiento.

Únicamente el delito tentado queda impune, no el delito consumado. Como es sabido, existe una diferencia cualitativa entre los intervinientes: el autor comete su propio delito, y el partícipe, presta una contribución accesoria al delito. En este sentido,

debe recordarse que el principio de accesoriadad en el concurso de personas representa a los partícipes, pues a estos se les castiga por la intervención en un hecho ajeno. En efecto, Welzel concibe que:

“El desistimiento es una excusa absolutoria personal y, por eso, obra solo en favor del concurrente que se ha desistido en forma eficaz. Si el autor se desiste, no por eso quedarán impunes los partícipes. El partícipe, en particular, solo quedará impune cuando todos desistan o cuando él evita el resultado o cuando, por lo menos, anula totalmente su contribución” (Welzel, 2011, p. 296).

En casos de participación, y consumación evitada por uno o más –no por todos–, el desistimiento será eficaz en la medida en que exista una acción tendiente a la evitación de la continuación del hecho, o bien, que se abstenga de realizar un aporte necesario para que el hecho se consuma (Van Weezel, 2023, p. 325). Si todos participan en la evitación del resultado, a todos les favorece el desistimiento, “el que se extiende también a quienes simplemente están de acuerdo con la evitación y no la impiden” (Politoff, Matus y Ramírez, 2006, p. 384). Mañalich refiere que la exclusión de la punibilidad de la tentativa es estrictamente relativa a la persona a la cual el desistimiento es imputable, y en el caso de desistimiento de uno de los copartícipes “[...] el quebrantamiento de la norma deje intacta, en principio, la punibilidad de la tentativa para los demás” (Mañalich, 2020, p. 806).

En Chile se adhiere mayoritariamente al principio de accesoriadad media, esto es, se sanciona al partícipe en la medida que el autor ejecute una acción típica y antijurídica (no culpable). A juicio de Politoff, Matus y Ramírez, la impunidad del desistimiento voluntario constituiría una excusa legal absolutoria para el autor que desiste de la tentativa “pero no a los partícipes en que no concurre y en caso de coparticipación, el partícipe que desiste debe abstenerse de contribuir al hecho o anular su contribución anterior” (Hernández y Couso, 2011, p. 154). Aún mayor rigurosidad exige Garrido, quien sostiene que si uno de los coautores ya ha ejecutado la parte del plan convenido y con posterioridad se arrepiente de ello:

“[P]ara que su nueva posición frente al delito tenga consecuencia jurídica liberadora de pena debe, además, evitar que el hecho se consuma; o sea, en este caso correspondería aplicar los principios que rigen el arrepentimiento en el delito frustrado (desistimiento activo) o por lo menos lograr la anulación de su aporte” (Hernández y Couso, 2011, p. 154).

Acerca de la última afirmación, ella encontraría fundamento en lo prevenido en el artículo 8 del Código Penal, en cuanto a que al proponente y conspirador (quienes actúan previo a la coautoría) no les basta abandonar la ejecución del plan, sino que además ejecutar acciones tendientes a prevenir la consumación del delito planificado.

Para Novoa “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 él solo será favorecido” (Hernández y Couso, 2011, p. 154).

Finalmente, es admisible indicar que el desistimiento de la tentativa, como excusa legal absoluta, no opera en favor del autor respecto de los hechos constitutivos de delitos consumados subyacentes a la tentativa desistida, porque “el desistimiento de la violación no obsta a la punibilidad de las lesiones corporales ya causadas a la víctima para vencer su resistencia; el que se desiste del homicidio no queda liberado de la pena por posesión ilegal del arma de fuego con que intentaba ultimar a su víctima” (Politoff, Matus y Ramírez, 2006, p. 382). En el mismo sentido Welzel al indicar que un delito consumado no puede quedar impune “por el solo hecho de que el autor se hubiera propuesto cometer otro más grave” (Welzel, 1956, p. 203).

9. JURISPRUDENCIA RESPECTO DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA EN CHILE REGISTRADA EN CENDOC (2020-2024). ELEMENTOS COMUNES IDENTIFICABLES

Consultado el buscador del Centro Documental de la Corte Suprema (Cendoc) por el periodo 2020-2024 arroja la singularización de las siguientes sentencias en Cortes de Apelaciones del país y Corte Suprema que luego se desarrollarán en sus aspectos más relevantes:

- a. Corte Suprema, 20.7.2020, rol 71.978-2020.
- b. Corte de Apelaciones de Concepción, 9.4.2021, rol N° 101-2021.
- c. Corte de Apelaciones de Santiago, 22.11.2023, rol N° 5166-2023.
- d. Corte de Apelaciones de Concepción, 24.11.2023, rol N° 1303-2023
- e. Corte de Apelaciones de San Miguel 1.2.2024, rol N° 3516-2023
- f. Corte de Apelaciones de Santiago, 4.7.2024, rol N° 2890-2024
- g. Corte de Apelaciones de Santiago, 12.8.2024, rol N° 3583-2024.
- h. Corte de Apelaciones de Talca, 10.10.2024, rol N° 1542-2024.

Se advierte del periodo consultado que los procesos no son numerosos. No obstante, de su revisión se pueden extraer ciertos elementos identificables y comunes tratados en ellas, por ejemplo, la convocatoria de doctrina chilena y comparada que demuestra la existencia y los contornos del desistimiento de la tentativa; el intento de asimilar vía interpretativa el instituto al régimen normativo positivo chileno por aplicación del artículo 7 del Código Penal; y el esfuerzo en determinar la voluntariedad –o no– de la acción que abandona la conducta típica, entre otros, según se desarrollará al final de este apartado. A continuación, un esbozo de las sentencias registradas del periodo tratadas en orden cronológico ante las Cortes.

En sentencia recaída en proceso acerca de extradición pasiva, el requerido se opuso a la diligencia, argumentando que el delito de robo seguido ante el Estado requirente no es punible, por encontrarse en grado de desarrollo de tentativa desistida. La sentencia de la Corte Suprema fundamenta principalmente la denegatoria del recurso en que lo planteado por resultar una cuestión de fondo debe plantearse y resolverse ante los tribunales del Estado requirente, para el juzgamiento y ejecución de la sentencia como efecto propio de la extradición; Considerandos 2° y 3° (Corte Suprema, 20.07.2020, rol 71.978-2020).

En otro proceso (Corte de Apelaciones de Concepción, 9.4.2021, rol N° 101-2021) recurrió de nulidad el Ministerio Público, por infracción a la normas respecto de valoración de la prueba, en contra de la sentencia que absolvió a los acusados de los delitos de robo en lugar habitado, en grado de frustrado (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 19.1.2021, rol 121-2020), ya que a su juicio las probanzas rendidas llevaban a la conclusión contraria, esto es, que los acusados desistieron de continuar la ejecución del delito por circunstancias ajenas a su voluntad, pues fueron sorprendidos durante la ejecución del delito por la víctima y un testigo; lo que no permite concluir voluntariedad en el abandono de la conducta desplegada, sino que más bien se produce una vez sorprendidos en el inmueble por la víctima, lo que da lugar a un delito frustrado (considerando 4).

Pues bien, el tribunal de la instancia fundó su absolución en que el accionar de los acusados trata de una tentativa desistida. La Corte estimó no existir la infracción, sino más bien a “La falta de conformidad entre el criterio del juzgador y la particular apreciación de la prueba de la parte interesada, que la lleva a concluir en sentido diverso del tribunal, no se traduce por sí sola en una contravención a las reglas de la sana crítica”. Luego del constructo doctrinario, indica que de acuerdo con los hechos establecidos en el considerando sexto del fallo recurrido “[...] concurren todos los requisitos para su configuración [desistimiento]: a.) abandono oportuno de la acción, o sea, que el agente no siga actuando cuando podía hacerlo; b) debe ser voluntario; y c.) debe ser definitivo” (considerandos 8, 14, 23, 24). Concluye acerca del efecto del desistimiento indicando que:

“El desistimiento voluntario del hecho punible no puede ser sancionado; doctrinalmente, porque hace desaparecer el peligro de la lesión jurídica; y, legalmente, porque no puede haber delito cuando falta un elemento tan esencial como es la intención dolosa, o sea, la voluntad, dentro de la técnica de nuestro sistema penal (Corte de Apelaciones de Santiago. 19 diciembre de 1941. *Revista de Ciencias Penales*. Tomo V. Página 278)” (considerando 25).

En otro proceso, el condenado funda uno de los capítulos de nulidad de su recurso en errónea ponderación de los medios de prueba del tribunal de la instancia, ya que el delito de robo con intimidación no se consumó, por desistimiento de la tentativa, ya que existiendo la posibilidad de salir corriendo con el botín, desistió de continuar el robo,

dejándolo en el lugar. Sin embargo, la Corte acoge el recurso porque a su juicio efectivamente concurre un defecto en el razonamiento del fallo en relación con la coherencia establecida respecto de los dichos de los testigos que sirvieron de base para establecer la intimidación y su temporalidad, así como también la participación del recurrente, mas no discurre en la concurrencia o no del desistimiento de la tentativa propiamente tal, según se observa en considerandos 1°, 5°, 6°, 7° y 8° (Corte de Apelaciones de Santiago, 22.11.2023, rol N° 5166-2023).

Un condenado recurrió de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, por la que se le condena en calidad de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, fundado en errónea aplicación del Derecho por el tribunal de la instancia, ya que a su juicio no se desprende el ánimo de apropiación o lucro, no reuniéndose los requisitos del tipo, y que en el peor de los casos hay una tentativa desistida (Corte de Apelaciones de Concepción, 24.11.2023, rol N° 1303-2023). Es del caso, que el tribunal de la instancia estableció que el condenado saltó una reja metálica para ingresar al inmueble de la víctima, dirigiéndose a la puerta de entrada con el fin de darle golpes de pie, con la intención de ingresar y sustraer especies, lo que no aconteció por sorprenderlo la víctima, ante ello huye del lugar, saltando la reja hacia la vía pública.

Por su parte, la Corte establece que el tribunal de la instancia en su considerando 16° razona correctamente al considerar que la conducta del condenado es típica, antijurídica y culpable, por reunirse todos los elementos del tipo penal por el que se le acusa al condenado y que “no se puede sostener que el acusado voluntariamente se desistió de continuar con su conducta delictiva, que como se razonó estaba dirigida a sustraer y apropiarse especies, sino que lo fue por actos o hechos ajenos a su voluntad”. Agrega el fallo que tampoco puede estimarse que el desistimiento del autor fue espontáneo, pues ante la presencia de la víctima al interior de la vivienda a la que pretendía ingresar para sustraer especies, ya que:

“[C]arecía de la posibilidad de escoger con cierta libertad entre continuar o no con la ejecución, ya que de los actos anteriores ejecutados por él, se desprende que su plan era ingresar al inmueble con ausencia de moradores, para concretar su designio delictivo con un grado de certeza de no ser sorprendido y lograr su impunidad” (considerandos 1°, 3°, 4°).

En sentencia de Corte (Corte de Apelaciones de Santiago, 4.7.2024, rol N° 2890-2024) que revisa un fallo de la instancia (Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30.4.2024, rol 129-2024), estableció para desestimar la pretensión de la defensa, en orden a que hubo una tentativa desistida, lo que sigue:

“[F]ue la propia acción de la víctima, quien habló fuerte, insultó reiteradamente y en voz alta al acusado, el que por esa reacción inesperada de la víctima, prefirió bajar del bus, no es que él, en el transcurso de los actos intimidatorios, verbales

y materiales, ya indicados, desistiera de su acción, sino que dicha acción se interrumpió e impidió la apropiación de las especies, por la reacción de la víctima” (considerando 15°).

La Corte, conforme con estos hechos inamovibles establecidos por el tribunal de la instancia, desestima el recurso de nulidad en la misma línea, esto es, que no aparece que el desistimiento de la acción lo fuera por decisión del autor, sino que más bien por la acción de la víctima, “quien lo insultó en voz alta y de manera reiterada, impidiendo con ello que este pudiese apropiarse de sus especies” (considerando 15°).

En otro proceso (Corte de Apelaciones de Santiago, 12.8.2024, rol N° 3583-2024) un condenado recurrió de nulidad en contra del fallo condenatorio (Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 5.6.2024, rol 102-2024). El recurso se fundó en errónea aplicación del Derecho por el tribunal de la instancia, ya que le condenó por su responsabilidad de autor del delito frustrado de robo con intimidación, y a su juicio los hechos constituyen una tentativa desistida del delito. El tribunal estableció que el condenado no pudo apropiarse del dinero porque “no estaban manejando dicha especie en ese momento, y no, como lo exige la doctrina, que pudiendo haber perseverado, no lo hizo(sic)”; por tal motivo “no corresponde a un desistimiento, sino que a una frustración de su actuar por causas independientes a su voluntad, la falta de cosas que él estimó como adecuadas para quedarse con ellas, realizó todo lo posible, pero no le resultó la apropiación por hechos ajenos a su voluntad” (considerando 8°).

La Corte, luego de establecer las bases doctrinarias respecto del desistimiento, la voluntariedad y su efecto –al igual que hizo el tribunal de la instancia–, comparte el fundamento para dar por establecido el delito y la participación punible, ya que no resultó controvertido el día de los hechos, el sujeto activo y pasivo, la intención de apropiarse de especies, la acción tendiente a ese fin y el empleo de un arma (a fogueo) para intimidar, pero centró la cuestión en zanjar el *iter criminis* de frustrado a tentado. Primeramente, descartó la voluntariedad del desistimiento “porque el imputado realizó todas las acciones necesarias para consumar el delito, como parece ser en este caso, y este no se consumó por causas independientes de su voluntad, como es la ausencia de dinero en la víctima, por lo que cabe calificar los hechos como delito frustrado” (considerandos 4° y 5°).

En efecto, indica que la interrupción en el desarrollo de la acción mientras está en proceso de ejecución, como plantea el recurrente, no es un requisito indispensable del artículo 7 del Código Penal para calificar la conducta como tentativa o delito frustrado, “al contrario, el hecho de que la víctima no porte especies es justamente un acontecimiento causal no dependiente de la voluntad del autor que impide la consumación de la conducta [...]”. Luego, en el mismo sentido, citando a Schurmann y Hart, rechaza “que solo puede ser calificada de tentativa punible aquella que tiene la aptitud de ser exitosa” (considerando 5°), y en ese sentido, basta el intento de afectación del bien a sustraer, aunque este no se encuentre en el momento y lugar requerido por el autor.

En otro proceso (Corte de Apelaciones de San Miguel 1.2.2024, rol N° 3516-2023), con ocasión del recurso de nulidad interpuesto por el condenado, en contra de la sentencia que le sanciona como autor del delito consumado de conducción de vehículo motorizado a sabiendas con licencia de conducir falsa, entre otros, la Corte en su considerando decimoprimeros estima que los basamentos del tribunal de la instancia, plasmados en el considerando décimo (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 11.11.2023, rol 124-2023), son justificados y obedecen a la prueba rendida, por medio de ello se establece de manera lógica el delito y la participación del condenado. Allí se razonó que no era necesario que el sentenciado haya desistido del delito por no entregar la licencia a Carabineros, ni habersele requerido en forma previa o durante la fiscalización:

“[P]or cuanto el sentenciado tenía pleno conocimiento que no se encontraba habilitado para conducir, sabía que tenía suspendida su licencia de conducir en virtud de una condena anterior, siendo así se hizo de un elemento falso para cubrir dicha falencia y aún más, la guardó en el interior de la billetera que portaba, donde la experiencia indica que allí se guardan los documentos de personal importancia que se utilizan para uso diario en la vía pública y de empleo común, tales como, la cédula de identidad y, precisamente, la licencia de conducir, por lo que se puede entender que “conducía haciendo uso de ella”, a diferencia de otros que pueden ser guardados en lugares diversos”.

Como es posible advertir, un elemento neurálgico, lo es, determinar la oportunidad del desistimiento atendida la naturaleza del delito por el que se condena al recurrente. En este sentido, el tribunal de la instancia lo zanja, al consignar que:

“[E]l acusado ejecutó todas y cada una de las acciones [que lo llevaron a la consumación del delito, teniendo pleno conocimiento del ilícito que cometía al valerse del documento falso para manejar el vehículo hasta que fue sorprendido conduciendo por los aprehensores” (considerando 10°).

Y sobre el tópico, Zaffaroni precisa:

“[U]na parte de la doctrina afirma que la posibilidad de desistir caduca cuando el autor asumió el fracaso en forma irreversible, sin que importe que la acción no haya producido lesión alguna, porque en cualquier caso le faltará al autor la consciencia de haber abandonado el hecho” (Zaffaroni, 2005, p. 840).

Y además, Novoa sostiene que:

“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” (Novoa, 2005, p. 137).

Finalmente, en otro proceso (Corte de Apelaciones de Talca, 10.10.2024, rol N° 1542-2024), la Corte, luego de asentar que el tribunal de la instancia calificó en grado de tentado el delito, ya que el condenado al apropiarse de especies del local comercial exhibe un cuchillo al locatario, momento en el que un cliente ingresa al establecimiento, por lo que el condenado deja las especies y huye del lugar, de lo cual no advierte la necesaria voluntariedad del desistimiento “concordando con que existió conexión ideológica entre la conducta intimidatoria y la intención de sustracción, pues lo primero fue el medio para intentar concretar lo segundo” (considerando 7°).

No obstante lo anterior, en relación con la extensión de este artículo, y a modo de breve reseña, es oportuno mencionar que en el periodo inmediatamente anterior al tratado (2018-2020) destaca una sentencia de Corte Suprema (12.6.2019, rol 17.835-2019), que da cuenta de los tópicos tratados a lo largo de este trabajo, estos son, que en nuestro sistema legal no se consagra expresamente el desistimiento de la tentativa, no obstante interpretarse vía artículo 7° inciso 2° del Código Penal; que debe existir interrupción voluntaria del agente en torno a la ejecución de la conducta, no con ocasión de factores externos a la voluntad; y que al resultar el desistimiento un elemento subjetivo, su establecimiento puede serlo además por las presunciones (considerandos 4°, 11°, 13°, 14°, 15°). Véase además para consulta las siguientes sentencias registradas en el periodo aludido:

- a. Corte de Apelaciones de Rancagua, 29.12.2018, rol N° 840-2018.
- b. Corte de Apelaciones de Santiago, 7.1.2019, rol N° 3261-2018.
- c. Corte de Apelaciones de Concepción, 12.7.2019, rol N° 431-2019.
- d. Corte de Apelaciones de Temuco, 20.3.2020, rol N° 83-2020.

Como se puede advertir, de una parte, la discusión en los recursos de nulidad analizados se ha planteado en la esfera de la errónea aplicación del Derecho en lo relativo a las reglas acerca de la valoración de la prueba y al *iter criminis* del delito frustrado; y de otra, los razonamientos de las distintas Cortes giran en torno a dilucidar la faz subjetiva del desistimiento de la tentativa, en específico, en lo relativo a la complejidad de establecer la concurrencia –o no– de la voluntariedad del autor, recurriendo para ello a las construcciones doctrinarias que salvan la ausencia del tipo de desistimiento de la tentativa en Chile, a diferencia de lo que acontece en algunos sistemas, como el alemán, que regula de manera clara el instituto en estudio en el §24 del Código Penal, o bien el argentino, que dispone en el artículo 43 del Código Penal: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

CONCLUSIONES

1. Considerando que si bien tanto la tentativa como el desistimiento son de contornos difusos, en cuanto a la configuración en cada caso en particular, no es menos cierto que en Chile algo más llana la tarea se presenta para la subsunción fáctica de la tentativa al precepto normativo por hallar aquella regulación positiva, mas no su contracara, el desistimiento, que halla cabida vía interpretativa, doctrinal y jurisprudencial, no obstante su importancia trascendente en relación con la impunidad de la conducta. Así, cobra importancia optar por su regulación positiva para la normativización de la conducta que corresponde al abandono del suceder típico, y sus efectos. Se advierte, en cierto sentido, la necesidad de potenciar el sistema de garantías procesales y, en su caso, asegurar la impunidad del agente que desista efectivamente de una conducta que representó, en un comienzo, sentido contrario a la regulación social o a la validez de la norma.
2. De un modo u otro, como se conciba la impunidad y la ubicación sistémica del desistimiento de la tentativa, aparece conveniente una regulación que recoja tanto elementos psicológicos como objetivos para su configuración, esto es, un paradigma mixto, integrador, que represente la plena expresión humana. De allí, la necesaria normativización de la conducta que libera, que deja impune, como garantía a su contracara, la tentativa, que en inicio faculta al Estado de manera positiva y regulada el ejercicio del *ius puniendi*.
3. De las sentencias estudiadas en el apartado 8 se extraen algunos índices excluyentes de voluntariedad, como son: a) aquellos casos de interrupción de la ejecución del delito por hechos o actos ajenos a la voluntad del autor; como por ejemplo, cuando la víctima o un tercero lo repele o sorprende; b) cuando no hay abandono de la acción o este no es definitivo; c) cuando el abandono de la acción no es espontáneo; d) cuando el autor realiza todas las acciones necesarias para consumar el delito, pero no se consuma, por causas independientes de su voluntad, como es la ausencia de dinero en la víctima.
4. En este sentido, el establecimiento de elementos mínimos a satisfacer por el agente (por ejemplo, la voluntariedad seria y eficaz, no atribuible a factores externos, su exteriorización, la no consumación del delito, etcétera), o como se prefiera, estableciendo elementos que excluyan la voluntariedad del agente (por ejemplo, bajo coacción), facilita la eficacia del instituto objeto de estudio en relación con criterios de imputación en su caso, su invocación en juicio por las defensas, su adecuada ponderación por los juzgadores, en síntesis, un intento de aplicación óptima por parte de los operadores del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- BELMAR, Felipe (2017). *El desistimiento de la tentativa en la doctrina y la jurisprudencia chilenas*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago. Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo.
- BACIGALUPO, Enrique (1999). *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editorial Hamurabi.
- CABALLERO, Felipe (2009). “Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español”, *Revista Penal* (23), pp. 3-12.
- CURY, Enrique (1963). “La teoría del principio de ejecución en la tentativa”, *Revista de Ciencias Penales* (XXII), pp. 167-195.
- CURY, Enrique (1977). *Tentativa y delito frustrado*, Santiago: Editorial Jurídica.
- DAVID, Héctor (2009). *El desistimiento de la tentativa: Repercusiones prácticas del fundamento de su imputabilidad*, Bogotá: Editorial Marcial Pons.
- DAVID, Alejandro (1994). *El desistimiento de la tentativa*, Tesis doctoral, Universidad Austral, Buenos Aires, p. 356, <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/212/TESIS%20DOCTORAL%20ALEJANDRO%20DAVID%20-%20Tribunal?sequence=1&isAllowed=y>
- DOMÍNGUEZ, Marcelo (2013). *El desistimiento de la tentativa*, Buenos Aires: Editorial B de F.
- FARRÉ, Elena (1988). “Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*”, pp. 45-84, <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4208>
- GARRIDO, Mario (1984). *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago: Editorial Jurídica.
- HERNÁNDEZ, Héctor; Couso, Jaime (2011). *Código Penal comentado*, Santiago: Legal Publishing.
- JÄGER, Christian (2000). “El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento”, *ZStW* (112), pp. 783 y ss., <https://vlex.es/vid/volitivo-tentativa-asimilacion-teorias-382350>
- JAKOBS, Günther (2020). “El intento de tentativa”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (4), pp. 484-497, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7623614>
- LONDOÑO, Fernando (2016). “Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?”, *Revista de Ciencias Penales* (XLIII) 3, pp. 95-130.
- LÓPEZ, Claudia (trad.) (1998). *Código Penal Alemán. Del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, 32.ª ed., Múnich: Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>
- MAÑALICH, Juan (2004). “La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia* (4), pp. 137 y ss.
- MAÑALICH, Juan (2020). “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, *Revista Política Criminal* (15) 30, pp. 780 y ss.
- MUÑOZ Conde, Francisco; López, Carmen; García, Pastora (2013). *Manual de Derecho Penal Medioambiental*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- NOVOA, Eduardo (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica.
- POLITOFF, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2006). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general*, 2.ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RESTREPO, Jorge (2015). “Esbozo de cuatro reglas sobre la voluntariedad del desistimiento de la tentativa”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* (36) 101, pp. 153-179.

- RUSCONI, Maximiliano (2013). *El error sobre las circunstancias de exclusión de la pena. Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires: Ediciones Hammurabi.
- SZCZARANSKI, Clara (2003). “El perdón social (algo de excusa legal absolutoria)”, *Revista de Derecho* (10), pp. 1-23.
- VAN Weezel, Alex (2023). *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 1.ª ed., Santiago: Ediciones UC.
- WELZEL, Hans (1956). *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires: Editorial Roque Depalma.
- WELZEL, Hans (2011). *Derecho penal alemán: Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica.
- ZAFFARONI, Eugenio (2005). *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editorial Ediar.

Jurisprudencia citada

- CORTE Suprema, 24.9.2007, rol 1719-2007.
- CORTE Suprema, 12.6.2019, rol 17.835-2019.
- CORTE Suprema, 20.7.2020, rol 71.978-2020.
- CORTE Suprema, 18.2.2021, rol 134.189-2020.
- CORTE Suprema, 5.5.2021, rol 16.945-2021.
- CORTE de Apelaciones de Rancagua, 29.12.2018, rol N° 840-2018.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 7.1.2019, rol N° 3261-2018.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 12.7.2019, rol N° 431-2019.
- CORTE de Apelaciones de Temuco, 20.3.2020, rol N° 83-2020.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 9.4.2021, rol N° 101-2021.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 22.11.2023, rol N° 5166-2023.
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 11.11.2023, rol 124-2023.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, 24.11.2023, rol N° 1303-2023.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, 1.2.2024, rol N° 3516-2023.
- CUARTO Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30.4.2024, rol 129-2024.
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 19.1.2021, rol 121-2020.
- SÉPTIMO Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 5.6.2024, rol 102-2024.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 4.7.2024, rol N° 2890-2024.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 12.8.2024, rol N° 3583-2024.
- CORTE de Apelaciones de Talca, 10.10.2024, rol N° 1542-2024.